

Organizador
Marco Aurélio Rodrigues da Cunha e Cruz

ESPAÇO PÚBLICO E SUBJETIVIDADES: **AUTONOMIA PRIVADA, DIREITOS DA PERSONALIDADE, VIDA PRIVADA E DIREITO À PRÓPRIA IMAGEM**

Autores

Alessandra Franke Steffens
Cassiane Wendramin
Douglas Cristian Fontana
Douglas Marangon
Grazieli Ana Paula Schmitz
Jeferson Osvaldo Vieira

João Paulo Finn
Juliano Serpa
Michele Martins da Silva
Rodolfo Ferreira Pinheiro
Rosana de Cássia Ferreira



Editora Unoesc

Editora Unoesc

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

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

E77 Espaço público e subjetividades : autonomia privada, direitos da personalidade, vida privada e direito à própria imagem / organizador Marco Aurélio Rodrigues da Cunha e Cruz. – Joaçaba: Editora Unoesc, 2018. 344 p. ; 23 cm.

ISBN 978-85-8422-187-5

1. Direitos fundamentais. I. Cruz, Marco Aurélio Rodrigues da Cunha e, (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 Téo

Pró-reitora de Graduação
Lindamir Secchi Gadler

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

Diretora Executiva da Reitoria
Cleunice Frozza

Conselho Editorial

Fabio Lazzarotti
Tiago de Matia
Andréa Jaqueline Prates Ribeiro
Jovani Antônio Steffani
Lisandra Antunes de Oliveira
Marilda Pasqual Schneider
Claudio Luiz Orço
Ieda Margarete Oro
Silvio Santos Junior
Carlos Luiz Strapazzon
Wilson Antônio Steinmetz
Maria Rita Chaves Nogueira
Marconi Januário
Marcieli Maccari
Daniele Cristine Beuron

A revisão linguística é de responsabilidade dos autores.

Sumário

| | |
|---|-----|
| Apresentação | 5 |
| A despersonalização do preso como restrição dos direitos da personalidade: uma análise do caso Rodrigo Rocha Loures | 9 |
| Alessandra Franke Steffens | |
| A autonomia para o Supremo Tribunal Federal: um estudo embasado na ADPF 54 e no HC 124.306 | 41 |
| Cassiane Wendramin | |
| A teoria dos deveres fundamentais aplicada ao beneficiário das ações afirmativas no CREAS – Catanduvas, SC | 65 |
| Douglas Cristian Fontana | |
| A vulnerabilidade informacional e suas implicações sobre a autonomia privada nos contratos de consumo | 103 |
| Douglas Marangon | |
| Uma leitura (anti)democrática do inquérito penal 3.932: diálogos com Robert Dahl e J. M. Coetzee | 133 |
| Grazieli Ana Paula Schmitz | |
| Direito fundamental à privacidade e publicação nominal dos uencimentos de servidor público: análise do entendimento do STF no RE n. 652.777/SP | 175 |
| Jeferson Osvaldo Vieira | |
| Dimensão objetiva dos direitos fundamentais: uma nova perspectiva à liberdade de imprensa | 203 |
| João Paulo Finn | |
| O direito ao casamento na Lei n. 13.146/2015 como efetivação do direito à vida privada da pessoa com deficiência | 237 |
| Juliano Serpa | |
| União estável: um olhar a partir da Constituição Federal de 1988 | 271 |
| Michele Martins da Silua | |

A liberdade de manifestação do pensamento em razão da crença religiosa no RHC 134682 (STF): um estudo do caso Padre Jonas Abib... 297
Rodolfo Ferreira Pinheiro

Direito de alteração do nome no assento do registro civil dos transexuais 319
Rosana de Cássia Ferreira

Apresentação

Este livro é o resultado dos textos submetidos pelos mestrandos em direitos fundamentais da Unoesc para a disciplina “Espaço Público e Subjetividades: autonomia privada, direitos da personalidade, vida privada e direito à própria imagem” do segundo semestre de 2017. As temáticas tiveram como escopo a personalidade e sua teorização no contexto da construção de uma sociedade pluralista, democrática, comprometida com a dignidade da pessoa humana e cada vez mais informatizada. Apesar da importância de outras problematizações, o reconhecimento e a proteção da personalidade humana é uma das primeiras missões, senão a primeira, e uma das mais importantes questões a ser pensada por qualquer jurista.

De fato, quem não é capaz de decidir sobre seus assuntos ou não está disposto a fazê-lo, e quem não responde sobre suas próprias ações, dificilmente poderá questionar adequadamente e responsabilmente os assuntos de transcendência geral, pois só em pessoas que pensam, julgam e atuam por si mesmas descansa o potencial de novas ideias, concepções e iniciativas, irrenunciáveis para a sociedade, sem as quais esta, com o tempo, haverá de se empobrecer, ou se fossilizar, cultural, econômica e politicamente. De fato, a personalidade é para o Direito um *præius*, isto é, algo que o Direito já encontra, e sua configuração jurídica não é unicamente uma exigência lógica, e sim um postulado axiológico. A condição subjetiva da pessoa implica, necessariamente, uma extensão jurídica e social, pois: *ubi persona naturalis, ibi persona iuridica*.

É neste sentido que Alessandra Franke Steffens articula “A despersonalização do preso como restrição dos direitos da personalidade: uma análise do caso Rodrigo Rocha Loures”, tendo

como suporte a Portaria nº 1.191 de 19 de junho de 2008, determina quais os procedimentos administrativos a serem efetivados durante a inclusão de presos nas penitenciárias federais.

Cassiane Wendramin escreve sobre “A autonomia para o Supremo Tribunal Federal: um estudo embasado na ADPF 54 no HC 124.306” com o objetivo de analisar o conceito de autonomia que a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54 e o Habeas Corpus n. 124.306, ambos do Supremo Tribunal Federal, para examinar as definições de autonomia e verificar qual é a compreensão de autonomia privada nestes dois casos para a Corte.

Douglas Cristian Fontana com o texto “A teoria dos deveres fundamentais aplicada ao beneficiário das ações afirmativas no CREAS - Catanduvas (SC)” objetiva apontar os deveres fundamentais, consubstanciados em exigências comunitárias em face dos indivíduos para a manutenção desta mesma comunidade e problematizar se a efetivação de direitos fundamentais também depende do cumprimento de deveres fundamentais.

Douglas Marangon parte da hipótese de que a massificação dos contratos redesenhou as premissas do princípio da autonomia da vontade em “A vulnerabilidade informacional e suas implicações sobre a autonomia privada nos contratos de consumo” em que discute a relação contratual pessoal e a possibilidade de discussão das cláusulas contratuais na sociedade da informação, sob o paradigma da autonomia privada.

Grazieli Ana Paula Schmitz debate “Uma leitura (anti) democrática do Inquérito Penal 3.932: diálogos com Robert Dahl e J. M. Coetzee” em que reflete sobre a concepção de mulher aliando três pontos: o inquérito penal 3.932 em trâmite no Supremo Tribunal Federal, a obra *Desonra* de J. M. Coetzee e a obra *Sobre a Democracia* de Robert Dahl.

Jeferson Osvaldo Vieira, ao dissertar “Direito fundamental à privacidade e publicação nominal dos vencimentos de servidor público: análise do entendimento do STF no RE N. 652.777/SP” examina o posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário com Agravo n. 652.777/SP, julgado em regime de repercussão geral, no qual se fixou a tese de que “É legítima a publicação, inclusive em sítio eletrônico mantido pela Administração Pública, dos nomes de seus servidores e dos correspondentes vencimentos e vantagens pecuniárias”.

João Paulo Finn com a “Dimensão objetiva dos direitos fundamentais: uma nova perspectiva à liberdade de imprensa” tece uma perspectiva da dimensão objetiva dos direitos fundamentais ao entendimento dado à liberdade de imprensa após o julgamento da ADPF 130.

Juliano Serpa sustenta como hipótese que o direito ao casamento na Lei nº 13.146/2015 é um meio efetivação do direito à vida privada da pessoa com deficiência no seu texto “O direito ao casamento na Lei nº 13.146/2015 como efetivação do direito à vida privada da pessoa com deficiência”.

Michele Martins da Silva analisa as repercussões jurídicas da relação entre a igualdade e a dignidade da pessoa humana na consideração da união estável como entidade familiar, a partir do entendimento do STF nos Recursos Extraordinários (REs) 646721 e 878694 em “União Estável: um olhar a partir da Constituição Federal De 1988”.

Rodolfo Ferreira Pinheiro problematiza o limite ao proselitismo religioso, à luz da Constituição Brasileira de 1988 em “A liberdade de manifestação do pensamento em razão da crença religiosa no RHC 134682 (STF): um estudo do caso Padre Jonas Abib”.

Rosana de Cássia Ferreira ao elaborar “Direito de alteração do nome no assento do registro civil dos transexuais” aborda o direito à

mudança do nome, em havendo a redesignação do gênero, junto ao Registro Civil, tendo como norte as previsões a dogmática aplicável.

O objetivo de reunir e publicar esta variedade de temas é contribuir para que estes escritos possam, efetivamente, alcançar a extensão da importância dos problemas jurídicos neles debatidos.

Boa leitura!

Marco Aurélio Rodrigues da Cunha e Cruz

Doutor em Direito Constitucional | Universidad de Sevilla

Professor Permanente do Mestrado em Direitos Fundamentais

| PPGD-UNOESC

A despersonalização do preso como restrição dos direitos da personalidade: uma análise do caso Rodrigo Rocha Loures

Alessandra Franke Steffens¹

1 Introdução

O presente artigo objetiva a análise da despersonalização do preso como restrição dos direitos da personalidade, tendo como suporte normativo a Portaria nº 1.191 de 19 de junho de 2008, determina quais os procedimentos administrativos a serem efetivados durante a inclusão de presos nas penitenciárias federais. Para tanto, inicialmente, abordará os direitos da personalidade, suas noções conceituais a partir de um enfoque constitucional, para posteriormente, analisar a integridade corporal da pessoa presa como uma das manifestações destes direitos. Salienta-se que os direitos da personalidade, por não serem patrimoniais foram, de certo modo, renegados em um sistema jurídico outrora patrimonialista, contudo, atualmente, passaram a ser relacionados à própria concepção de dignidade humana. Nesse sentido, deve-se concordar quando se fala que os direitos da personalidade são uma cláusula aberta, no sentido de que todo o conjunto de valores inerentes à pessoa e necessários à dignidade são direitos da personalidade e merecedores de tutela, ainda que não estejam explicitamente tipificados.

Posteriormente, estudará o processo de despersonalização do preso, passando pela compreensão da instituição que os abriga,

¹ Pós-graduada em Direito Público pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul; mestranda em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Professora na Universidade do Oeste de Santa Catarina de São Miguel do Oeste; alessandra.steffens@unoesc.edu.br

com a orientação teórica de Erving Goffman (1974). Nesta, a prisão é representada como estabelecimento nominado de instituição total, completa e austera. Conecta-se esta proposta da despersonalização do preso com hipótese foucaultiana do “aparelho disciplinar exaustivo”.

Por fim, efetuará uma análise de decisões sobre a controvérsia jurídica causada pela obrigatoriedade do corte de cabelo do preso, ou seja, se tal medida consiste numa restrição do Direito da Personalidade, ou uma medida de higiene, padronização e disciplina do grupo prisional dentro das instituições carcerárias, a partir da análise do caso “Rodrigo Rocha Loures” e o cotejo com o caso “Yankov vs. Bulgária” julgado em 2003 na Corte Europeia de Direitos Humanos.

2 Direitos da personalidade

Neste tópico, serão abordados os direitos da personalidade, iniciando-se com as noções conceituais deste instituto jurídico a partir de um enfoque constitucional, para posteriormente, analisar a integridade corporal da pessoa presa como uma das manifestações destes direitos.

2.1 Noções conceituais dos Direitos da Personalidade

Para estabelecer o conceito e amplitude dos direitos da personalidade, importante se faz estabelecer o conceito de pessoa. Pessoa é todo sujeito de direitos, que titulariza relações jurídicas, podendo se apresentar como sujeito ativo e passivo, além de reclamar o mínimo de proteção necessária para o desempenho de suas atividades (FARIAS; ROSENVALD, 2017).

O conceito jurídico de pessoa, dessa forma, se relaciona com a capacidade de titularizar relações jurídicas, de ser um ente capaz

de exercer direitos e submeter-se a deveres. Contudo, este conceito é muito estrito, salienta-se que a pessoa tem uma existência, que deve ser digna, trazendo consigo um mínimo de proteção fundamental, necessária para a realização das suas relações jurídicas, de forma que “[...] significa, em concreto, poder de ser sujeito de inúmeras relações jurídicas, sempre dispondo de uma proteção básica elementar, tendendo a promover a sua inexorável dignidade.” (FARIAS; ROSENVALD, 2017, p. 177).

Partindo-se dessa premissa, a pessoa, enquanto sujeito de direito, atrela-se a personalidade. Salienta-se que a personalidade é um bem, e o mais importante dentre os bens jurídicos, pois dele depende o pleno gozo e o exercício dos outros bens jurídicos. Para De Cupis (1961, p. 17), ao instituto dos direitos da personalidade

[...] é reservada àqueles direitos subjetivos cuja função, relativamente à personalidade, é especial, constituindo o minimum necessário e imprescindível ao seu conteúdo. Por outras palavras, existem certos direitos sem os quais à personalidade restaria uma susceptibilidade completamente irrealizada, privada de todo o valor concreto: direitos sem os quais os outros direitos subjetivos perderiam o interesse para o indivíduo – o que equivale a dizer que, se eles não existissem, a pessoa não existiria como tal. São esses os chamados ‘direitos essenciais’, com os quais se identificam, precisamente os direitos da personalidade.

Neste sentido, Szaniawski (2002, p. 35) define:

Personalidade se resume no conjunto de caracteres do próprio indivíduo; consiste na parte intrínseca da pessoa humana. Trata-se de um bem, no sentido jurídico, sendo o primeiro bem pertencente à pessoa, sua primeira utilidade. Através da personalidade, a pessoa poderá adquirir e defender os demais bens [...] Os bens que aqui nos interessam são aqueles inerentes à pessoa humana, a saber: a vida, a liberdade e a honra, entre outros. A

proteção que se dá a esses bens primeiros do indivíduo denomina-se direitos da personalidade.

Já Tepedino (2004, p. 27) aponta que a personalidade:

[...] pode ser considerada sob dois pontos de vista. Sob o ponto de vista dos atributos da pessoa humana, que a habilita a ser sujeito de direito, tem-se a personalidade como capacidade, indicando a titularidade das relações jurídicas. É o ponto de vista estrutural [...] De outro ponto de vista, todavia, tem-se a personalidade como conjunto de características e atributos da pessoa humana, considerada como objeto de proteção por parte do ordenamento jurídico. A pessoa, vista deste ângulo, há de ser tutelada das agressões que afetam a sua personalidade, identificando a doutrina, por isso mesmo, a existência de situações jurídicas subjetivas oponíveis *erga omnes*.

Historicamente, a personalidade jurídica significava a aptidão genérica reconhecida a toda pessoa para que pudesse titularizar relações jurídicas, ou seja, sempre tinha um conceito diminuto. A partir da leitura de tal instituto civilista com a ótica dos Direitos Fundamentais, estabeleceu-se uma nova noção de personalidade jurídica, passando a ser um “[...] atributo reconhecido a uma pessoa, natural ou jurídica para que possa atuar no plano jurídico (titularizando as mais diversas relações) e reclamar uma proteção jurídica mínima, básica, reconhecida pelos direitos de personalidade.” (FARIAS; ROSENVALD, 2017, p. 179).

Neste sentido, De Marco e Freitas (2013, p. 3), apontam que a titularidade da personalidade jurídica significa

[...] ser mais que sujeito de direitos, consiste na capacidade de reclamar Direitos Fundamentais, garantidos constitucionalmente, que serão implementados pelos Direitos de Personalidade. Segundo o qual os direitos

da personalidade só serão corretamente analisados e aplicados se receberem aportes da dogmática dos direitos fundamentais, é necessário que essa dogmática seja aberta (transdogmática), renovada e direcionada ao mundo da prática, da realidade e da transformação social.

Ainda, embora atreladas, a personalidade e a capacidade não são sinônimos, mas sim instituições jurídicas complementares, na qual a personalidade será o aspecto geral, o valor jurídico que atinge a todos os seres humanos, e a capacidade o aspecto mais afunilado, sendo concernente aos seres dotados de personalidade, que podem ser sujeitos de direito em relações jurídicas patrimoniais (FARIAS; ROSENVALD, 2017).

Dessa forma, a noção de personalidade só assume concretude se for assumida como direitos da personalidade, valor intrínseco à condição humana que antecede ao ordenamento jurídico, concernente aos atributos existenciais de cada ser humano. Trata-se de valor-fonte que não pode ser fracionado pela lei, mas tão somente por ela reconhecido e dignificado (FARIAS; ROSENVALD, 2017).

Direitos da personalidade são a afirmação dos valores existenciais, enraizados na esfera íntima da pessoa e não mensuráveis economicamente. Assim, se a personalidade é um conjunto de características pessoais, os direitos da personalidade são direitos subjetivos, próprios da condição de pessoa, como projeções físicas, psíquicas e intelectuais do seu titular, individualizando-o e possibilitando a defesa de diferentes aspectos de si mesma, resguardando a sua própria dignidade (FARIAS; ROSENVALD, 2017).

Portanto, os direitos da personalidade estão "[...] unidos ao desenvolvimento da pessoa humana, caracterizando-se como garantia para a preservação de sua dignidade", de forma que,

passam a expressar o mínimo necessário e imprescindível à uma vida digna (FARIAS; ROSENVALD, 2017, p. 184).

Segundo Barroso (2004), os direitos da personalidade são descritos como emanções da Dignidade Humana, funcionando como atributos inerentes e indispensáveis ao ser humano. Assim, caracterizam-se por serem atribuídos a todo ser humano reconhecidos constitucionalmente, e oponíveis a toda a coletividade e também ao Estado, bem como, por sua violação nem sempre produzir um prejuízo que tenha repercussões econômicas ou patrimoniais, ensejando formas variadas de reparação, como o direito de resposta, a divulgação de desmentidos de caráter geral e/ou a indenização pelo dano moral.

As características principais dos direitos da personalidade apontadas pela doutrina majoritária são: são inatos ou originais; vitalícios; extrapatrimoniais; relativamente indisponíveis; inalienáveis; irrenunciáveis; intransferíveis; inexecutáveis; impenhoráveis e imprescritíveis.

No que tange a classificação, os direitos da personalidade almejam a proteção pessoa, considera em seus diversos aspectos, logo esta deve corresponder a tutela jurídica de todos os espaços de atuação do homem, afirmando a sua plena integridade, ou seja, sua dignidade. Desse modo, sabendo que os direitos da personalidade integram os Direitos Humanos, podem ser classificados em três partes, quais sejam, os direitos da personalidade estão de acordo com a proteção à: vida e integridade física, o que implica tutelar o corpo vivo, o cadáver, a voz; integridade psíquica e criações intelectuais, o que inclui a liberdade, as obras intelectuais, a privacidade e o segredo; integridade moral, abrangendo a honra, o nome, a fama, a imagem, a intimidade, a identidade pessoal (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2016).

Não se trata de um rol taxativo, pois é necessário dar plena e eficaz proteção à pessoa humana, partindo-se da tutela da vida digna, como pressuposto aos direitos da personalidade, como uma cláusula geral de proteção, de conteúdo principiológico, “[...] a ser preenchido no caso concreto pela jurisprudência, auxiliada pela doutrina, é que se pode garantir, eficazmente, a tutela da pessoa humana, impedindo violações das mais variadas naturezas do ser humano.” (FARIAS; ROSENVALD, 2017, p. 224).

Enfim, os direitos da personalidade apresentam como aspecto comum o fato de estarem todos vinculados com a proteção da esfera nuclear da personalidade, dignidade e liberdade humanas, o que permite colocar lado a lado, tanto os direitos à vida e integridade física e psíquica, quanto os demais direitos de caráter pessoal (livre desenvolvimento da personalidade, privacidade, intimidade, honra e imagem, nome etc.), de modo a demarcar um regime jurídico-constitucional comum (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2015).

2.2 Direito à integridade corporal do preso como um direito da personalidade

Dentre os direitos da personalidade pode-se dizer que o direito à integridade recebe especial atenção no ordenamento jurídico atual, por ser o corpo em vida ou *post mortem*, o possuidor dos demais direitos personalíssimos do ser humano. O bem jurídico integridade física no texto constitucional de 1988 representa projeção do Princípio da Dignidade Humana (artigo 1º, inciso III) sobre o corpo do sujeito, sendo garantido constitucionalmente quando da vedação da prática da tortura (artigo 5º, incisos III, XLIII), do tratamento desumano ou degradante (artigo 5º, inciso III); da aplicação de penas cruéis ou de trabalhos forçados (artigo 5º, incisos XLVI, letras “c”, “e”), além de assegurar aos presos o respeito à integridade física e moral (artigo 5º, inciso XLIX).

O direito à integridade física diz respeito à proteção da vida humana, significa a “[...] a proteção jurídica do corpo humano, isto é, à sua incolumidade corporal, incluída a tutela do corpo vivo e do corpo morto, além dos tecidos, órgãos e partes suscetíveis de separação e individualização.” (FARIAS; ROSENVALD, 2017, p. 225).

Integridade física deriva da integridade corporal, e significa o bem-estar ou saúde física de um indivíduo ou grupo. Verifica-se que saúde, segundo a Organização Mundial, significa “um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não somente ausência de afecções e enfermidades.” (ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 2017).

Por sua vez, a ofensa à integridade física pode dizer respeito à debilitação da saúde como todo ou do funcionamento de algum órgão ou sistema do corpo humano, inclusive se o resultado for o agravamento de circunstância previamente existente. Também pode ser qualquer alteração anatômica que não tenha expressa autorização da pessoa que vai sofrer a alteração, que vão desde tatuagens a amputações, passando por todas as alterações físicas provocadas pela ação ou omissão maliciosa de outrem, que pode ter utilizado meios diretos ou indiretos para gerar o dano (GRECO, 2011).

Assim, violada a integridade física da pessoa tem-se o dano estético, que corresponde as lesões permanentes ou transitórias de uma pessoa viva, podendo ser cumuladas com a violação de ordem psíquica e da honra, passível de reparação de danos.

Já a integridade psíquica ou moral significa a proteção dos aspectos psicológicos da pessoa, como sua honra, liberdade, recato, imagem, vida privada e o nome. Tutela-se a higidez psíquica do sujeito, sua estrutura psicológica, distinta, mas indissociável da integridade física (FARIAS; ROSENVALD, 2017).

No que se refere ao preso, a Constituição Federal assegura o respeito à sua integridade física e moral, ou seja, sua integridade

corporal, conforme o texto normativo do artigo 5º, inciso XLIX. Verifica-se que o direito à integridade física protege o recluso contra tratamento degradante, desumano ou tortura. Enquanto que o direito à integridade moral importa na vedação do tratamento contrário à inviolabilidade moral (honra, vida privada, intimidade, imagem, identidade) do preso ou que cause sofrimento psíquico a este.

Segue decisão que reconhece o direito à integridade corporal do preso como um Direito da Personalidade.

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MORAIS - SITUAÇÃO DESUMANA - SUPERLOTAÇÃO DOS PRESÍDIOS - RESPONSABILIDADE SUBJETIVA DO ESTADO - MAU FUNCIONAMENTO DOS SERVIÇOS - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. *O tratamento desumano ao presidiário, decorrente das péssimas condições física e sanitária do estabelecimento carcerário aliados à superpopulação das celas, dá ensejo ao dano moral, porque atenta contra os direitos da personalidade pela exposição de risco à saúde do preso e à sua integridade física; recrudesce o aviltamento de sua honra já abalada pela pena imposta; ofende sua intimidade pelo defenestrar de seu resguardo pessoal e desrespeito à sua identidade pessoal. Se o Estado, de há muito, tem conhecimento dessa situação carcerária e pouco ou quase nada faz para corrigi-la, peca por omissão e não pode ad aeternum invocar o princípio da reserva do possível para isentar-se da responsabilidade. Demonstrado pelas provas dos autos o nexo de causalidade entre a conduta. (BRASIL, 2017).*

Portanto, resta evidente que a proteção da integridade física do preso é uma consequência lógica de sua dignidade, cabendo ao Estado, por meio de suas instituições, coibir atos atentatórios a esses direitos. Contudo, para corroborar tal premissa, cabe analisar o processo de despersonalização do preso no sistema carcerário.

3 Da despersonalização do preso

A análise da despersonalização do preso passa primeiramente pela compreensão da instituição que os abriga, qual seja, a prisão, estabelecimento denominado de instituição total, completa e austera, conforme será abordado.

3.1 A prisão como instituição total

Instituição total pode ser definida como um local de residência e trabalho, na qual um grande número de indivíduos, em situação semelhante, são separados da sociedade por tempo determinado, levando uma vida fechada e formalmente administrada, como as prisões (GOFFMAN, 1974). Verifica-se, assim, que toda instituição conquista parte do tempo e do interesse de seus participantes e lhes dá algo de um mundo, ou seja, tem tendência de “fechamento”, simbolizado pela barreira em relação ao mundo externo e por proibições de saída, que estão incluídas na arquitetura do local, como portas fechadas, paredes altas, arame farpado, etc. (GOFFMAN, 1974).

A prisão, para Goffman (1974, p. 16) trata-se de um tipo de instituição total que é organizada “[...] para proteger a comunidade contra perigos intencionais, e o bem-estar das pessoas assim isoladas não constitui o problema imediato.” Dessa forma, a principal característica das instituições totais é a ruptura das barreiras que separam as três esferas da vida, que consistem na no fato do indivíduo geralmente dormir, brincar e trabalhar em diferentes lugares, interagindo com diferentes pessoas, sob diferentes autoridades e sem um plano racional geral.

Para Goffman (1974), na instituição total, primeiramente, todos os aspectos da vida são realizados no mesmo local e sob uma única autoridade. Em segundo lugar, cada etapa da atividade diária

do participante é realizada em grupo. Em terceiro lugar, todas as atividades diárias são rigorosamente estabelecidas pela autoridade, com horário e sequência regrados. Por fim, as várias atividades obrigatórias são reunidas num plano racional supostamente planejado para atender aos objetivos oficiais da instituição (GOFFMAN, 1974).

O processo acima descrito objetiva a transformação do indivíduo, que se inicia com a mortificação do eu, a *despersonalização do sujeito*. Começa com uma série de rebaixamentos, degradações, humilhações e profanações, almejando uma mudança progressiva na sua identidade (GOFFMAN, 1974). Estas premissas sobre a prisão a convertem em uma instituição total que objetiva a transformação do indivíduo que se fundamenta neste papel, suposto ou exigido, de aparelho de transformação. E tais premissas podem ser conectadas com uma das hipóteses "foucaultianas" ao tornar dócil o indivíduo encarcerado, com o papel do encarceramento, e de retreinamento (FOUCAULT, 2005).

Contudo, importante salientar que Foucault (2005), aponta que a prisão, tal como aparelho disciplinar, constituiu-se fora do aparelho Judiciário, quando se elaboraram, por todo o corpo social, diversos processos para repartir os indivíduos, fixá-los, distribuí-los espacialmente e classificá-los, visando tirar deles o máximo de tempo e de forças, treinando seus corpos e codificando seu comportamento. A forma geral de uma aparelhagem para tornar os indivíduos dóceis e úteis, mediante um trabalho preciso sobre seu corpo, criou a instituição prisão antes que a lei a definisse formalmente como forma de punição.

Salienta Foucault (2005) que somente na Idade Moderna a criou-se a prisão-pena, e como consequência disto, os mecanismos disciplinares colonizaram o ordenamento jurídico, passando a legislação a definir o poder de punir como função da sociedade, exercido da mesma maneira sobre todos os seus membros, e na qual

cada um deles é igualmente representado. Dessa forma, a justiça igualitária, organizada, organizada num aparelho Judiciário, foi investida pelas assimetrias das sujeições disciplinares e passou a fazer da privação de liberdade a pena civilizada por excelência, de tal forma que numa sociedade de homens livres, na qual a liberdade é um bem de todos, privar o indivíduo dela é aceitável como uma pena igualitária (FOUCAULT, 2005).

A prisão também permite quantificar a pena segundo a variável do tempo. Para Foucault (2005, p. 196):

Suaperdatem, portanto, o mesmo preço para todos; melhor que a multa, ela é o castigo "igualitário". Clareza de certo modo jurídica da prisão. Além disso ela permite quantificar exatamente a pena segundo a variável do tempo. Há uma forma-salário da prisão que constitui, nas sociedades industriais, sua "obviedade" econômica. E permite que ela pareça como uma reparação. Retirando tempo do condenado, a prisão parece traduzir concretamente a ideia de que a infração lesou, mais além da vítima, a sociedade inteira. Obviedade econômico-moral de uma penalidade que contabiliza os castigos em dias, em meses, em anos e estabelece equivalências quantitativas delitoduração. Daí a expressão tão frequente, e que está tão de acordo com o funcionamento das punições, se bem que contrária à teoria estrita do direito penal, de que a pessoa está na prisão para "pagar sua dívida". A prisão é "natural" como é "natural" na nossa sociedade o uso do tempo para medir as trocas.

Em suma, a prisão é a pena prescrita que repara o crime e recupera o culpado, de forma que a transformação do detento é produzida pela organização das relações de poder no plano interinstitucional do aparelho prisional, da instituição total, sendo as técnicas corretivas parte integrante e estrutural do estabelecimento prisional, dentre elas, o processo de despersonalização (BENELLI, 2014).

Assim, em que pese o Estado dispor de diplomas que resguardam os direitos e garantias fundamentais dos presos, de modo a proteger e efetivar a garantia dos seus direitos fundamentais, principalmente da dignidade da pessoa humana, as técnicas corretivas, de finalidade disciplinar, são incorporadas na estrutura institucional da prisão, que como consequência, negam em diferentes graus o caráter pleno de pessoa aos indivíduos encarcerados. Resta saber se a gradação da transformação do detento é adequada e não afeta o conteúdo mínimo da personalidade.

3.2 O Processo de Despersonalização/transformação do preso da Portaria nº 1.191/08

Primeiramente cabe salientar que cada indivíduo traz consigo uma concepção de si mesmo formada ao longo de suas vivências. Para adaptar-se a instituição prisão, o condenado precisa ser despido de seu referencial, desvinculado de todos os objetos pessoais, desde a roupa até os documentos. Assim, os sinais de pertencimento à sociedade são subtraídos: ao despir sua roupa e vestir o uniforme da instituição, o indivíduo começa a perder suas identificações anteriores para sujeitar-se aos parâmetros ditados pelas regras institucionais, iniciando-se o processo de despersonalização (GOFFMAN, 1974).

O processo de admissão, para Goffman (1974), pode ser caracterizado como uma despedida e um começo, e o ponto médio do processo pode ser marcado pela nudez. Evidentemente, o fato de sair do seu mundo doméstico exige uma perda de propriedade, o que é importante porque as pessoas atribuem sentimentos do eu àquilo que possuem. Contudo, a mais significativa dessas posses talvez não seja física, mas psicológica, o nome, que constitui uma grande mutilação do eu.

Assim, o processo de despersonalização na prisão consiste na desprogramação, que começa com sua recepção, por meios de rituais, nos quais a equipe de supervisão, o grupo de internados, ou ambos, procurar deixar de forma bem clara a sua situação inferior no grupo em que estão adentrando (GOFFMAN, 1974).

O preso, ao adentrar no sistema carcerário passa pela perda de sua aparência, ele é identificado, catalogado no sistema, numerado, é tirada a sua fotografia, impressões digitais, distribuídas roupas da instituição, resumindo, um verdadeiro processo de despersonalização. Um sujeito não é mais um indivíduo, ele passa a ser uma engrenagem no sistema da instituição, e que deverá obedecer todas as regras, pois caso não o faça, será reeducado pelos próprios companheiros ou pela equipe de supervisão (GOFFMAN, 1974).

Tal função é descrita por Foucault (2005, p. 198-199)

A prisão deve ser um aparelho disciplinar exaustivo. Em vários sentidos: deve tomar a seu cargo todos os aspectos do indivíduo, seu treinamento físico, sua aptidão para o trabalho, seu comportamento cotidiano, sua atitude moral, suas disposições; a prisão, muito mais que a escola, a oficina ou o exército, que implicam sempre numa certa especialização, é "onidisciplinar". Além disso a prisão é sem exterior nem lacuna; não se interrompe, a não ser depois de terminada totalmente sua tarefa; sua ação sobre o indivíduo deve ser ininterrupta: disciplina incessante. Enfim, ela dá um poder quase total sobre os detentos; tem seus mecanismos internos de repressão e de castigo: disciplina despótica. Leva à mais forte intensidade todos os processos que encontramos nos outros dispositivos de disciplina. Ela tem que ser a maquinaria mais potente para impor uma nova forma ao indivíduo pervertido; [...]

O processo de despersonalização, então, consiste na recodificação da existência que vai muito além da privação jurídica de liberdade, de tal forma que, muitas vezes, chegada à época de

saída do presídio, com o cumprimento final de sua pena, são relatados casos de ansiedade, angústia e medo de se adaptarem novamente à sociedade, haja vista que estão perfeitamente adaptados às regras de sua instituição total (GOFFMAN, 1974).

Goffman (2004) denomina este processo de mortificação do eu, ou seja, mecanismos eficientes para desvencilhar o indivíduo de todos os seus valores de referência existentes fora da instituição total. Tal processo de mortificação (ou despersonalização), inicia-se com a criação de barreira com o mundo externo, como os muros da prisão, que levam o preso a romper com o seu passado, sendo que as pessoas do seu convívio familiar e social se encontram agora indisponíveis, fisicamente inacessíveis, exceto em dias e horários de visita estabelecidos pela direção da instituição. Posteriormente, ocorre o despojamento dos papéis, pois ao se tornar um detento, o preso é retirado do seu antigo universo social e inserido em um novo, no qual sua profissão, suas habilidades e seus hábitos sociais não encontram mais espaço no mundo pequeno da instituição, de forma que os papéis por ele desempenhados no mundo externo são agora de nenhuma valia. Por fim, uma fonte direta e severa de mortificação do eu é a admissão, que consiste no processo de fazer o indivíduo entender que será tratado como mais um objeto dentro da instituição, despojado de qualquer peculiaridade, igualando-se na baixa importância aos demais internados. A admissão pressupõe a perda dos bens, havendo uma padronização de todos os pertences permitidos, bem como a violação do próprio corpo, fazendo-lhe ver que nem isso lhe sobra como algo individual e inviolável. A violação pode se dar por meio de efetiva violência, mas também por meio de atos fisicamente não violentos, mas igualmente agressivos, como no caso do corte de cabelo de presos, fazendo-os sentir que não dispõem mais da liberdade de uso pleno do próprio corpo.

Tratar-se de individualizar os excluídos, utilizando-se de processos de individualização para marcar exclusões, regulamentado o poder disciplinar das instituições. Todas as instâncias de controle individual funcional são binárias e de marcação, como o perigoso-inofensivo; e o da determinação coercitiva, da repartição diferencial, estabelecendo que ele é; onde deve estar; como caracterizá-lo, como reconhecê-lo; como exercer sobre ele, de maneira individual, uma vigilância constante. Assim, de um lado impõem-se aos presos a tática das disciplinas individualizantes; e de outro lado a universalidade dos controles disciplinares permite marcar quem é “condenado” e fazer funcionar contra ele os mecanismos dualistas da exclusão (FOUCAULT, 2005).

O modelo Panóptico de Bentham é a figura arquitetural dessa composição, destas instituições disciplinadoras. Segundo Foucault (2005, p. 165),

O princípio é conhecido: na periferia uma construção em anel; no centro, uma torre; esta é vazada de largas janelas que se abrem sobre a face interna do anel; a construção periférica é dividida em celas, cada uma atravessando toda a espessura da construção; elas têm duas janelas, uma para o interior, correspondendo às janelas da torre; outra, que dá para o exterior, permite que a luz atravesse a cela de lado a lado. Basta então colocar um vigia na torre central, e em cada cela trancar um louco, um doente, um condenado, um operário ou um escolar.

O efeito mais importante do Panóptico é o de induzir no detento um estado consciente e permanente de visibilidade que assegura o funcionamento automático do poder. O medo e o receio de não saberem se estão a ser observados leva-os a adotar a comportamento desejado pelo vigilante. Além disso, a disciplina é a própria microfísica do poder, instituída para controle e sujeição do corpo, com o objetivo de tornar o indivíduo dócil e útil: uma política

de coerção para domínio do corpo alheio, ensinado a fazer o que queremos e a operar como queremos. O objetivo de produzir corpos dóceis e úteis é obtido por uma dissociação entre corpo individual, como capacidade produtiva, e vontade pessoal, como poder do sujeito sobre a energia do corpo (FOUCAULT, 2005).

Portanto, a hipótese panóptica mecaniza a disciplina aplicada na construção de um novo tipo de sociedade em penitenciárias, permitindo a ordenação das multiplicidades humanas conforme táticas de poder, com redução da força política (corpos dóceis) e ampliação da força útil (corpos úteis) dos sujeitos submetidos. O processo de despersonalização do preso, desse modo, dirigido à recodificação da existência dos submetidos, consiste no isolamento, com ruptura das relações horizontais, substituídas por relações verticais de controle hierárquico, no trabalho, como mecanismo de submissão ao poder e na modulação da pena, instituída como valor de troca do crime medido pelo tempo (FOUCAULT, 2005).

No caso das instituições penais brasileiras, a Portaria nº 1.191 de 19 de junho de 2008, determina quais os procedimentos administrativos a serem efetivados durante a inclusão de presos nas penitenciárias federais. Salienta-se que tal dispositivo, é usado também como parâmetro para a recepção de presos nas unidades prisionais estaduais (BRASIL, 2017).

No artigo primeiro, a Portaria nº 1.191/2008 determina que a inclusão de presos nos estabelecimentos penais inicia-se com a sua chegada e se concretiza após a conferência dos seus dados de identificação com a documentação de ingresso e o seu cadastramento no Sistema Nacional de Informação Penitenciária, salientando que o processo de inclusão deve estar concluído, quando possível, no prazo de 24 horas a contar do recebimento do preso na unidade prisional (BRASIL, 2017).

O artigo segundo, por sua vez, determina os procedimentos durante a inclusão, como receber o preso e conferir a documentação pertinente; realizar revista pessoal e de pertences; registrar todos os pertences trazidos pelo preso em formulário próprio, mediante a assinatura, providenciando seu armazenamento em local adequado até ulterior deliberação sobre devolução à família ou outra destinação; verificar as condições físicas do preso, comunicando imediatamente ao Diretor do estabelecimento qualquer indício de violação da integridade física ou moral, assim como debilidade do seu estado de saúde; entregar o enxoval fornecido pelo estabelecimento penal, como uniforme, produtos de higiene pessoal (sabonete, escova e pasta de dente), colchão e cobertor; entregar informação escrita contendo direitos, deveres, regras de disciplina, de tratamento penitenciário e de funcionamento do estabelecimento penal; realizar o processo de higienização pessoal, incluindo: cortar cabelo, utilizando-se como padrão o pente número "2" (dois) da máquina de corte, raspar barba e aparar bigodes (BRASIL, 2017).

Ressalta-se, ainda que, no § 4º do artigo 2º da mesma Portaria, há determinação expressa que veda o corte de cabelo e barba quando se tratar de prisão temporária, enquanto o preso permanecer nessa condição (BRASIL, 2017). Contudo, nada se determina em relação ao preso preventivo. Embora seja fruto da mesma norma, esse artigo não é posto em prática, ou seja, ninguém escapa do corte de cabelo.

Verifica-se, desta forma, que ao passar pelo procedimento de inclusão, o preso é submetido à sua primeira despersonalização, fisicamente é despido, tem seu cabelo raspado e então recebe as roupas da instituição. Além disso, são tiradas fotografias e impressões digitais em um rito de reconstrução de uma nova identidade.

No sistema prisional o indivíduo que despido dos elementos identificadores da pessoa se torna despersonalizado, deixa de

ser pessoa passando a ser conhecido por um número e não por características do indivíduo. O vestuário que até então poderia demonstrar atributos da personalidade, passa a ser massificado, o uniforme retira a identidade, fazendo com que indivíduos passam a ser conglomerado de massa humana.

Resta evidente que as características de instituição total são formalmente corroboradas pela Portaria, sendo a descaracterização do indivíduo preso tida como um processo de inclusão padronizado nas unidades prisionais, principalmente no que tange a higienização.

4 Restrições aos direitos da personalidade do preso

O corte de cabelo do preso, conforme a Portaria acima mencionada, tem causado controvérsia jurídica e causado divergência. Tal controvérsia deve-se ao fato de mensurar se tal medida consiste numa restrição do direito da personalidade do preso à sua individualidade, ou uma medida de higiene, padronização e disciplina do grupo prisional dentro das instituições carcerárias.

Destaca-se que tal divergência obteve destaque midiático quando o Rodrigo Rocha Loures, preso na Operação Lava Jato requereu na audiência de custódia ao Ministro Edson Fachin, relator da referida Operação no Supremo Tribunal, para que tivesse preservado o direito de não ter o cabelo raspado no procedimento de inclusão no sistema prisional, como fizeram com o bilionário Eike Batista no Rio de Janeiro. Tal pedido foi fundamentado na preservação da integridade corporal, evitando o tratamento desumano e cruel, preservando-se a dignidade humana.

Primeiramente, cabe salientar que a identidade é composta de uma “[...] série de características próprias de uma pessoa ou coisa por meio das quais podemos distingui-las.” (CUNHA E CRUZ, 2015, p. 73). Nota-se, assim, que o termo identidade deriva do latim *identitate*,

que por sua vez deriva do termo latino *idem*, o mesmo, que significa a qualidade de ser idêntico, qualidade do que é mesmo, alteridade, o conjunto de caracteres próprios e exclusivos de uma pessoa, tais como nome, idade, estado, profissão, sexo, defeitos físicos, impressões digitais, etc. Portanto, a identidade implica a indistinção entre dois seres.

O cabelo é parte da identidade da pessoa, da sua identidade cultural e pessoal. Cada indivíduo tem no corpo, a junção e a sobreposição do mundo das representações orgânicas e culturais, que são separadas, mas coexistem. As representações orgânicas do corpo tratam-se dos comportamentos e motivações orgânicas que se fazem presentes em todos os seres humanos, em qualquer tempo e lugar, como fome, sono, fadiga e sexo. A representação cultural, por sua vez, inibirá ou exaltará esses impulsos, selecionando dentre todos quais serão os inibidos, quais serão os exaltados e ainda quais serão os considerados sem importância e, portanto, tenderão a permanecer desconhecidos. Assim, a cultura dita normas em relação ao corpo, às quais o indivíduo tenderá a conformar-se à custa de castigos e recompensas, até o ponto de estes padrões de comportamento apresentarem-se tão naturais quanto o desenvolvimento dos seres vivos (GOMES, 2002).

Assim, os cabelos representam um elemento fundamental da personalidade humana, conservando um profundo valor simbólico, como preservação de cultura. Os cabelos são um meio de expressão real e, podendo revelar a idade, etnia, credo, e grau de instrução do sujeito (GOMES, 2002).

O cabelo, então, é parte da identidade da pessoa e a obrigatoriedade da raspagem de cabelo para ingresso do preso no sistema prisional afrontaria a personalidade humana, ao suprimir do preso o poder de decisão da conveniência de poder ou não cortar

o cabelo, privando-o de um relevante traço de sua identidade, atacando sua própria dignidade.

Importante salientar que tal discussão foi apreciada, em 2003, pela Corte Europeia de Direitos Humanos, no caso *Yankov vs. Bulgária*, na qual o requerente Todor Antimov Yankov afirmou em seu pedido que

[...] a raspagem de sua cabeça tinha sido um ato bárbaro sem qualquer base jurídica. A medida não tinha sido necessária por razões de higiene, como não houve alegação de que um problema vermes existia no centro de detenção em particular no momento relevante. A humilhação sofrida pelo candidato, de 55 anos de idade na época, uma pessoa com ensino superior e um doutorado, tinha sido particularmente doloroso. Embora ninguém tivesse estado presente quando o cabelo foi raspado, o resultado tinha permanecido visível por um longo período depois disso. O requerente afirmou ainda que as condições na cela disciplinar tinham sido desumana, particularmente para uma pessoa que sofria de uma morte crónica grave.

O Governo afirmou que o barbear do requerente da cabeça tinha sido uma medida higiênica contra parasitas e não tinha a intenção de humilhá-lo. Em particular, o barbear não tivesse ocorrido na frente de outros detentos. (FRANÇA, 2017, p. 16).²

² "A. The parties' submissions

¹01. The applicant stated that the shaving of his head had been a barbaric act lacking any legal basis. The measure had not been necessary for hygienic reasons as there had been no allegation that a vermin problem had existed in the particular detention centre at the relevant time. The humiliation suffered by the applicant, 55 years old at the time, a person with higher education and a doctorate, had been particularly painful. Although no one had been present when hair was shaved off, the result had remained visible for a long period after that. The applicant further stated that the conditions in the disciplinary cell had been inhuman, particularly for a person who suffered from a serious chronic decease.

¹02. The Government stated that the shaving of the applicant's head had been a hygienic measure against parasites and had not been intended to humiliate him. In particular, the shaving had not taken place in front of other detainees." (FRANÇA, 2017, p. 16).

Contudo, outra corrente defende que o corte compulsório do preso se trata de obrigação de fazer consistente na prestação de assistência material para a manutenção do asseio pessoal dos presos nas unidades prisionais sob a responsabilidade dos órgãos estatais, como forma de evitar a proliferação de doenças no ambiente carcerário, ou seja, que se trata de uma política higienista do estabelecimento penal. Tal argumentação também é feita na decisão acima referida, na qual o Governo da Bulgária afirma que o corte de cabelo do preso tinha sido uma medida higiênica contra parasitas e não tinha a intenção de humilhá-lo e que o barbear tinha ocorrido em ambiente, não na frente de outros detentos. Além disso, extrai-se da Decisão que o corte de cabelo dos presos não é um procedimento padrão de inclusão e manutenção no sistema e que o requerente havia tido seu cabelo raspado para inclusão em cela de isolamento, daí a violação da sua dignidade. Ainda, resta que o Governo poderia ter tomado tal medida se a mesma fosse justificada em virtude da existência de parasitas e doenças comprovadas no estabelecimento penal (FRANÇA, 2017).

No desiderato, a Bulgária foi considerada violadora de normas internacionais que proíbem a prática de tortura e tratamento degradante e desumano aos presos, porquanto determinou que Todor Antimov Yankov, tivesse o seu cabelo cortado compulsoriamente. Abaixo, segue trecho da decisão

112. Uma característica particular do tratamento em questão, a raspagem forçada do cabelo de um prisioneiro, consiste na mudança forçada da aparência de uma pessoa pela remoção do seu cabelo. A pessoa tratada dessa maneira provavelmente experimentará um sentimento de inferioridade uma vez que sua aparência é transformada contra sua vontade. [...]

114. A Corte, portanto, considera que a raspagem forçada do cabelo de detentos é fundamentalmente um ato que

pode ter o efeito de inferiorizar a dignidade dos prisioneiros ou despertar sentimentos de inferioridade capazes de humilhá-los ou os degradar. [...]

117. A Corte, portanto, considera que, mesmo que a intenção não seja a de humilhar, a remoção do cabelo de um detento sem justificativa específica contém, em si, um elemento de punição arbitrária e, dessa maneira provavelmente representará, aos olhos do detento, um ato que tem como objetivo sua degradação ou subjugação. (FRANÇA, 2017, p. 18).³

Argumenta ainda que no que tange ao direito à própria imagem do preso, que há um determinado período de tempo um prisioneiro cujo cabelo foi raspado carrega uma marca do tratamento que ele sofreu, marca esta que é visível para os outros, incluindo o pessoal da prisão, os demais prisioneiros e visitantes ou do público, principalmente se o prisioneiro é libertado ou levado para um local público logo depois. Assim, o preso tem sua dignidade ferida pelo fato de que ele carrega uma marca física visível (FRANÇA, 2017).

No Brasil, a raspagem do cabelo é procedimento padrão, motivo pelo qual todos que ingressam e permanecem no sistema devem ter e manter seus cabelos e barbas raspados como forma de asseio pessoal da população carcerária, providência indispensável ao controle da proliferação de pragas e doenças e também da

³ "112. A particular characteristic of the treatment complained of, the forced shaving off of a prisoner's hair, is that it consists in a forced change of the person's appearance by the removal of his hair. The person undergoing that treatment is very likely to experience a feeling of inferiority as his physical appearance is changed against his will. [...] 114. The Court thus considers that the forced shaving off of detainees' hair is in principle an act which may have the effect of diminishing their human dignity or may arouse in them feelings of inferiority capable of humiliating and debasing them. Whether or not the minimum threshold of severity is reached and, consequently, whether or not the treatment complained of constitutes degrading treatment contrary to Article 3 of the Convention will depend on the particular facts of the case, including the victim's personal circumstances, the context in which the impugned act was carried out and its aim. [...] 117. The Court thus considers that even if it was not intended to humiliate, the removal of the applicant's hair without specific justification contained in itself an arbitrary punitive element and was therefore likely to appear in his eyes to be aimed at debasing and/or subduing him." (FRANÇA, 2004, p. 18).

manutenção da ordem e da disciplina do local, protegendo não só os presos, mas também a coletividade (BRASIL, 2017).

Segue decisão neste sentido:

Apelação cível. Ação civil pública. Demanda através da qual se objetiva seja declarada a proibição de submissão dos presos sob custódia da Secretaria Estadual de Administração Penitenciária do Estado do Rio de Janeiro e da Secretaria de Estado de Segurança Pública ao corte de cabelo e de barba compulsórios, bem assim a condenação do ente estatal em Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro a obrigação de fazer consistente na prestação de assistência material para a manutenção do asseio pessoal dos presos custodiados nas unidades prisionais sob a responsabilidade dos órgãos referidos, em frequência e quantidade compatíveis com dita finalidade. Agravo retido. Legitimidade ativa da Defensoria Pública para propor ação civil pública para a preservação de interesses difusos, coletivos e/ou individuais homogêneos (artigo 5º da lei 7.347/85, com a redação que lhe foi dada pela lei 11.448/07). Discussão acerca da obrigatoriedade de os internos do sistema prisional estadual submeterem-se a cortes periódicos de cabelo e barba. Medida que não implica em ofensa aos direitos fundamentais da integridade física e moral, privacidade e dignidade da pessoa humana que integram o elenco dos direitos fundamentais do cidadão brasileiro. Emprego da técnica da ponderação de interesses. Asseio pessoal da população carcerária, o que perpassa pelo corte de cabelo e barba, que constitui providência indispensável ao controle da proliferação de pragas e doenças, que, sabidamente, encontram condições propícias em grandes aglomerações. Direito de toda a população carcerária, dos funcionários que lá desempenham suas funções, e porque não dizer, da própria coletividade, a um ambiente sadio, mantendo-se um nível médio de higiene, com a consequente diminuição do risco de doenças, sem que tal implique em indignidade do preso. Providência que, ademais, permite a manutenção da ordem e disciplina no interior das unidades prisionais, bem assim a digna apresentação pessoal do preso perante seus pares e seus familiares. Dever do estado de fornecer assistência material para a manutenção do asseio pessoal daqueles

que estão sob a sua custódia (kit higiene). Recurso ao qual se dá parcial provimento. (BRASIL, 2017).

Na decisão invoca-se um conflito entre os direitos fundamentais à integridade física e moral, privacidade e dignidade da pessoa humana dos presos, seus direitos da personalidade, e a proteção dos direitos da própria população carcerária, assim como de toda a coletividade (BRASIL, 2017).

Segundo a decisão, para a solução deste conflito de normas de natureza constitucional deve o intérprete utilizar a técnica da "ponderação de interesses", de modo a que sejam harmonizados os valores em conflito. Na hipótese do julgamento, privilegiou-se o 'coletivo' em detrimento do 'individual', isto é, o asseio pessoal da população carcerária, o que perpassa pelo corte de cabelo e barba, é tido como providência indispensável ao controle da proliferação de pragas e doenças, que, sabidamente, encontram condições propícias em grandes aglomerações. Desta forma, deve prevalecer o direito de toda a população carcerária, dos funcionários que lá desempenham suas funções, e porque não dizer, da própria coletividade, a um ambiente sadio, mantendo-se um nível médio de higiene, com a consequente diminuição do risco de doenças, sem que tal implique em indignidade do preso (BRASIL, 2017).

Verifica-se que a presença das mencionadas pragas e doenças é presumida, bem como a proliferação das mesmas está diretamente ligada à manutenção da higiene dos presos e também das unidades carcerárias. Neste mesmo contexto, o corte de cabelo é parte dos deveres do preso, na busca da manutenção da ordem e da disciplina do estabelecimento penal.

Estabelecidas as posições acima, cabe a análise de se o processo de despersonalização do preso restringe seus Direitos

da Personalidade. Primeiramente, um dos valores fundamentais da sociedade democrática é a proibição da tortura, penas ou tratamentos desumanos ou degradantes, independentemente das circunstâncias e do comportamento da vítima. No que se refere ao preso, o Estado tem o dever de garantir que as condições em que ele se encontra encarcerado são compatíveis com o respeito pela sua dignidade humana, e que a forma e método da execução da medida não venha a submetê-lo a angústia ou sofrimento de uma intensidade superior ao nível inevitável do sofrimento inerente a medida e que, dadas as exigências práticas de prisão, sua saúde e bem-estar são adequadamente protegidos (FRANÇA, 2017).

Ainda, para que o tratamento seja considerado degradante, logo, ofensivo à integridade corporal, o seu objetivo deve ser o de humilhar e rebaixar a pessoa, devendo acarretar afetação negativa na sua personalidade (FRANÇA, 2017).

São consideradas intervenções no direito à integridade física e psíquica todas as formas de afetação (normativa, fática, direta ou indireta) do bem jurídico protegido, portanto, toda a ação estatal e de terceiros que afete de algum modo a integridade física e psíquica, que resulte em dano efetivo ou risco à saúde física e psíquica ou que pelo menos inflija dor e sofrimento físico e/ou psíquico (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2015).

O consentimento do titular do direito, desde que consciente e livre, além de adequadamente informado, quando necessário, afasta, em princípio, a ilegitimidade da intervenção. Sem o consentimento do titular do direito, eventuais intervenções apenas são admissíveis em caráter excepcional. Contudo, além de intervenções legitimadas pelo consentimento livre e informado do titular do direito, existem intervenções impostas pelo legislador e mesmo por ato administrativo, no exercício do poder de polícia e judicial, que nem sempre contam

com a concordância de quem é afetado por tais intervenções na integridade física e psíquica. Situam-se, nessa hipótese, o corte compulsório do cabelo e barba dos presos (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2015).

Para Sarlet, Marinoni e Mitidiero (2015, p. 427),

Como também o direito à integridade física e corporal, embora sua estreita conexão com a dignidade da pessoa humana e se tratando de um direito personalíssimo, não é um direito absoluto, por mais excepcionais que devam ser eventuais intervenções não consentidas pelo titular do direito, não só poderá afastar por completo tal possibilidade, o que, contudo, demanda um controle rigoroso da proporcionalidade da intervenção e apenas se justifica quando imprescindíveis à proteção de direitos fundamentais individuais e coletivos da mesma estatura, como se dá com os casos de grave ameaça para a saúde pública.

Defendem os autores que mesmo em situações em que há eventual dever do cidadão de se submeter a intervenção na esfera corporal não poderá o procedimento ser feito em caráter compulsório, como imposição forçada, contra a vontade do titular do direito, sem prejuízo das sanções previstas. Por outro lado, há que diferenciar as situações especiais em que, por força dos deveres de proteção estatal e mesmo dos deveres de guarda e cuidado por parte de particulares, impõe-se maior nível de intervenção protetiva, mesmo eventualmente sem o consentimento do titular do direito, o que se verifica internos em estabelecimento prisional, que tem sua capacidade de uma defesa pessoal e de consentir de modo livre reduzidas, de modo a legitimar a intervenção (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2015)

Por derradeiro, importa frisar que a possibilidade de eventuais restrições ao direito à integridade corporal e psíquica não legitima a prática da tortura e nem a imposição de tratamentos desumanos e

degradantes ou penas cruéis, o que, tendo sido objeto de previsão específica na Constituição Federal, conforme abordado (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2015).

No caso analisado na Corte Europeia resta evidente que o corte de cabelo compulsório dos presos somente é permitido quando houver situação justificante, autorizando a intervenção do Estado, sob a alegação de proteção de direitos fundamentais individuais e coletivos do estabelecimento penal, de forma individualizada, como no caos de infestação de pragas, caso de grave ameaça para a saúde pública (FRANÇA, 2017).

Nas decisões brasileiras a justificativa é genérica e trata da matéria de forma universal, existindo uma presunção absoluta de que os estabelecimentos penais são infestados de doenças e pragas, motivo pelo qual a medida de higiene é necessária. Não há, assim, análise individualizada do local, fato que justificaria a intervenção do Estado.

Por fim, no caso do processo de despersonalização do preso, historicamente ele tem por objetivo a recodificação do sujeito, mas que ele não pode gerar sofrimento e humilhação além do elemento inevitável do sofrimento ou humilhação relacionado com uma determinada forma de tratamento legítimo ou punição. A mudança forçada da aparência pela remoção de seu cabelo, sem justificativa da sua necessidade, levando em consideração os aspectos higiênicos de cada estabelecimento penal, de forma genérica e presumida, acarreta num sentimento de inferioridade como sua aparência física, logo numa ofensa a sua integridade física, numa restrição ilegítima ao seu direito da personalidade.

5 Considerações finais

O presente artigo analisou a despersonalização do preso como restrição dos Direitos da Personalidade. Tal controvérsia jurídica

se deve ao fato que o corte compulsório do cabelo do preso consiste numa restrição do direito da personalidade, ou uma medida de higiene, padronização e disciplina do grupo prisional dentro das instituições carcerárias, portanto, justificando-se.

Para tanto, inicialmente, abordou-se os direitos da personalidade como forma de tutela e proteção da pessoa, considerada em seus diversos aspectos, logo esta deve corresponder a tutela jurídica de todos os espaços de atuação do homem, afirmando a sua plena integridade, ou seja, sua dignidade. Assim, os direitos da personalidade integram os Direitos Humanos, cabendo a eles a proteção a proteção da vida, bem como da integridade física e psíquica do indivíduo encarcerado.

Posteriormente, estudou o processo de despersonalização do preso, passando pela compreensão da instituição que os abriga, qual seja, a prisão, estabelecimento denominado de instituição total, completa e austera, que tem como postulado a disciplina, permitindo a ordenação das multiplicidades humanas conforme táticas de poder, na produção de corpos dóceis e úteis dos sujeitos submetidos. O processo de despersonalização do preso, desse modo, consiste na recodificação da existência dos indivíduos, consiste no isolamento, com ruptura das relações horizontais, substituídas por relações verticais de controle hierárquico, no trabalho, como mecanismo de submissão ao poder e na modulação da pena, instituída como valor de troca do crime medido pelo tempo.

No caso das instituições penais brasileiras, a Portaria nº 1.191/08, determina quais os procedimentos administrativos a serem efetivados durante a inclusão de presos nas penitenciárias, dentre tais procedimentos tem-se o corte compulsório do cabelo e da barba.

Por fim, partindo-se da premissa que cabe ao Estado tem o dever de garantir as condições compatíveis com o respeito pela

dignidade humana aos presos, e que a forma e método da execução da medida não venha a submetê-lo a angústia ou sofrimento de uma intensidade superior ao nível inevitável do sofrimento inerente a medida, qualquer ato ofensivo a integridade corporal, com o objetivo de humilhar e rebaixar a pessoa acarreta a afetação negativa na sua personalidade.

Assim, a mudança forçada da aparência pela remoção de seu cabelo, sem justificativa da sua necessidade, levando apenas em consideração os aspectos higiênicos de cada estabelecimento penal, de forma genérica e presumida, acarreta num sentimento de inferioridade como sua aparência física, logo numa ofensa a sua integridade física, numa restrição ao seus direitos da personalidade.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre Liberdade de expressão e Direitos de Personalidade. Critério de Ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2004. p. 1-36.

BENELLI, Silvio José. Foucault e a prisão como modelo institucional da sociedade disciplinar. In: BENELLI, Silvio José. *A lógica da internação: instituições totais e disciplinares (des)educativas*. São Paulo: UNESP, 2014. p. 63-84.

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>. Acesso em: 03 ago. 2017.

BRASIL. Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 12 jul. 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em: 4 ago. 2017.

BRASIL. Portaria n. 1.191 de 19 de julho de 2008. Dispõe sobre a estruturação do Plano de Carreira dos Cargos Técnico-Administrativos em Educação, no âmbito das Instituições Federais de Ensino vinculadas ao Ministério da Educação, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 20 jul. 2008. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111091.htm>. Acesso em: 21 nov. 2017.

CUNHA E CRUZ, Marco Aurélio Rodrigues da. *A configuração constitucional do direito à própria imagem*. Joaçaba: Editora Unoesc, 2015.

DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. Lisboa: Livraria Moraes, 1961.

DE MARCO, Cristhian Magnus; FREITAS, Riva Sobrado de. Pressupostos para o estudo dos Direitos de Personalidade na dogmática dos Direitos Fundamentais. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, p. 254-272, 2013.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil: parte geral e LINDB*. 15. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: História das violências nas prisões*. 30. ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

FRANÇA. European Court Human Rights. *Case of YanKov v. Bulgaria (Application n° 39084/97)*. Strasbourg, 11 Dec. 2003. Disponível em: <http://www.univie.ac.at/bimtor/dateien/ecthr_2004_yankov_vs_bulgaria.doc>. Acesso em: 28 de novembro de 2017.

GAGLIANO Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

GOFFMAN, Erving. *Manicônios, Prisões e Conventos*. São Paulo: Perspectiva, 1974.

GOMES, Nilma Lino. Trajetórias escolares, corpo negro e cabelo crespo: reprodução de estereótipos ou resignificação cultural? *Revista Brasileira de Educação*, Rio de Janeiro, 2002. p. 40-51.

GRECO, Rogerio. *Código Penal Comentado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

MATO GROSSO. *Ação Cível Pública nº 15506*. Órgão julgador: Terceira Câmara Cível. Julgamento em 18 dez. 2006. Disponível em: <<https://tjms.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4027786/apelacao-civel-ac-15506>>. Acesso em: 30 nov. 2017.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Conceito de saúde*. 2017. Disponível em: <<http://www.who.int/eportuguese/countries/bra/pt/>>. Acesso em: 21 nov. 2017.

RIO DE JANEIRO (Estado). Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. *Apelação Cível nº 0315505-67.2011.8.19.0001*. Apelante: Defensoria Pública. Apelado: Estado Do Rio De Janeiro. Relatora: Des. Cristina Tereza Gaulia. Rio de Janeiro, 06 de maio de 2014. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedca-cheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=000449A685F4DF0832A0F29A3E-9FAC50A057C5030C0E5F50&USER>>. Acesso em: 28 nov. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de Personalidade e sua tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 3. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

A autonomia para o Supremo Tribunal Federal: um estudo embasado na ADPF 54 e no HC 124.306¹

Cassiane Wendramin²

1 Introdução

A interrupção voluntária da gestação realizada pela gestante gera, *a priori*, repulsa social e moral, na medida em que colidem direitos humanos fundamentais: direitos do feto (vida) e direitos da mulher (autonomia). No entanto, situações específicas como a descontinuação da gravidez diante da anencefalia do feto ou no primeiro trimestre da gestação chegaram ao Supremo Tribunal Federal – mesmo que de modo indireto, como no segundo caso, já que não era esse o objeto principal da lide – diante da singularidade que possuem.

Fato é que, conforme dito pelo Ministro Marco Aurélio na ADPF 54 “a questão posta nesta ação (aborto) revela-se uma das mais importantes analisadas pelo Tribunal”, de modo que manifesta a importância da análise dos precedentes e do posicionamento da corte em relação à temática, evidenciando a tensão existente entre os direitos colidentes.

Nesse sentido, com a intenção de examinar os argumentos delineados pelo Supremo Tribunal Federal em relação à autonomia, pautando-se no método de estudo de caso e utilizando-se a

¹ Artigo encaminhado como requisito para a disciplina “Espaço Público e Subjetividades (Autonomia Privada, Direitos da Personalidade, Vida Privada e Direito à Imagem)” – Professor Dr. Marco Aurélio Rodrigues da Cunha e Cruz.

² Especialista em Direito Médico pelo Verbo Jurídico; mestranda em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina de Chapecó, linha de pesquisa Direitos Fundamentais Civis: A Ampliação dos Direitos Subjetivos; Advogada; cassi.wen@hotmail.com

metodologia analítica, realiza-se uma pesquisa teórica a partir do cotejo entre a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54 e o Habeas Corpus n. 124.306.

Na primeira parte deste trabalho, explana-se acerca do conteúdo fático dos precedentes, traçando uma narrativa didática acerca dos julgados, enfatizando-se pontos relacionados à autonomia privada e direitos fundamentais, para, na sequência, contextualizar especificamente as razões jurídicas de decidir aventadas nos casos em análise, notadamente no tocante aos argumentos relacionados ao objeto deste texto – a autonomia.

Ato contínuo, enfrenta-se a necessária pontuação a respeito da conceituação de autonomia de modo a detectar se as definições de autonomia utilizadas pelo Supremo Tribunal Federal nos casos analisados enquadram-se à compreensão de autonomia privada, já que a Corte entendeu, em sua maioria, que prevalece a autonomia da gestante para decidir livremente sobre a manutenção ou não da gestação anômala, diante da inviabilidade de vida extrauterina do feto, tanto na anencefalia quanto durante o primeiro triênio gestacional, inferindo-se que, apesar de o termo 'autonomia privada' não constar expressamente nos julgados, intrínseca e substancialmente está disposta nas razões de decidir.

2 Apresentação dos casos

Visando contextualizar didaticamente os precedentes em análise, separa-se em tópicos individualmente, em ordem cronológica. Ademais disso, adverte-se que se enfatizará diretamente apenas os argumentos relevantes relacionados à autonomia e direitos fundamentais analisados nos julgados, deixando de lado temas *a latere*, não por serem de menos importância, mas em virtude do recorte do alcance temático deste escrito.

2.1 A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54 – Interrupção de Gestação de Feto Anencefálico

Proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde, em 17 de junho de 2004, representada à época pelo (ex-)advogado Luís Roberto Barroso, a ação constitucional visou declarar a inconstitucionalidade, com eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, da interpretação dos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, todos do Código Penal³ (BRASIL, 1940), nos casos de antecipação terapêutica da gestação de feto anencefálico, previamente diagnosticada por profissional habilitado, buscando garantir o direito subjetivo da gestante de interromper a gravidez nesse caso sem a necessidade de prévia autorização judicial ou permissão estatal para tal fim. As razões envolviam os preceitos fundamentais dispostos nos artigos 1º, inciso IV (dignidade da pessoa humana); 5º, inciso II (princípio da legalidade, liberdade e autonomia da vontade); 6º, caput, e 196 (direito à saúde), todos da Carta da República, na medida em que o Poder Público, investido da função judicante (juízes e tribunais), estavam interpretando os artigos do Código Penal (124, 126 e 128, I e II) sem considerar os princípios fundamentais, considerando a conduta de interrupção de gestação de feto anencéfalo como penalmente típica.

³ Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque: Pena - detenção, de um a três anos.

Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de um a quatro anos.

Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:

Aborto necessário: I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

Aborto no caso de gravidez resultante de estupro: II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

O argumento basilar da parte ativa pautava-se na inviabilidade de vida extrauterina do feto anencéfalo, que possui apenas a potencial e remota existência de vida, de modo que a conduta da interrupção de feto com a anomalia não se subsumiria ao tipo penal do aborto, pois não haveria vida, bem jurídico tutelado pela norma incriminadora. Contrapunha-se a proteção do direito à preservação da vida do nascituro com a liberdade e autonomia da gestante.

O relator do caso, Ministro Marco Aurélio, liminarmente concedeu não só o sobrestamento dos processos e decisões não transitadas em julgado, como também reconheceu *ad referendum* o direito constitucional da gestante de submeter-se a procedimento de descontinuação da gestação de feto anencefálico a partir de laudo médico atestando a anomalia. Apesar disso, no ano seguinte sua decisão foi revisada pelo pleno do Tribunal o qual manteve a suspensão do andamento dos processos e decisões não definitivas, reformando o ponto que permitiu o aborto de fetos anencefálicos.

Somente 8 (oito) anos após o ajuizamento da ação, em 12 de abril de 2012, é que o plenário da corte analisou e julgou definitivamente a ADPF 54, obtendo-se, na ocasião, 8 (oito) votos favoráveis à procedência do pedido,⁴ logo permitindo a interrupção da gestação; 2 (dois) votos pela improcedência, manifestados pelos Ministros Cezar Peluso e Ricardo Lewandowski; e, por sua vez, o Ministro Dias Tofoli declarou-se impedido diante de sua atuação na Advocacia-Geral da União.

Incontestável a importância do julgamento para o direito e para a sociedade, não apenas porque abordou um tema conflituoso, mas também porque impulsionou a corte suprema a definir o alcance constitucional do conceito de vida e sua tutela normativa. Do acórdão

⁴ Marco Aurélio, Luiz Fux, Gilmar Mendes, Carlos Ayres Brito, Celso de Mello, Rosa Weber, Carmen Lúcia e Joaquim Barbosa.

de relatoria do Ministro Marco Aurélio depreendem-se alguns pontos que merecem destaque:

- i. A preocupação dos juristas em definir o conceito de aborto, que está ligado à interrupção da gestação de feto sadio, situação diversa quando se trata de feto anômalo;
- ii. O esforço para fundamentar os conceitos de anencefalia e vida, já que são contraditórios, porquanto o anencéfalo não tem potencialidade de vida diante da ausência total ou parcial do encéfalo, parte superior do sistema nervoso central que controla o organismo, de modo que o conflito entre direitos fundamentais (direito à vida e dignidade da mulher) é apenas aparente;
- iii. Ainda, porque a Constituição Federal tutela o indivíduo enquanto pessoa, o feto anencéfalo não teria especial proteção estatal na medida em que não há potencialidade de vida extrauterina, e, supondo-se que houvesse, essa vida não ultrapassaria algumas horas, motivo pelo qual, em uma hipótese de conflito, prevaleceria os direitos à dignidade, liberdade, autodeterminação, saúde, sexuais e reprodutivos da mulher, diante da perpetuidade deles, argumentos embasados na ADI n. 3.510;⁵

⁵ A ADI n. 3.510 questionou a constitucionalidade da permissão de pesquisas com células-tronco embrionárias, oportunidade em que o STF teve que delimitar qual o conteúdo e a extensão do direito à vida e à dignidade da pessoa humana, concluindo pela constitucionalidade do art. 5º, seus incisos e parágrafos, da Lei n. 11.105/2005 (Lei de Biossegurança), desde que seja interpretado no sentido de que a permissão da pesquisa e terapia com células-tronco embrionárias, obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização in vitro, deve ser condicionada à prévia autorização e aprovação por Comitê (Órgão) Central de Ética e Pesquisa, vinculado ao Ministério da Saúde. Pontou-se no acórdão que: "Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Donde não existir pessoa humana em-

- iv. Concluiu-se, por fim, pela inconstitucionalidade da interpretação de que a descontinuidade da gestação de feto anencefálico se amolda à conduta típica dos artigos 124, 126 e/ou 128, incisos I e II, todos do Código Penal (MELLO; DE QUEIROZ BARBOZA, 2015).

Denota-se, de todo o julgado, a nítida preocupação da corte em delinear o objeto *sub judice* visando evitar que aquela decisão fosse capaz de servir como precedente para uma futura possível descriminalização do aborto, deixando claro desde o início que se lidava com a inviabilidade de vida futura do anencefálico, o qual, na remota hipótese de conseguir nascer, sobreviveria por apenas algumas horas.

2.2 O Habeas Corpus 124.306 – Aborto no primeiro trimestre gestacional

No caso do Habeas Corpus 124.306, Edilson dos Santos e Rosemere Aparecida Ferreira mantinham clínica de aborto na cidade de Duque de Caxias/RJ, quando foram presos em flagrante, em 14 de março de 2013, por infringirem os dispositivos dos artigos 126 (aborto provocado por terceiro) e 288 (quadrilha ou bando à época, atual associação criminosa), ambos do Código Penal.

Por se tratar de uma ação criminal, houve pedido pelas partes de liberdade provisória, o qual foi concedido pelo juízo da 4ª Vara Criminal

brionária, mas embrião de pessoa humana. O embrião referido na Lei de Biossegurança ("in vitro" apenas) não é uma vida a caminho de outra vida virginalmente nova, porquanto lhe faltam possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas, sem as quais o ser humano não tem factibilidade como projeto de vida autônoma e irrepetível. O Direito infraconstitucional protege por modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano. Os momentos da vida humana anteriores ao nascimento devem ser objeto de proteção pelo direito comum. O embrião pré-implanto é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição." (BRASIL, 2008).

sob o argumento de que as infrações eram de médio potencial ofensivo e, logo, permitiriam a conversão em penas restritivas de direitos de regime aberto. Da decisão, houve recurso em sentido estrito⁶ interposto pelo Ministério Público estadual, o qual foi provido pela 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em 25 de fevereiro de 2014, expedindo-se os mandados de prisão.

O habeas corpus impetrado pelos acusados no Superior Tribunal de Justiça (HC n. 290.341) foi indeferido liminarmente (BRASIL, 2014). A defesa, então, buscou a proteção da liberdade de locomoção dos pacientes em novo pedido de habeas corpus agora no Supremo Tribunal Federal, que originou o precedente em análise (HC n. 124.306), e, liminarmente, o Ministro relator Marco Aurélio deferiu o pedido concedendo liberdade aos réus até o julgamento final do processo.

No julgamento de mérito, presentes à sessão os Ministros Marco Aurélio, Luiz Fux, Rosa Weber, Edson Fachin e Luís Roberto Barroso. O Min. Barroso, em voto-vista dos autos, inicialmente manifestou-se no tocante ao habeas corpus, entendendo pela ausência dos requisitos autorizadores da custódia. No entanto, foi além e adentrou na inconstitucionalidade da criminalização da interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre, ao argumento de que “para ser compatível com a Constituição a criminalização de determinada conduta exige que esteja em jogo a proteção de um bem jurídico relevante, que o comportamento incriminado não constitua exercício legítimo de um direito fundamental e que haja proporcionalidade entre a ação praticada e a reação estatal.” (BRASIL, 2016, p. 12). A Ministra Rosa Weber, em voto concorrente, também manifestou-se especificamente no que toca ao ponto da inconstitucionalidade, pontuando que cabe interpretação conforme a Constituição para

⁶ Autos n. 0065502-27.2013.8.19.0000.

excluir do âmbito de incidência dos artigos 124 a 126 a hipótese de interrupção voluntária da gravidez, por decisão da mulher, no primeiro trimestre. Vencido o voto do Ministro Marco Aurélio no tocante à admissão do habeas corpus, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal sob a presidência do Ministro Luís Roberto Barroso entendeu, por maioria, pelo descabimento do habeas corpus como substitutivo do recurso ordinário constitucional, justamente pela inadequação da via eleita, contudo, de ofício, afastou a custódia preventiva inicialmente porque não se encontravam preenchidos os requisitos autorizadores do artigo 312 do Código de Processo Penal e, além disso, pela inconstitucionalidade da incidência do tipo penal do aborto na descontinuidade da gestação no primeiro trimestre.

Não é demais mencionar que, apesar de ter sido uma decisão isolada e, portanto, sem efeito *erga omnes* nem vinculante, fato é que impinge à sociedade mudanças, tanto é que, como bem apontado por Steinmetz e Reckziegel (2017, p. 764), serviu de influência ao Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) para o ajuizamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 442⁷ que objetiva que o Supremo Tribunal Federal “declare a não recepção parcial dos artigos 124 e 126 do Código Penal, para excluir do seu âmbito de incidência a interrupção da gestação induzida e voluntária realizada nas primeiras 12 (doze) semanas.”

⁷ Na petição inicial desta arguição de descumprimento de preceito fundamental, a parte autora requereu, ao argumento de que presentes os requisitos da plausibilidade do direito (*fumus boni juris*) e do perigo da demora (*periculum in mora*), a concessão de medida cautelar para: (i) suspensão das prisões em flagrante, inquéritos policiais e andamento de processos ou efeitos de decisões judiciais que pretendam aplicar ou tenham aplicado os artigos 124 e 126 do Código Penal a casos de interrupção da gestação induzida e voluntária realizada nas primeiras 12 semanas de gravidez; (ii) reconhecimento do direito das mulheres de interromper a gestação e dos profissionais de saúde de realizar o procedimento (BRASIL, 2017).

Sintetizados, portanto, os principais pontos do precedente, cabe então examinar as questões jurídicas envolvendo os conflitos entre direitos apontados nos julgados.

3 Razões jurídicas dos precedentes no tocante ao conflito de direitos

Tendo em vista o fato de que os precedentes não analisavam única e exclusivamente apenas o conflito de direito, faz-se necessária a apresentação genérica acerca dos principais pontos e argumentos dos julgados, deixando para este momento a análise dos pressupostos que tocam a discussão e posicionamento do órgão a respeito dos direitos fundamentais em voga, a iniciar, cronologicamente, pela ADPF 54.

3.1 ADPF 54: Direito à vida versus liberdade e autonomia da mulher

Algumas premissas devem ser pontuadas para análise do precedente, levando-se em conta, primeiramente, que não há na legislação a definição de vida, e, além disso, para que se possa falar em direito à vida é necessário analisar se há ou não vida no caso dos fetos anencefálicos. Nesse ponto da discussão, os ministros não chegaram a um consenso. Alguns definiram que para que haja vida se faz necessária a existência de atividade cerebral. Outros, entenderam indispensável a potencialidade de vida extrauterina. E, ainda, a Ministra Rosa Weber aludiu à capacidade do indivíduo em fazer parte do convívio social.

O argumento da atividade cerebral tem como razão de ser o conceito de morte cerebral adotado pela Lei n. 9.434/97,⁸ segundo o qual haverá morte encefálica quando inexistir atividade cerebral. Ocorre que, conforme aduziram os Ministros Gilmar Mendes e Cezar Peluso, morte encefálica e anencefalia são distintas, cuja diferença reside no fato da autonomia cardíaca e respiratória que o indivíduo possui mesmo sendo anencéfalo, enquanto que na morte encefálica a pessoa só permanece viva com auxílio de aparelhos.

Por sua vez, a potencialidade de vida extrauterina seria uma espécie de conceito biológico (para o Ministro Marco Aurélio), enquanto que o Ministro Joaquim Barbosa entendeu como sendo uma definição jurídica, complicando ainda mais a delimitação. Fato é que, em que pese a dissonância entre os posicionamentos para definir 'vida', prevaleceu como tese defendida o não reconhecimento de vida ao feto anencéfalo por não possuir vida extrauterina viável.

Sendo assim, infere-se do precedente que a maioria dos ministros entenderam que a proibição do aborto se faz necessária na medida em que se deve proteger a potencialidade de vida extrauterina. Todavia, a proteção do direito à vida comporta gradações, de modo que possibilitam desqualificar a proteção à vida do feto anencéfalo pelo fato de não ser pessoa humana ou não estar no grau de desenvolvimento completo, quando então, na ponderação, faz-se prevalecer os direitos da mulher.

Logo, denota-se que não se está em colisão direta o direito à vida e os direitos da gestante, já que, sendo o feto anencéfalo, não haverá vida extrauterina em potencial, e, então, o conflito é "apenas aparente entre direitos fundamentais. Em rigor, no outro lado da balança, em contraposição aos direitos da mulher, não se encontra o

⁸ Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humanos para fins de transplante e tratamento.

direito à vida ou à dignidade humana de quem está por vir, justamente porque não há ninguém por vir, não há viabilidade de vida." (BRASIL, 2012, p. 54).

Ademais disso, Marchiori (2012, p. 44) sintetizou (muito bem) os argumentos de ponderação dos ministros, e concluiu que "[...] nenhum decidiu exclusivamente com fundamento numa ponderação pura e simples entre a vida do feto anencéfalo e os direitos à liberdade, autonomia, privacidade e direitos reprodutivos da mulher." Dentre as decisões, pôde-se verificar que "(i) se considerou inexistente a vida biológica e/ou jurídica desse feto, não havendo óbice para proibir a mulher de interromper a gravidez e exercer seus direitos – nesse caso nem haveria ponderação"; ainda, "(ii) se reconheceu a vida, mas como merecedora de tutela jurídica menos intensa, daí a ponderação prevalecer para o lado dos direitos femininos." Por fim, teve quem "(iii) tenha considerado a vida como valor preponderante (Cezar Peluso); ou, então, (iv) nem tenha admitido a ponderação (Gilmar Mendes, Lewandowski)."

A par disso, nota-se que os Ministros Celso de Mello e Joaquim Barbosa entenderam que os direitos à liberdade, autonomia, privacidade, sexuais e reprodutivos da mulher seriam fundamento para a resolução da demanda. No tocante, todavia, ao que fundamentaram ser autonomia da mulher nesse processo de decisão sobre o aborto de feto anencéfalo, infere-se que o Ministro Marco Aurélio pontuou que o que se pretendeu foi assegurar à mulher o "direito de viver as suas escolhas, os seus valores, a suas crenças", visto que se tem nas mãos o direito dela de se "autodeterminar, de escolher, de agir de acordo com a própria vontade num caso de absoluta inviabilidade de vida extrauterina." Sendo assim, "estão em jogo, em última análise, a privacidade, a autonomia e a dignidade humana dessas mulheres." Para ele, ainda, o ato de obrigar a mulher a manter o feto seria

equiparado ao cárcere privado de seu próprio corpo, de modo que a desproveria do “mínimo essencial de autodeterminação e liberdade, assemelhando-se à tortura ou a um sacrifício que não pode ser pedido a qualquer pessoa ou dela exigido.” (BRASIL, 2012, p. 68).

A Ministra Carmem Lúcia, em um tópico de seu voto que denominou “Estado Democrático de Direito e a dignidade da pessoa humana”, citou Immanuel Kant⁹ para descrever que “[...] a liberdade é mais do que a simples ausência de impedimentos externos. Livres são aqueles que fazem suas próprias escolhas, embasados em determinados princípios. Dessa forma, apenas os seres racionais gozam da liberdade.” (BRASIL, 2012, p. 46).

Ela ainda se referiu a diversos autores que erigem a dignidade da pessoa humana como fundamento dos direitos fundamentais e também do qual emanam os demais direitos fundamentais, concluindo que há afronta à dignidade humana a maternidade ou paternidade exigida no ordenamento jurídico que “determina a continuidade de gestação, da qual não resultará, no estágio atual do conhecimento médico, ser humano com vida, o que afeta a personalidade daqueles que vivenciam a experiência, inclusive em sua relação aos concidadãos por colocá-los em situação de criminalidade.” (BRASIL, 2012, p. 50).

Seguindo esse posicionamento, a Ministra Rosa Weber, já no início de seu raciocínio, pontua sobre a liberdade do indivíduo, asseverando que todos são “livres para escolher os seus modos de vida e iguais em direitos e deveres para que possam desenvolver suas liberdades e respeitem os demais” (BRASIL, 2012, p. 115), e nessa proposição não se pode impor superioridade entre liberdade e igualdade, pois são condições à convivência dos demais valores,

⁹ Apud RABENHORST, Eduardo Ramalho. *Dignidade Humana e Moralidade Democrática*. Brasília: Brasília Jurídica, 2001. p. 33.

de modo que a solução para o caso é a aplicação da fórmula da proporcionalidade em sentido estrito.

Explanou que os direitos constitucionais envolvidos no caso são: direito de proteção (feto) contra direito de defesa (da gestante). E nessa divisão das razões, o quociente resulta a favor da liberdade da mulher em cotejo com a proteção do feto, visto que proteger a gestante nessa situação é “garantir a sua liberdade de escolha sobre o papel reprodutivo que lhe cabe, reconhecendo-lhe direito fundamental.” (BRASIL, 2012, p. 135).

O Ministro Joaquim Barbosa questionou se, diante da vida extrauterina inviável do feto, o direito à vida deve ser garantido ainda no mesmo grau de proteção? E conclui e explica que não. Isso porque “a norma penal chancela a liberdade da mulher de optar pela continuidade ou pela interrupção da gestação.” (BRASIL, 2012, p. 150). Na ponderação entre os valores jurídicos tutelados pelo direito, “a vida extrauterina inviável e a liberdade e autonomia privada da mulher, prevalece a dignidade da mulher, deve prevalecer o direito de liberdade desta de escolher aquilo que melhor representa seus interesses pessoais, suas convicções morais e religiosas, seu sentimento pessoal.” (BRASIL, 2012, p. 149).

Contrariamente aos demais já mencionados, o Ministro Cezar Peluso, que votou pelo enquadramento da interrupção da gravidez anencefálica ao tipo delitivo do aborto, justificou que a liberdade e autonomia jurídicas não podem ser aventadas para o caso, visto que há previsão legal que tipifica a conduta. Para ele, “a conduta censurada transpõe a esfera da autonomia e da liberdade individuais, enquanto implica, sem nenhum substrato de licitude, imposição de pena capital ao feto anencefálico.” (BRASIL, 2012, p. 383).

Para ele o princípio da legalidade e a cláusula geral da liberdade “são limitados pela existência das leis constitucionais. Onde

a lei o considera criminoso, e por isso proíbe certo comportamento, não há espaço de liberdade jurídica, não há possibilidade teórica de invocação do princípio da liberdade nem da legalidade. Já estão pré-excluídos." (BRASIL, 2012, p. 384).

Como se denota, o argumento da autonomia é comum aos ministros, apesar de eles não a conceituarem isoladamente, apenas utilizando a situação fática como argumento. Contudo, pode-se deduzir da linha de fundamentação utilizada pelos julgadores que a concepção da definição da autonomia é aquela adstrita à autonomia privada, como se demonstrará em tópico oportuno.

3.2 HC 124.306: Direito à vida versus Direito à autonomia, sexuais e reprodutivos, à integridade física e psíquica e à igualdade

Conforme pontuado na decisão da Primeira Turma, notadamente no voto-vista do Ministro Luís Roberto Barroso, condutor do *decisum*, a criminalização da descontinuação da gravidez no primeiro trimestre contraria os direitos fundamentais da mulher, na medida em que não observa suficientemente o princípio da proporcionalidade.

A premissa levou em consideração que ao se afirmar a incompatibilidade da criminalização do aborto com a Constituição, não se está defendendo a disseminação do procedimento, mas sim que ele seja raro e seguro, na medida em que o aborto é uma prática que se deve procurar evitar, pelas complexidades físicas, psíquicas e morais que envolve. No entanto, aliado a isso, é o papel do Estado e da sociedade ofertar educação sexual, distribuição de contraceptivos e amparo à mulher que almeje ter filho e que se encontre em circunstâncias adversas (BRASIL, 2016, p. 13).

Dentre os argumentos, relevou acerca da distinção e delicadeza da matéria principalmente diante das intervenções políticas, econômicas, sociais e religiosas inevitáveis. Além do mais, como não poderia deixar de fazer, situou os direitos fundamentais no cume do imbróglio, vinculando os poderes estatais de modo a funcionar como uma reserva mínima de justiça às pessoas.

Ao iniciar, lembrou que

após a Segunda Guerra Mundial, os direitos fundamentais passaram a ser tratados como uma emanção da dignidade humana, na linha de uma das proposições do imperativo categórico kantiano: toda pessoa deve ser tratada como um fim em si mesmo, e não um meio para satisfazer interesses de outrem ou coletivos. (BRASIL, 2016, p. 14).

Nesse sentido, assinalou que criminalizar a interrupção voluntária da gestação feriria os direitos fundamentais das mulheres, atingindo brutalmente a sua dignidade, notadamente porque nada mais trágico e marcante para a mulher do que ter que decidir tal dilema, de modo que um processo criminal apenas tornaria sua vida ainda pior. Até mesmo porque indispensável a análise do *status* jurídico do embrião durante essa fase inicial da gestação, para qual se tem duas posições antagônicas: a que defende a existência da vida desde a concepção (fecundação do óvulo pelo espermatozoide), e a da formação do sistema nervoso central e rudimentos de consciência ocorridos após o terceiro mês de gestação.

Fato é que, segundo o Ministro, não há previsão legal que defina o *status* jurídico do embrião e o início da vida. Sendo assim, pauta-se em escolhas religiosas ou filosóficas de cada. No entanto, o que se deve levar em conta nesse período é que “não há qualquer possibilidade de o embrião subsistir fora do útero materno nesta fase de sua formação. Ou seja: ele dependerá integralmente do corpo da

mulher." (BRASIL, 2016, p. 17), de modo que a violação de seus direitos fundamentais é incontestável.

A autonomia da gestante; definida no texto do voto como "o poder de controlar o próprio corpo e de tomar as decisões a ele relacionadas" (BRASIL, 2016, p. 17); prevaleceu ao suposto direito à vida do feto, que neste triênio gestacional não possui sistema nervoso central nem consciência, dependendo totalmente da mulher. Desse modo, ofenderia a liberdade individual da gestante, corolário da dignidade humana, na medida em que o Estado impõe à mulher a obrigação de permanecer com o feto que não possui vida.

Afere-se ainda do voto que, diante da premissa de ausência de vida fetal durante o três primeiros meses, impor à mulher a manutenção da gestação seria como se "tratasse um útero a serviço da sociedade, e não de uma pessoa autônoma, no gozo de plena capacidade de ser, pensar e viver a própria vida" (BRASIL, 2016, p. 17), na medida em que não há choque entre direito à vida e direito à autonomia, pois ainda não há vida do feto, apenas liberdade da gestante em não satisfazer interesses de outrem ou coletivos, mas sim a sua vontade.

Dos demais direitos violados, em relação ao direitos sexuais e reprodutivos da mulher, utilizou Luís Roberto Barroso como referência o parágrafo 7.3 do Relatório da Conferência do Caio, devendo caber a ela a decisão sobre se e quando deseja ter filhos, sem discriminação, coerção e violência. Ademais, porque cabe somente à mulher o ônus da gravidez, devem ser protegidos com maior intensidade a sua vontade e seus direitos, fundamento esse que serviu também para justificar o direito à integridade física e psíquica e à igualdade de gênero. Além do mais, possíveis agressões ao direito à igualdade social são inferidas já que a incidência das normas penais afetam de forma desproporcional das mulheres mais pobres, devido a sua condição

socioeconômica de acesso ao sistema de saúde e justiça, e também à educação.

A Ministra Rosa Weber aduziu que dentre os questionamentos a serem feitos para a decisão do caso, deve-se analisar se esse direito de escolha pode ser negado à mulher e quais seriam os princípios constitucionais em colisão. Após citar casos emblemáticos da jurisdição comparada¹⁰, concluiu, seguindo as premissas do ministro presidente, que o direito à vida referendado na Constituição Federal no artigo 5º, inciso XLVII, não possui caráter absoluto. Corolário da disposição constitucional, o Código Penal trouxe a excludente de ilicitude do aborto ético ou humanitário (resultado de estupro). Logo, entendeu a ministra que a “proporcionalidade da escolha política é controversa em face da tutela dos direitos fundamentais da mulher” (BRASIL, 2016, p. 15), de modo que, assim como houve a flexibilização política para garantir a possibilidade da interrupção da gestação decorrente de estupro, independentemente de viabilidade ou não do feto, bem como diante do fato de que não há direito absoluto, é possível a interpretação dos artigos 124 a 126 do Código Penal conforme o texto constitucional afastando a criminalização da interrupção voluntária da gravidez, por decisão da gestante, no primeiro triênio.

4 A autonomia e autonomia privada

Apesar de iguais, a priori, denota-se que substancialmente há distinções importantes que representam mudança de significado aos termos autonomia e autonomia privada. Sabe-se que autonomia

¹⁰ *Roe versus Wade*, em 1973. *Griswold versus Connecticut*, em 1965. *Planned Parenthood of Southeastern Pa. versus Casey*, em 1992. *Whole Woman's Health versus Hellerstedt*, em 2016 – todos Suprema Corte Americana.

°caso *Artavia-Murillo (Fecundación In Vitro) x Costa Rica*, em 2012 – Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Casos Paton versus Reino Unido; Vo versus França; Evans versus Reino Unido; A, B and C versus Irlanda* – todos Corte Europeia de Direitos Humanos. (BRASIL, 2016).

etimologicamente tem o condão de conferir a ideia de reger-se segundo suas próprias leis. Para a perspectiva kantiana, a definição de autonomia pode ser definida como “a propriedade da vontade de ser ela mesma sua lei”, pela qual foi expressada através do imperativo categórico “age segundo a máxima tal de possas, ao mesmo tempo, querer que ela se torne lei universal.” (KANT, 2009, p. 59).

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 racionais, constituindo-se no fundamento da dignidade da natureza humana.” (SARLET, 2004, p. 33).

Além disso, a autonomia, integrante do elemento ético do conteúdo da dignidade da pessoa humana, na concepção tripartite¹¹ proposta por Barroso (2010, p. 21), consiste 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).

¹¹ A concepção tripartite da dignidade proposta por Barroso (2010, p. 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.

Essa autonomia 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 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 apud CUNHA E CRUZ; BALBINOT, 2017, p. 26).

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, mas estará limitada pela ordem jurídica, que norteará sobre a forma, conteúdo, capacidade e legitimidade dos sujeitos (BORGES, 2005, p. 51-54).

A noção 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). Assim, infere-se 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.

Assim sendo, os ministros ao julgarem ambos os casos aventados – ADPF 54 e o HC 124.306 – analisaram esse limite de disposição que a mulher tem quando sua vontade colide com a proteção de um direito do feto. Os que adentraram no argumento da autonomia como fundamento para as razões de decidir, fizeram-no, primeiramente, considerando que os direitos constitucionais não são absolutos, de modo que o alcance da autonomia da mulher deveria ser analisado à luz da (in)viabilidade de vida do feto.

Pautados em dados técnicos, verificou-se que tanto o feto anencéfalo quanto até o primeiro trimestre de gestação, não há viabilidade de vida. O primeiro porque acaso se desenvolva até nascer, não sobreviverá mais do que algumas horas após o parto; e o segundo em virtude de que até esse período não há desenvolvimento do sistema nervoso central e rudimentos de consciência e, acaso nasça nessa idade, não possui condição alguma de desenvolver-se.

Então, limitando-se a autonomia privada da mulher para dispor sobre a gestação apenas nesses casos de inviabilidade de vida do feto, e não a deixando livre irrestritamente para decidir acerca da manutenção ou não de qualquer gravidez, infere-se que, nos julgados, pautou-se na concepção de autonomia privada e não na autonomia da vontade, analisando a liberdade da mulher em consonância com a dignidade da pessoa humana.

5 Conclusão

A descontinuação da gravidez é palco para imensuráveis debates. Não foi diferente no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54 e no Habeas Corpus n. 124.306, ambos do Supremo Tribunal Federal, nos quais se discutiu sobre a (im)possibilidade de interrupção da gestação em caso de gravidez de feto anencefálico ou durante o primeiro triênio gestacional.

Com pontos de vistas e análises distintas, alguns ministros detectaram a colisão, mesmo que aparente, de direitos fundamentais como a vida do feto e a autonomia da gestante, objeto de análise deste trabalho. Fato é que aqueles que adentraram na análise da autonomia da mulher construíram seus argumentos pautados na liberdade kantiana, no entanto, reconheceram a necessária limitação dessa liberdade para que ela não se torne irrestrita e enseje a disposição de toda e qualquer gestação.

Sendo assim, inferiu-se que a concepção adotada pelo julgadores foi a de autonomia privada, na medida em que, diante da inviabilidade de vida extrauterina do feto, deve prevalecer a autonomia da gestante para decidir livremente sobre a manutenção ou não da gestação anômala, de modo que o ideal de liberdade utilizado esteve inter-relacionado com a dignidade da pessoa humana, respeitando os limites dessa dignidade e sobrelevando, nesse caso, a autonomia.

Por isso, pode-se detectar que o Supremo Tribunal Federal pautou-se na autonomia privada no julgamento dos precedentes ADPF 54 e HC 124.306, já que sopesou a violação à dignidade do feto e à dignidade da gestante, estendendo a liberdade de disposição da gestante para descontinuar a gravidez de feto anencéfalo e até o

primeiro trimestre, no entanto sem torná-la ilimitada, porquanto não se permitiu uma disposição irrestrita de toda e qualquer gestação.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneos: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação*. Dez. 2010. Mimeografado. Disponível em: <http://luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2016/06/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf>. Acesso em: 07 jan. 2018.

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

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

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/revista-juridica/article/download/268/291/>>. Acesso em: 20 dez. 2017.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes – Segunda Seção: Transição da filosofia moral popular à metafísica dos costumes*. Tradução Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Discurso Editorial: Barcarolla, 2009.

MARCHIORI, Carolina Milani. *Análise da ADPF 54: Mapeamento da Decisão e Verificação de uma possível formação de precedente*. 2012. 103 p. Monografia (Pós-graduação)–Sociedade Brasileira de Direito Público, São Paulo, 2012. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/210_MONOGRAFIA3.pdf>. Acesso em: 06 jan. 2018.

MELLO, Luciana Ferreira; DE QUEIROZ BARBOZA, Estefânia Maria. Paralelo entre os precedentes dos Estados Unidos – análise da decisão ROE versus WASE, e o Instituto da Eficácia Transcendente dos Motivos Determinantes no Brasil – análise da decisão proferida pelo STF na ADPF n. 54. *Espaço Jurídico Journal of Law*, Joaçaba, v. 16, n. 1, p. 221-238, jan./jun. 2015. Disponível em: <<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/view/3739>>. Acesso em: 09 jan. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2002.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 3.510. Relator: Ministro Ayres Britto. Órgão Julgador: Plenário. Julgamento em 29 maio 2008. Brasília, DF, 30 maio 2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611723>>. Acesso em: 04 jan. 2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF n. 442. Brasília, DF, 06 mar. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/psol-stf-descriminalize-aborto-meses.pdf>>. Acesso em: 11 jan. 2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 54. Relator: ministro Marco Aurélio. Órgão Julgador: Plenário. Julgamento em 12 abr. 2012. Brasília, DF, 14 abr. 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em: 04 jan. 2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Habeas Corpus* 124.306. Relator: ministro Luís Roberto Barroso. Órgão Julgador: Primeira Turma. julgamento em 09 ago. 2016. Rio de Janeiro, 29 nov. 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12580345>>. Acesso em: 04 jan. 2018.

A teoria dos deveres fundamentais aplicada ao beneficiário das ações afirmativas no CREAS – Catanduvas, SC

Douglas Cristian Fontana¹

1 Introdução

A concretização dos direitos fundamentais no Brasil, determinada pela Constituição Federal de 1988, demanda uma postura estatal ativa, implementando prestações positivas e atividades que busquem tanto a proteção como a efetivação dos direitos fundamentais daquelas pessoas que se encontram em posição de risco ou vulnerabilidade social. Nesta busca pela efetivação de direitos, as ações afirmativas ganham destaque, já que permitem a diminuição da desigualdade e a concretização de direitos para pessoas que estão dentro desta perspectiva de vulnerabilidade.

Neste contexto, a atividade do Centro de Referência Especializado em Assistência Social (CREAS) se inclui como uma destas ações afirmativas, de natureza estatal, que busca concretizar direitos fundamentais em favor de pessoas sob risco ou vulnerabilidade social. A ação afirmativa consiste, dentre outras atividades, em analisar o estado social da pessoa ou família e implementar um plano de atendimento para desenvolvimento de atividades que permitam, dentre outros, a concretização de diversos direitos fundamentais. Ocorre que, por vezes, há descumprimento das orientações prestadas pela equipe de atendimento. Neste sentido, a pesquisa pretende analisar se este descumprimento das orientações, com base a teoria

¹ Mestrando em Direitos Fundamentais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Juiz do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

dos deveres fundamentais, influencia na concretização dos direitos fundamentais buscados nesta ação afirmativa.

É preciso considerar que a efetividade de uma ação afirmativa depende também de um lado oculto e pouco discutido na seara jurídica, que são os deveres fundamentais. Há uma necessidade de se olhar para esse lado oculto dos direitos fundamentais, na medida em que não existem direitos sem o cumprimento de um mínimo de deveres. Desse modo, a efetivação de direitos fundamentais exige o cumprimento de certos deveres fundamentais, principalmente no campo social, como exigência comunitária para sua manutenção e desenvolvimento político, democrático, econômico e social.

Nesta perspectiva, o presente artigo tem por objetivo estudar a relação entre os deveres fundamentais do beneficiário da ação afirmativa e a concretização dos direitos fundamentais tomando como exemplo a ação afirmativa do CREAS. A hipótese é que o descumprimento de deveres fundamentais pode ser uma variável da inefetividade de direitos fundamentais. Para o alcance deste objetivo, no primeiro tópico do artigo realiza-se estudo sobre a teoria dos deveres fundamentais, pautado na orientação teórica de José Casalta Nabais (2015). Discorre-se, pois, sobre a construção teórica dos deveres fundamentais, seu conceito, seu fundamento jurídico, sua vinculação com a dignidade da pessoa humana e a dimensão objetiva dos deveres fundamentais. No segundo, analisa-se a atividade do CREAS como ação afirmativa estatal. Este texto toma como base conceitual de ação afirmativa a proposta de Clève (2014). Por fim, no terceiro se verifica se o resultado da ação afirmativa do CREAS é influenciado pelo descumprimento dos deveres fundamentais do beneficiário. A pesquisa (entrevista) não tem o propósito de estabelecer uma certeza quantitativa sobre quantas pessoas cumprem ou não as orientações recebidas na ação afirmativa do CREAS Catanduvas, SC.

Para o alcance destes objetivos foi realizada uma pesquisa bibliográfica e de campo, consistente numa entrevista com uma assistente social do CREAS. O método utilizado é o indutivo. O assunto se insere dentro da Linha de Pesquisa: Direitos Fundamentais Cíveis e na Área de Concentração: Dimensões Materiais e Eficaciais dos Direitos Fundamentais.

2 Aproximações da construção teórica dos deveres fundamentais

Este tópico consiste num estudo bastante resumido da teoria dos deveres fundamentais. A base deste estudo está na obra de José Casalta Nabais, cujo título é “o dever fundamental de pagar impostos”, que traz em sua primeira parte um consistente estudo sobre a teoria dos deveres fundamentais. A partir da referida obra se apresenta um resumo dos principais aspectos da teoria dos deveres fundamentais que sejam pertinentes ao estudo realizado neste artigo.

A utilização desta obra como base no artigo não se deve apenas à sua consistência teórica, mas também porque há um escasso estudo teórico e dogmático das chamadas “situações jurídicas passivas”, das quais fazem parte os deveres fundamentais. Isso se deve, em parte, a forma histórica como transcorreu a relação entre Estado e indivíduo, ou também, entre o poder e o direito. Como o papel do direito é conter o poder dentro de limites, evidente que o processo histórico resultou em maior ênfase aos direitos, primando pela liberdade e autonomia do indivíduo, expressas nas posições jurídicas ativas das pessoas em face do poder estatal. Isso resultou em uma primazia quase absoluta dos direitos públicos subjetivos em detrimento dos deveres (NABAIS, 2015).

Em âmbito constitucional também há uma motivação histórica para o esquecimento dos deveres. O modelo constitucional

dos regimes totalitários europeus deu ênfase quase absoluta ao status passivo do cidadão perante o Estado. Com a queda destes regimes, principalmente após a Segunda Guerra Mundial, foram aprovadas novas constituições em vários estados europeus (Itália, Alemanha, Portugal, Espanha), cuja preocupação, como reflexo do totalitarismo anterior, tratou de forma dominante ou mesmo exclusiva dos direitos fundamentais e dos limites do poder estatal. Com isso, os deveres fundamentais ficaram à sombra, esquecendo-se a responsabilidade comunitária do indivíduo que deve ser, simultaneamente, livre e responsável (NABAIS, 2015).

Um exemplo disso é a Lei Fundamental Alemã, que não emprega em todo seu texto, sequer uma vez, a expressão “dever fundamental” (NABAIS, 2015). Evidente que esta ausência expressa em alguns textos constitucionais está longe de significar uma rejeição aos deveres fundamentais, mas apenas um certo cuidado com o tema. Isso porque, é preciso notar, os deveres fundamentais constituem uma exigência estrutural de uma constituição. Além disso, constituem-se como legitimação para intervenções do poder público nas relações sociais ou na autonomia pessoal dos cidadãos, e essa legitimação pode resultar dos objetivos do poder público num modelo de Estado Social (NABAIS, 2015).

Por fim, outro fator que também explica a pouca dedicação das constituições aos deveres fundamentais é o fato de não haver uma clara sistematização ou enumeração deles, diferentemente do que ocorreu com os direitos fundamentais. Neste sentido, cabe citar que o próprio tratamento da doutrina a respeito dos deveres fundamentais é extremamente escasso (NABAIS, 2015).

O conceito de dever surgiu nos domínios religioso e ético, mas foi com a Idade Moderna que ele transitou para o direito, com importantes contribuições do humanismo jurídico, do jusnaturalismo

racionalista, do pensamento estoico (clássico) e do tratado dos deveres de Cícero (*De Officiis*) (PECES-BARBA MARTÍNEZ, 1987).

Com o imperativo “suporta e abstém-te”, aplicado ao individualismo, o pensamento estoico constitui-se numa das chaves para a incorporação do conceito de dever no direito moderno, na medida em que transforma o indivíduo de beneficiário da ordem divina a sujeito de uma nova ordem baseada no homem, que é titular de direitos fundamentais, inerentes à sua dignidade, mas que também possui deveres inerentes a sua existência e ao funcionamento da comunidade onde vive (estado organizado) (NABAIS, 2015).

Segundo Bobbio (2004), historicamente se observou mais a esfera dos deveres do que dos direitos. Tratava-se de uma questão de preservação da coletividade, como se o Estado justificasse o indivíduo. A partir de Locke começa a surgir uma concepção individualista. Essa concepção significa que primeiro vem o indivíduo, que tem valor em si, para depois vir o Estado, porque este é feito de indivíduos. Com essa inversão de valores, ocorre também a inversão na relação entre direitos e deveres. Para os indivíduos, primeiro vem os direitos, depois os deveres. Para o Estado, primeiro os deveres, depois os direitos (BOBBIO, 2004).

Mas o tema dos deveres ganha ainda maior ênfase no humanismo jurídico e jusnaturalismo racionalista, na medida em que o conteúdo do justo começa a coincidir com o cumprimento de deveres por parte do indivíduo. Neste contexto é preciso notar como se deu a transformação destas noções. Inicialmente, é preciso considerar que entre as inclinações humanas percebem-se deveres centrais como o de não causar dano a outrem, não impedir os outros de se conservarem, de vestirem-se ou enriquecerem, não impedir alguém de estar a serviço de outro, não furtar, não faltar a palavra dada, entre outros. Contudo, com a influência do interesse burguês sobre o

Direito, se passou do dever de não furtar para o direito de propriedade, assim como do dever de cumprir promessas ao regramento contratual moderno. (PECES-BARBA MARTÍNEZ, 1987). Nesta base de ideias começa a se falar do dever de solidariedade, de não causar danos a outrem, restituir o que for de outro, manter a palavra dada, reparar danos, acrescentando-se que a violação destes deveres merece sanção, erigindo-se com isso traço identificador dos deveres jurídicos (NABAIS, 2015).

Nabais (2015) ressalta que numa primeira fase da modernidade, os deveres passam a integrar o sistema de direito natural, sendo identificados como aspectos passivos ou limites imanentes dos direitos naturais. Argumenta que por esta razão é que no momento da positivação dos direitos fundamentais não se reclamou uma posição paralela para os deveres fundamentais. As declarações americana e francesa nada contiveram de deveres. Sobre esta última, aliás, em agosto de 1789, houve recusa pela Assembleia Nacional Francesa da adoção de uma declaração autônoma de deveres, sob o argumento de que numa comunidade liberal, os deveres se identificam com os direitos (NABAIS, 2015).

Ao explicar alguns detalhes sobre a elaboração da Declaração de Direitos do Homem de 1789, Bobbio (2004) afirma que nas discussões havia três problemas a resolver: se era ou não oportuna a Declaração; se oportuna, ela deveria ser promulgada isolada ou como preâmbulo da Constituição; se promulgada isolada, deveria ou não ser acompanhada por uma declaração de deveres. Foi escolhida a segunda opção. Isso dá mostra de que havia na Assembleia nacional a ideia de deveres, mas na discussão que antecedeu a promulgação do texto, prevaleceu o conteúdo apenas dos direitos.

Bobbio (2004) ainda adverte que ao se refletir sobre a compreensão dos direitos, a função primária das leis é de comprimir,

corrigir, restringir, não de libertar, ampliar ou deixar o homem crescer selvagemmente. Neste sentido, “[...] pode-se dizer que direito e dever são como o verso e o reverso de uma mesma moeda.” (BOBBIO, 2004, p. 73).

Mas porque esse argumento vale apenas relativamente aos direitos do homem, aqueles interindividuais, pautados em leis civis, não àqueles contidos em leis políticas (direito constitucional)? Casalta Nabais responde esta indagação com a afirmação de que as constituições não deixaram totalmente de se referir a deveres, estes considerados não como limitação a direitos individuais, mas como obrigações positivas perante a comunidade (NABAIS, 2015). Neste contexto, é preciso deixar clara a necessidade de se afirmar os deveres fundamentais autônomos, já que aqueles passivos ou correlatos aos direitos, enquanto face passiva destes, já estão integralmente afirmados, considerada a consagração dos respectivos direitos que, aliás, devem ter predominância no Estado de Direito (NABAIS, 2015).

Dentre os precursores na positivação de deveres nas constituições, pode-se apontar a Constituição de Massachusetts, de 1780, que previu em seu artigo 10º a obrigação de cada cidadão em contribuir com serviços ou o equivalente para a organização da proteção comunitária (NABAIS, 2015). A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 também consagra (três) deveres, quais sejam: dever de obediência, dever de pagar impostos e dever de suportar a privação da propriedade em caso de expropriação (NABAIS, 2015).

A partir daí, esses deveres começam a aparecer na generalidade das Constituições do Estado Liberal. Na Constituição portuguesa de 1822, a afirmação dos deveres fundamentais é bastante acentuada. Ela consagra deveres como: dever de ser justo; venerar a religião, dever de amar a Pátria e defende-la com armas; obedecer a Constituição e leis; respeitar autoridades públicas; contribuir

para despesas do Estado; entre outros. Evidente que parte destes deveres, como obedecer a Constituição e respeitar autoridades, não são verdadeiros deveres, pois, além de não passarem de apelos constitucionais a uma virtude cívica, não se inserem como deveres em sentido estrito, já que não indicam, direta ou por relação, uma direção do comportamento devido (NABAIS, 2015).

Portanto, na perspectiva do Estado Liberal, os deveres fundamentais em essência são a defesa da pátria e o dever de pagar impostos, que de algum modo se relacionam com a existência e funcionamento do Estado, assim com os direitos da liberdade e a propriedade, que, pode-se dizer, resumem as ideias do modelo liberal da época. Não por razões diversas é que esses dois deveres, geralmente, constam como únicos nas constituições do Estado Liberal (NABAIS, 2015).

Este panorama altera-se profundamente quando os direitos fundamentais passam (para além da geração liberal) a abranger a participação política, o direito a prestações sociais perante o Estado e os direitos ecológicos. Isso porque, se por um lado tais direitos expressam exigências do indivíduo em face do Estado, por outro eles trazem alguma limitação a esfera individual de atuação do indivíduo, na medida em que trazem deveres que se associam com tais direitos (NABAIS, 2015). Exemplo disso é o dever de votar, diretamente associado ao direito ao voto. Seguramente, o dever de sufrágio é um dever fundamental típico do estado democrático, sem o qual o Estado pode sucumbir (NABAIS, 2015).

Já no modelo de Estado Social, surgem deveres econômicos, sociais e culturais associados ou conexos com direitos sociais. Marco da consagração destes deveres é a Constituição de Weimar, que consagrou expressamente deveres relativos ao Estado Social. São exemplos: dever de escolaridade obrigatória; dever dos pais educarem

os filhos; dever de cultivo e exploração do solo; dever de exercer funções públicas não retribuídas; dever de prestar serviço ao estado, etc. É possível afirmar que tais deveres refletem comprometimento dos cidadãos com um estado que é reflexo da própria ação e intervenção destes indivíduos (NABAIS, 2015).

No tocante aos deveres associados aos direitos ecológicos, pode-se mencionar os deveres de defesa do ambiente, preservação, defesa e valorização do patrimônio cultural. A primeira vez que este tipo de dever se incorporou num texto constitucional foi na Constituição Portuguesa de 1976 (NABAIS, 2015). Um aspecto interessante sobre os direitos e deveres ecológicos é que entre eles há uma forte ligação, uma vez que seu conteúdo é definido pelo interesse comum. Por isso, sua dimensão objetiva tem um peso bem maior, comparada a de outros direitos fundamentais. Em razão dessa característica, alguns chamam tais direitos de “direitos boomerang”. Isso porque, se por um lado são direitos, por outro são deveres para o próprio titular. Em outras palavras, são direitos que acabam se voltando contra o próprio titular, na medida em que conferem a este os respectivos deveres (NABAIS, 2015).

Um exemplo disso seria o direito ao meio ambiente equilibrado que implica, também ao titular desse direito, um dever de preservar o meio ambiente. Nabais (2015) ainda indica que devem ser considerados os deveres para com os animais, plantas e rios. Ressalta que isso não significa que se trate de direitos (humanos) dos animais e plantas, mas sim de um conjunto de deveres indiretos que temos para com a humanidade, com foco na preservação de um ambiente equilibrado que permita uma vida digna da espécie humana, com a integração entre as gerações. Toda essa construção mostra como o modelo clássico dos deveres inerentes ao Estado Liberal se alargou para deveres políticos, sociais, econômicos, culturais e ambientais, agora numa perspectiva de Estado Social. Em outras palavras, uma

guinada de deveres autônomos para deveres associados a direitos (NABAIS, 2015).

Neste tom, Casalta Nabais destaca que os deveres fundamentais constituem categoria jurídico-constitucional própria, mas também correlata, dos direitos fundamentais. Como corretivo da liberdade, os deveres fundamentais traduzem a mobilização do cidadão para os objetivos do bem comum (NABAIS, 2015). Na visão de Peces-Barba Martínez (1987), deveres fundamentais são aqueles deveres jurídicos referentes a dimensões básicas da vida do homem na sociedade, notadamente a bens de fundamental importância para a satisfação das necessidades básicas ou que afetam importantes setores da organização e funcionamento das instituições, ou ao exercício dos direitos fundamentais no âmbito constitucional.

Nabais (2015, p. 64) define deveres fundamentais como “[...] deveres jurídicos do homem e do cidadão que, por determinarem a posição fundamental do indivíduo, têm especial significado para a comunidade e podem por esta ser exigidos.” Esta posição jurídica seria passiva, autônoma, subjetiva, individual, universal e permanente e essencial (NABAIS, 2015).

Os deveres fundamentais, pois, são posições jurídicas passivas porque exprimem situação de dependência do indivíduo em relação ao Estado (aspecto passivo desta relação jurídica). Isso é o oposto do que ocorre com os direitos fundamentais, que são posições ativas do indivíduo. Mas as posições passivas dos deveres fundamentais não significam inércia. Embora na relação jurídica com o Estado a posição do indivíduo seja passiva, os deveres fundamentais podem significar situações ativas, nas quais se exige do cidadão um comportamento comissivo ou omissivo (NABAIS, 2015).

No entanto, nem todas as posições passivas são deveres fundamentais (enquanto categoria autônoma). Devem ser excluídos

aqueles deveres diretamente relacionados ou simétricos dos direitos fundamentais. Isso porque eles representam apenas o lado passivo do *status activi* do indivíduo, que recai sobre os demais indivíduos, numa verdadeira limitação interindividual dos direitos (NABAIS, 2015). Este lado passivo diz respeito à vinculação dos particulares a direitos fundamentais (STEINMETZ, 2004) e, portanto, não pode ser confundida com os deveres fundamentais autônomos.

No tocante às posições jurídicas subjetivas, os deveres fundamentais apresentam-se como posições jurídicas subjetivas imputadas pela própria Constituição. Seriam disposições constitucionais que, independentemente de como e onde estejam formuladas na Constituição formal, investem o indivíduo em posição subjetiva (NABAIS, 2015). Os deveres fundamentais também são posições individuais, porque se referem a pessoas, embora organizações também possam ser destinatárias de deveres fundamentais, desde que compatíveis com sua natureza. Neste último caso, ainda que alguns mesmos deveres fundamentais possam ser titularizados tanto por indivíduos como por organizações, haverá diferentes configurações conforme seja um e outro. Além disso, pode-se cogitar até de entidades públicas como titulares de deveres fundamentais, dada a atual pulverização destas entidades na sociedade, que não raro se encontram em posição igual a de indivíduos no trato com a comunidade (NABAIS, 2015).

Como posições universais e permanentes, quer-se dizer que os deveres fundamentais são encargos de todos para com a comunidade nacional, sem discriminações. Isso não significa que não se possa (sem discriminação) delimitar o âmbito de algum dever fundamental, de modo que não alcance a todos, mas sim a certa categoria, como acontece em relação ao voto, em que alguns são excluídos em razão da idade (NABAIS, 2015). Por fim, como posições essenciais, os deveres fundamentais são importantíssimos para a existência, funcionamento

e subsistência da comunidade, ou seja, essenciais para o bem comum (NABAIS, 2015).

Tem-se, com isso, a descrição dos principais elementos que compõem um conceito material de deveres fundamentais (assim entendidos como aqueles que expressa ou implicitamente estão disciplinados na Constituição), o que não significa que os demais deveres nela consagrados não devem ser considerados (materialmente, embora não formalmente) fundamentais.

Uma interrogação que pode surgir neste deslinde é sobre os reflexos dos deveres fundamentais como expressão da dignidade humana. A dignidade é qualidade intrínseca e distintiva do ser humano, implicando num complexo de direitos e deveres fundamentais, que tanto protegem a pessoa contra tratamento desumano e degradante, como garantem condições existenciais mínimas e saudáveis, assim como promovem a participação ativa de cada pessoa na sua própria existência e na comunhão da vida com os demais (SARLET, 2009).

Para se pensar em deveres fundamentais num Estado democrático constitucional, inicialmente é preciso considerar a soberania em termos jurídicos, portanto limitada, bem como basear essa soberania do Estado na dignidade da pessoa humana. Com essa articulação entre soberania e dignidade, o Estado, por força de sua soberania, tem o poder constitucional (constituente ou de revisão) de estabelecer deveres fundamentais (NABAIS, 2015).

Verifica-se aqui uma clara diferença na consagração constitucional entre direitos e deveres fundamentais: enquanto os direitos se impõem ao poder constituinte que, quase sempre, se limita a reconhecer e não a criá-los, os deveres fundamentais são efetiva criação do Estado (NABAIS, 2015). Evidente que esta criação de deveres fundamentais pelo Estado encontra limites em um Estado de Direito. Alguns limites podem ser encontrados no Direito internacional,

especialmente nos tratados de direitos humanos (vedando-se a afetação do núcleo essencial destes direitos) e na própria na dignidade da pessoa humana, cujo respeito é fundamento de muitos estados constitucionais (NABAIS, 2015).

Um aspecto também limitador da criação excessiva de deveres está na dogmática constitucional. É preciso considerar que há uma correlação entre direitos e deveres, de modo que não há uma garantia jurídica de direitos sem o cumprimento de um mínimo de deveres do cidadão, bem como não se pode permitir um regime exclusivo de deveres, sem reflexos nos direitos (NABAIS, 2015). Contudo, a parte de tais limites, há grande liberdade constitucional para a consagração de deveres fundamentais. A escolha constitucional pela implementação ou não de tais deveres vai refletir num campo de manobra estatal para a escolha entre um modelo de cidadão mais empenhado comunitariamente ou um mais indiferente (preocupado apenas com seus direitos) (NABAIS, 2015). É claro que esta soberania estatal para consagrar deveres fundamentais na sua constituição não pode deixar de observar a dignidade da pessoa humana, sob pena de transformar o indivíduo em mero objeto (com poucos direitos e muitos deveres). Mas também é certo que por detrás do conjunto de deveres fundamentais está um Estado soberano, baseado na dignidade humana, e que procura uma opção menos individualista e mais comunitária na conduta dos seus cidadãos (NABAIS, 2015).

É oportuno enfatizar, portanto, que o fundamento jurídico dos deveres fundamentais está na própria Constituição, seja expressa ou implicitamente. A questão é saber se cada dever fundamental precisa de um suporte específico na Constituição ou se pode derivar de uma cláusula geral capaz de suportar tanto deveres constitucionais como infraconstitucionais (NABAIS, 2015).

Inicialmente se poderia argumentar sobre a possibilidade da extração dos deveres a partir de uma cláusula geral de “deverosidade social”, que possibilitaria a tutela de deveres sem expressão no texto constitucional, a partir de uma leitura da “constituição material”. Também se poderia considerar que mesmo em Constituições sem uma referência expressa dos deveres, como a Lei Fundamental da Alemanha, é possível a extração de uma lista de deveres a partir da dignidade humana, do livre desenvolvimento da personalidade, na medida em que se constituiriam como um paradigma para igualdade de encargos e onerações, assim como do respeito recíproco (também pelo Estado) por tais princípios (NABAIS, 2015).

Em qualquer dessas possibilidades já se pode concluir que do princípio da liberdade não surge uma autonomia total e quase anárquica do indivíduo, mas sim uma liberdade que é acompanhada por uma responsabilidade (dever) comunitário, que deve corresponder a uma lista de deveres fundamentais (NABAIS, 2015). Mas no seu entender, Nabais (2015) afirma que cada dever fundamental não deve estar baseado numa cláusula de deverosidade social, mas sim num suporte constitucional expreso ou implícito (NABAIS, 2015).

Este fundamento exclusivamente constitucional para o dever fundamental faz todo sentido, pois ele se relaciona com os direitos fundamentais. No dever constitucional dos pais em sustentar e educar os filhos é possível visualizar o fundamento da constitucionalização deste dever no próprio direito fundamental reconhecido e garantido às crianças, pois não seria permitido ao Estado (garante dos direitos fundamentais de todos) reconhecer esse direito às crianças sem igualmente estabelecer o dever dos pais (que são garantidores natos da proteção à criança) em promover este sustento e educação. Como isso, pode-se afirmar que o dever dos pais não é algo

simplesmente moral ou pré-existente ao estado, mas sim um reflexo do reconhecimento do direito fundamental da criança (NABAIS, 2015).

Evidente, e por essa mesma razão, é que nem todos os deveres fundamentais carecem de consagração expressa, pois em alguns casos podem estar implicitamente contidos na Constituição por meio do reconhecimento e da garantia de alguns direitos fundamentais (NABAIS, 2015). Isso é o que ocorre na Constituição do Brasil de 1988, pois o Capítulo I (Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos) do Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), na verdade, só contém expressamente os direitos. E como os significantes do texto constitucional não são desprovidos de significados, é de se forçosamente deduzir que os deveres do referido título da Constituição Federal de 1988 são deveres implícitos. Portanto, os deveres fundamentais somente assim podem ser reconhecidos se consagrados expressa ou implicitamente na Constituição (NABAIS, 2015). Essa ideia reforça a proteção aos direitos fundamentais e permite a compreensão de um modelo mais amplo de proteção e efetivação destes direitos.

A par da dimensão subjetiva – que se consubstancia na posição de desvantagem ou passiva do indivíduo em relação ao Estado por razão de interesse público geral – os deveres fundamentais também têm uma dimensão objetiva (NABAIS, 2015). Esse caráter objetivo revela-se em dois planos: funcional e estrutural. No plano funcional, os deveres fundamentais instituem valores e bens jurídico-constitucionais que ultrapassam a pessoa humana, pois tutelam a comunidade e seus valores. Contudo, mesmo neste sentido, há que ter a consideração pela dignidade da pessoa humana como balizador desta atuação dos deveres (NABAIS, 2015). No plano estrutural, os deveres fundamentais expressam efeitos jurídicos relativos ao controle de constitucionalidade sobre as normas que ultrapassam, por exemplo, a esfera jurídica prevista nos deveres constitucionalmente

fixados. Além disso, também há o efeito interpretativo que os deveres fundamentais implicam no direito ordinário (NABAIS, 2015).

Em certo sentido, os deveres fundamentais são deveres dos membros de uma comunidade para com esta. Significa dizer que são compromissos para realização dos valores da comunidade enquanto Estado organizado (NABAIS, 2015). Neste cenário, é possível estabelecer algumas distinções no que diz respeito aos titulares. Há deveres fundamentais clássicos que constituem pressupostos de existência e funcionamento do Estado democrático. Em razão disso, não podem deixar de ser reconhecidos e exigidos. Como exemplo desses deveres, é possível citar o dever de defender a pátria, o serviço militar, pagar impostos, votar. Estes deveres têm conteúdo cívico-político, se relacionando com a outra face dos direitos fundamentais de liberdade, a participação política, uma vez que exprimem o compromisso dos cidadãos para com o Estado do qual participam (NABAIS, 2015).

Tem-se também os deveres de conteúdo econômico, social ou cultural (relativos ao estado social) que tutelam valores sociais e que a Constituição privilegiou. O titular ativo destes deveres não é o Estado (como ente político), mas a comunidade. Exemplos desta categoria são o dever de trabalhar, cultivar a terra, defender a saúde, defender o meio ambiente, defender a escolaridade obrigatória, preservar o patrimônio cultural, dentre outros. Importante destacar que especificamente em relação a saúde, meio ambiente e patrimônio cultural, pode-se dizer que tais deveres ultrapassam a órbita nacional, sendo deveres para como toda a humanidade (NABAIS, 2015).

Ainda, existem os deveres cujo titular é uma determinada categoria de pessoas, porque titulares de direitos fundamentais. É o caso do dever dos pais em manter e educar os filhos. Importante observar que neste caso, não se trata de mero dever correlativo do direito fundamental dos filhos, mas sim, para além disso, uma exigência

comunitária pelo interesse na especial proteção dessa categoria de titulares de direitos, bem como pela sua reconhecida fragilidade (NABAIS, 2015).

Por fim, é possível mencionar os deveres fundamentais para consigo mesmo. Um exemplo seria o dever de promover e proteger a própria saúde, pois proteção da saúde é componente da saúde pública e também um valor constitucionalmente eleito para uma especial proteção, de modo que tal comando constitucional impõe este comportamento protetivo ao cidadão para consigo mesmo. Pode-se chamar este caso de direitos-deveres, pois há uma identidade na titularidade ativa e no destinatário (NABAIS, 2015).

Não obstante a tais distinções, importa frisar que os deveres fundamentais estão a serviço dos valores comunitários e dirigidos diretamente à realização dos direitos fundamentais dos destinatários dos deveres. São deveres do cidadão (não do homem, porque o Estado é titular ativo) para com a comunidade (e seus valores) da qual participa (NABAIS, 2015).

Também não se pode esquecer que embora o Estado seja titular ativo na maioria dos casos, nisto não se esgota sua atuação, porque ele também tem uma posição passiva (obrigação), tanto de organizar os serviços administrativos para o adequado cumprimento destes deveres dos cidadãos, como na realização das imposições constitucionais de sua parcela de responsabilidade para realização de direitos e cumprimento de deveres – como no caso dos deveres e direitos sociais que, por vezes, exigem uma prestação estatal para sua realização (NABAIS, 2015).

Os destinatários naturais dos deveres fundamentais são as pessoas físicas, os indivíduos (NABAIS, 2015). A utilização do termo “cidadão” não pode ficar, neste caso, restrito a questão da cidadania e direitos políticos. Deve ser considerada em sentido amplo, ou seja,

todas as pessoas. Há deveres cujos destinatários, por óbvio, são exclusivamente as pessoas nacionais, como por exemplo, o dever de serviço militar, defesa da pátria e votar (ressalvada alguma permissão constitucional de voto ao estrangeiro) (NABAIS, 2015). Para além desses deveres exclusivos dos nacionais, os demais deveres podem ter como destinatários também os estrangeiros e apátridas. Mas isso não significa que valham em relação a estes na mesma medida que valem em relação aos nacionais. A exigência de preservação do patrimônio cultural, por exemplo, pode ter proporções diferentes em relação a nacionais e estrangeiros (NABAIS, 2015). A atribuição de deveres fundamentais, pela Constituição, aos não nacionais, obviamente, vai depender dos parâmetros constitucionalmente eleitos para atribuição de direitos a estas mesmas pessoas, notadamente questões de residência e requisitos de permanência no país (NABAIS, 2015).

Outro aspecto interessante é a possibilidade de atribuição de deveres fundamentais também a pessoas coletivas (privadas) mesmo que sem personalidade jurídica. Neste caso, a atribuição de deveres leva em conta a sua natureza, ou seja, os deveres devem ser compatíveis natureza da pessoa jurídica privada (NABAIS, 2015). Também pessoas coletivas públicas podem ser destinatárias de deveres fundamentais, o que não se incompatibiliza com o fato de algumas serem titulares dos deveres. Isso se deve ao atual modelo complexo de administração pública que permite relações de sujeição entre diversas entidades públicas, possibilitando a existência de deveres fundamentais de uma para com outra, sem que haja cumulação de titularidade ativa e passiva na mesma pessoa coletiva (NABAIS, 2015).

Por fim, pode-se cogitar, em tese, de pessoas públicas estrangeiras como destinatárias de deveres fundamentais. Claro que tal questão é de difícil configuração, pois há que respeitar a soberania dos Estados. Contudo, não sendo o caso de ferimento da soberania,

e sendo o caso de pessoas públicas estrangeiras envolvidas em algum negócio no território nacional (por exemplo: atividade empresarial, petrolífera ou propriedade de terras) faz-se possível a configuração de deveres fundamentais (o mais plausível: dever de pagar impostos) tendo referidas pessoas como destinatárias (NABAIS, 2015).

Os deveres fundamentais podem ser objeto de várias classificações. Quanto ao conteúdo, podem ser classificados em deveres positivos (que implicam ao destinatário um comportamento positivo) e negativos (que implicam um comportamento negativo) (NABAIS, 2015). Os deveres positivos podem ser de prestações pessoais (impõe prestação de fato – um fazer), dentre os quais se destacam os deveres personalíssimos (prestação infungível – a exemplo do serviço militar) e os deveres de prestações materiais (prestação de coisa – como o dever de pagar impostos) (NABAIS, 2015). Como deveres negativos (abstenção) pode-se exemplificar o dever de isenção político-partidária das forças armadas (NABAIS, 2015). Outrossim, há deveres que, por sua complexidade, podem ser simultaneamente positivos e negativos, como é o caso do dever de defesa e promoção da saúde (NABAIS, 2015).

No que diz respeito ao comando constitucional, os deveres podem ser diretamente aplicáveis da Constituição e deveres aplicados por lei mediante comando constitucional (NABAIS, 2015). No entanto, Nabais (2015) argumenta que mesmo aqueles deveres diretamente determinados na Constituição não são diretamente aplicáveis, exigindo-se uma atuação legislativa, já que necessária para disciplinar o modo de cumprimento dos deveres e as sanções aplicáveis (elemento este essencial para a efetividade). O autor ressalva hipóteses raríssimas de quando a Constituição já contém a sanção aplicável.

Há também os deveres de conteúdo autônomo e não autônomo. Os deveres não autônomos estão numa relação de integração dos os direitos fundamentais, enquanto os deveres autônomos têm conteúdo numa relação de exclusão ou delimitação com tais direitos (NABAIS, 2015).

Por outro lado, deveres pode ser de conteúdo cívico-político ou econômico, social e cultural. Os de conteúdo cívico-político exprimem o compromisso das pessoas com a existência e funcionamento do Estado. Tais deveres representam a outra face dos direitos de liberdade e participação política. Já os deveres de conteúdo econômico, social e cultural representam o compromisso de todos (pessoas físicas, entidades e Estado) com a promoção e preservação dos direitos sociais, econômicos e culturais (NABAIS, 2015).

Quanto aos seus titulares ativos, os deveres pode ser: a) deveres que vinculam o cidadão na relação com o Estado (perspectiva política); b) deveres que vinculam o indivíduo com a comunidade em geral (perspectiva econômica, social e cultural); c) deveres que vinculam indivíduos a outros (perspectiva horizontal dos direitos fundamentais – exemplo do dever dos pais para com os filhos); c) deveres para consigo mesmo (NABAIS, 2015).

No tocante aos destinatários, pode-se falar em deveres gerais (aplicáveis a todos) e deveres em função do estado ou de condições especiais (aplicáveis a certas pessoas ou categorias). Nesta perspectiva, há também deveres de indivíduos e deveres de pessoas coletivas, assim como deveres passíveis de aplicação a estrangeiros e apátridas (NABAIS, 2015).

Há também deveres associados com direitos fundamentais (que são direitos-deveres ou deveres-direitos, conforme prevaleça mais um ou outro), impondo relação de exclusão de liberdade ou imposição de comportamento relativo a tais direitos. Por sua vez, há

deveres coligados a direitos que não tem identidade entre o dever e o direito, mas cujo dever implica um enfraquecimento do conteúdo dos direitos (exemplo: pagamento de imposto e propriedade). Por fim, há deveres autônomos que não tem qualquer ligação com os direitos, o que não significa que não tenham contato com eles. Isso porque os deveres, de certo modo, sempre acabam por atingir algum direito, mesmo indiretamente (NABAIS, 2015). Dentro de uma perspectiva histórica, há os deveres clássicos, assim entendidos os de conteúdo cívico-político, e os deveres modernos, de conteúdo econômico, social e cultural (NABAIS, 2015).

De outro lado, Peces-Barba Martínez (1987) classifica os deveres fundamentais em três grandes grupos: a) dever de governar e dever de respeitar o direito; b) dever desempenhar funções públicas; c) dever de respeitar os direitos dos demais. Os deveres de governar e respeitar o direito se justificam por serem a essência do funcionamento da comunidade. Já os deveres de desempenhar funções públicas, como jurado ou serviço militar tem base nas razões organizacionais do Estado e defesa da nação. Por fim, o dever de respeitar (tanto o estado como os cidadãos) os direitos fundamentais dos demais cidadãos é derivado do princípio da igualdade que rege a comunidade estatal (PECES-BARBA MARTÍNEZ, 1987).

Sobre a relação entre os deveres e os direitos fundamentais, é de se observar que os deveres fundamentais pertencem ao mesmo plano constitucional dos direitos fundamentais. Essa ideia em nada é prejudicada pelo fato de os deveres estarem dispersos ao longo da Constituição (inclusive na constituição política e econômica) enquanto os direitos, de modo geral, costumam estar concentrados em capítulo específico. Aliás, isso se explica pelo fato de que, embora os deveres estejam dispersos, eles estão sempre a serviço da

realização da dignidade da pessoa humana, pois esta é fundamento da comunidade (NABAIS, 2015).

Outra ideia da relação entre direitos e deveres é que não há um sem o outro. Não há como exercer ou assegurar direitos fundamentais sem o cumprimento de um mínimo de deveres por parte do cidadão. Do mesmo modo, um regime apenas de deveres é contrário ao estado democrático de direito (NABAIS, 2015).

Quando se diz que aos deveres fundamentais se aplica o mesmo regime dos direitos fundamentais, significa dizer que a eles se aplicam os princípios da universalidade, igualdade, da validade em face das pessoas e organizações, da aplicabilidade aos estrangeiros, do acesso à justiça e dos direitos de resistência contra o excesso, da responsabilização contra cobrança excessiva de deveres, da proporcionalidade ou proibição do excesso (NABAIS, 2015).

Ainda na relação entre direitos e deveres fundamentais, cabe notar dois aspectos: a) a limitação do conteúdo dos direitos pelos deveres; b) a limitação do conteúdo dos deveres pelos direitos (NABAIS, 2015). No primeiro aspecto, é evidente que os deveres, por natureza, limitam a esfera de liberdade das pessoas (exemplo disso é o dever de serviço militar). Mais que isso, deveres associados a direitos excluem parte do conteúdo, seja a liberdade negativa ou faculdade de não exercício de certos direitos e ainda impõem algum conteúdo positivo a estes. Por outro lado, deveres coligados a direitos excluem do conteúdo (dos direitos) diversas faculdades ou segmentos positivos que naturalmente fariam parte deles.

É de ser observar também que no tocante a direitos econômicos, sociais e culturais a relação como os deveres associados é tão íntima que acaba por transformá-los em direitos de solidariedade (direitos-deveres). Como exemplo disso está a escolaridade básica, que para além de ser essencial a dignidade da pessoa, também é

uma garantia para um mínimo de igualdade de oportunidades e preservação da sociedade democrática (NABAIS, 2015).

Já em relação à limitação dos deveres pelos direitos, cabe mencionar um plano geral, no qual os direitos (direitos-garantia gerais) funcionam como instrumentos de tutela e garantia contra a concretização excessiva de deveres, notadamente aqueles que ultrapassem o permissivo constitucional. Por outro lado, também se destaca um plano especial, no qual o conteúdo de um direito tem função exclusiva de exprimir limitação de um dever constitucional. É o caso, segundo ressalta Nabais (2015), do direito de objeção de consciência em face do serviço militar obrigatório (NABAIS, 2015).

Esses foram, em resumo, os principais pontos da teoria dos deveres fundamentais colhidos na doutrina escolhida para o estudo. Agora é momento de iniciar a conjugação da relação entre os deveres fundamentais e o beneficiário da ação afirmativa. No caso deste artigo, para melhor delimitar a pesquisa foi escolhida a ação afirmativa do CREAS como exemplo para ilustrar essa relação. Neste sentido, é tempo de analisar o CREAS como ação afirmativa estatal.

2 A atividade do CREAS como ação afirmativa

As atividades do CREAS estão previstas na Lei nº 8.742/1993, com a alteração da Lei nº 12.435/2011. São leis que dispõem sobre a organização da assistência social no país, dando diretrizes e distribuindo competências para os entes da federação (BRASIL, 2011).

A gestão é organizada sob a forma descentralizado e participativa, no denominado Sistema Único de Assistência Social (SUAS). O SUAS é integrado pelos entes federativos, pelos respectivos conselhos de assistência social e pelas entidades e organizações de assistência social (BRASIL, 2011).

A assistência social está organizada sob dois pilares: a) proteção social básica – conjunto de atividades da assistência social que visa a prevenir situações de vulnerabilidade e risco social por meio do desenvolvimento de potencialidades e aquisições e do fortalecimento de vínculos familiares e comunitários; b) proteção social especial – conjunto de atividades e programas que tem por objetivo contribuir para a reconstrução de vínculos familiares e comunitários, a defesa de direito, o fortalecimento das potencialidades e aquisições e a proteção de famílias e indivíduos para o enfrentamento das situações de violação de direitos (BRASIL, 2011).

Ambas as proteções são ofertadas pela rede socioassistencial, de forma integrada, diretamente pelos entes públicos e entidades vinculadas ao SUAS (BRASIL, 2011). Essas proteções sociais (básica e especial) serão ofertadas precipuamente no Centro de Referência de Assistência Social (CRAS) e no Centro de Referência Especializado de Assistência Social (CREAS), além de outras entidades que se enquadrem e habilitem legalmente para tanto (BRASIL, 2011).

O CRAS é a unidade pública municipal, de base territorial, localizada em áreas com maiores índices de vulnerabilidade e risco social, destinada à articulação dos serviços socioassistenciais no seu território e à prestação de serviços socioassistenciais de proteção social básica às famílias (BRASIL, 2011).

O CREAS é a unidade pública de abrangência e gestão municipal, estadual ou regional, destinada à prestação de serviços a indivíduos e famílias que se encontram em situação de risco pessoal ou social, por violação de direitos ou contingência, que demandam intervenções especializadas da proteção social especial (BRASIL, 2011).

Enquanto o CRAS tem uma atuação preventiva, o CREAS tem uma atuação mais corretiva, onde o risco ou a vulnerabilidade já existem, ou seja, onde o direito fundamental já está deficitário ou

sob risco. Ambos são unidades públicas estatais instituídas no âmbito do SUAS, que interagem com as demais políticas públicas e articulam, coordenam e ofertam os serviços, programas, projetos e benefícios da assistência social (BRASIL, 2011).

Os serviços socioassistenciais prestados no âmbito do CRAS e do CREAS são as atividades continuadas que visem à melhoria de vida da população e cujas ações são voltadas para as necessidades básicas. Dentre esses serviços, é possível destacar o Serviço de Proteção e Atendimento Especializado a Famílias e Indivíduos (PAEFI), que consiste no apoio, orientação e acompanhamento a famílias e indivíduos em situação de ameaça ou violação de direitos, articulando os serviços socioassistenciais com as diversas políticas públicas e com órgãos do sistema de garantia de direitos (BRASIL, 2011).

Embora as atividades do CRAS e do CREAS sejam bastante parecidas nas suas finalidades de concretizar ou proteger direitos fundamentais, por uma questão metodológica este estudo optou por tratar apenas do CREAS, considerada sua atividade especializada na atenção de pessoas ou famílias sob risco social ou violação de direitos. Nesta ordem de ideias já é possível observar que o CREAS tem uma atividade diretamente ligada a concretização de direitos fundamentais das pessoas. Isso decorre do comando constitucional previsto no artigo 203 da Constituição Federal de 1988 que define as áreas de atuação da assistência social. Com efeito, a proteção social prevista neste artigo está diretamente ligada aos direitos fundamentais sociais, assim previstos no artigo 6º da Constituição. Em sendo assim, não há dúvidas de que é possível enquadrar a atividade deste órgão como uma ação afirmativa estatal que visa proteger e incrementar direitos fundamentais dos indivíduos.

Isso porque, ações afirmativas são ações e políticas públicas realizadas para a efetivação do princípio constitucional da igualdade

(CLÈVE, 2014). Elas podem ser entendidas como soluções de caráter temporário, tomadas pelo Estado ou por particulares, que visam corrigir e compensar distorções históricas ou atuais, causadas por diversos motivos, se acumularam no tempo e acabaram por prejudicar certo grupo específico ou pessoas, seja por critérios de raça, etnia, religião, gênero, situação social, etc. (DUARTE, 2014).

Para Oliveira (2012, p. 144),

[...] podem ser definidas como um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concedidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero, por deficiência física e de origem nacional, bem como para corrigir ou mitigar os efeitos presentes da discriminação praticada no passado [...]

"São medidas temporárias e especiais, tomadas ou determinadas pelo Estado, de forma compulsória ou espontânea, com o propósito específico de eliminar desigualdades que foram acumuladas no decorrer da história pela sociedade." (CAVALCANTI, 2006, p. 362). Elas se destinam às minorias socialmente inferiorizadas e objetivam fazer com que essas minorias tenham as mesmas oportunidades que os demais, permitindo-lhes competir de forma igual com os demais membros da sociedade (MORAES, 2010).

Segundo Clève (2014), a ideia é que todos os competidores sociais tenham garantido pelo Estado igualdade de oportunidades. Isso vai além da igualdade formal de oportunidades, exigindo políticas para compensar ou assistir minorias, de modo que todos em determinada comunidade tenham as mesmas possibilidades, ao menos iniciais, para desenvolver suas habilidades, ou seja, o mesmo "ponto de partida".

Segundo Oliveira (2012, p. 144) as ações afirmativas têm "[...] por objetivo a concretização do ideal da efetiva igualdade de

acesso a bens fundamentais como a educação e o emprego." Dentre os objetivos das ações afirmativas, também é possível mencionar a tentativa de "[...] induzir transformações de ordem cultural, pedagógica e psicológica aptas a subtrair do imaginário coletivo a ideia de supremacia e de subordinação de uma raça em relação a outra, do homem em relação a mulher." (OLIVEIRA, 2012, p. 146)

Como se pode observar, as ações afirmativas têm a missão, de modo geral, de concretizar direitos fundamentais das pessoas. Neste contexto, considerando que a atividade do CREAS envolve a proteção social, com atendimento especializado para aqueles que estão em situação de risco ou vulnerabilidade social (o que significa que estão com seus direitos fundamentais afetados), fica evidente que o CREAS se consubstancia numa ação afirmativa estatal que envolve inúmeras possibilidades de atividades (da equipe especializada que presta atendimento) para, ao fim e ao cabo, prestar auxílio e orientação, garantindo que as pessoas tenham protegidos e promovidos seus direitos fundamentais.

Por outro lado, há que analisar se o sucesso dessa atividade do CREAS depende, ao menos em parte, do cumprimento de algum dever ou responsabilidade pelas pessoas atendidas. É o que se analisa no próximo item.

3 A frustração da ação afirmativa quando o beneficiário descumpra o dever fundamental

Neste ponto do estudo, cumpre avaliar como se há relação entre os deveres fundamentais e a ação afirmativa, especialmente a do CREAS, na concretização dos direitos fundamentais. Em outras palavras, cabe analisar, por exemplo, se a atividade assistencial do CREAS de proteção da criança sobre alguma influência pelo descumprimento dos deveres fundamentais relativos a paternidade. É

preciso notar que cada atendimento do CREAS pode representar uma diferente relação de direitos e deveres fundamentais, de modo que a correlação entre a ação afirmativa realizada e o dever fundamental é extremamente casuística. Essa particularidade torna necessária uma análise, neste estudo, em plano geral, apontando eventualmente uma relação específica apenas como exemplo, e não como indicativo minucioso de abordagem.

Nesta perspectiva, realizou-se uma entrevista com a assistente social do CREAS da cidade de Catanduvas-SC, Indianara Silvia Lazarotto, com a formulação de cinco perguntas, as quais se transcreve abaixo, com as respectivas respostas:

1) Quantos casos (pessoas ou famílias) por mês, em média, a rede de proteção social ou assistência social e psicológica dos entes públicos em que você atua presta atendimento?

Atualmente através do trabalho Psicossocial (Assistente Social e Psicóloga) realizado junto ao CREAS – Centro de Referência Especializado de Assistência Social, acompanhamos sessenta famílias que tiveram e/ou tem algum de seus direitos violados, sendo este o foco da intervenção deste equipamento, pessoas e/ou famílias em situação de violação de direito, onde o trabalho psicossocial é realizado de forma a auxiliar na superação de tais fragilidades, este acompanhamento se dá através do PAEFI – Serviço de Proteção e Atendimento Especializado a Famílias e Indivíduos, seja ele por meio de grupos realizados nas dependências no equipamento de forma semanal, ou através de atendimento individual e/ou familiar realizado de forma particularizada no equipamento ou no domicílio.

Ao inserirmos a família no PAEFI, a equipe técnica elabora o PAF – Plano de Acompanhamento Familiar, onde o mesmo tem como objetivo identificar juntamente com as famílias as potencialidades e fragilidades que os acomete, e, partir disso, pactuar intervenções como forma de superação destas situações, para que possamos alcançar os objetivos destes encaminhamentos que também é estabelecido no Plano.

2) Dentre estes casos, há situações em que a pessoa ou família, embora receba atendimento, orientação e auxílio da rede de proteção, não cumpre as orientações recebidas?

Infelizmente hoje existe uma demanda elevada que não compreende o trabalho psicossocial ofertado para a superação das situações de violação de direito, não aderindo os serviços especializados, sendo necessária a realização de um trabalho voltado à família no sentido de que os mesmos identifiquem que tais situações são prejudiciais ao desenvolvimento de seus membros, a se a partir deste momento, tal situação for identificada as intervenções surtem efeito, caso contrário, é necessário elaborar métodos mais complexos nas ações voltadas às famílias.

3) Qual o percentual deste tipo de atendimento fracassado (ou que não evolui) em razão do descumprimento das orientações por parte do beneficiário atendido?

A avaliação que podemos ter em relação ao público alvo do CREAS é que de cada dez famílias acompanhadas, uma adere aos encaminhamentos e intervenções realizadas, sendo este um dos fatores determinantes na evolução ou não de cada caso.

4) Se as orientações do poder público prestadas pela rede assistencial fossem cumpridas, estas pessoas estariam em melhor situação social?

É possível identificar nas famílias, que de alguma forma aderiram aos serviços e orientações ofertados, uma melhora em suas condições, sejam elas físicas, emocionais, social ou financeira, tendo em vista as várias intervenções traçadas junto a Rede de Proteção, e se a família acompanhada compreender a real situação que os acomete e identificar que a mudança é possível através dos serviços, intervenções e encaminhamentos pactuados, conseguimos ter êxito diante das dificuldades daquela família, e sim, auxiliar na reparação do dano.

Todavia é válido ressaltar que tal êxito só é possível através da identificação da família e/ou usuário, de que aquela situação e/ou fato que os acomete é prejudicial em seu meio, sendo que, o usuário que não identifica tal situação, e lhe é determinado para que compareça e frequente os serviços ofertados pela Rede de Proteção, não inicia o acompanhamento de forma aberta e disposta a mudança, sendo que as intervenções traçadas não são válidas e tal situação não é superada.

5) É possível descrever o principal ou principais motivos para o descumprimento das orientações prestadas? Qual ou quais são esses motivos?

O principal motivo das famílias não aderirem aos serviços ofertados é a falta de compreensão da complexidade dos fatos que levaram os mesmos a serem acompanhados e orientados pelo equipamento e/ou Rede de Proteção.

Muitas vezes as famílias em situação de violação de direito não compreendem que tal situação é prejudicial para o desenvolvimento de seus membros, sendo que identificamos que a família visualiza tal fato como algo 'natural' e/ou 'cultural', não se colocando à disposição para superar essas fragilidades, e partir de então, se identificarem como pessoas com direitos e deveres. (LAZAROTTO, 2017).

Antes de tudo, é preciso deixar claro que esta pesquisa (entrevista) não tem o propósito de estabelecer uma certeza quantitativa sobre quantas pessoas cumprem ou não as orientações recebidas na ação afirmativa do CREAS Catanduvas, SC. A proposta aqui é apenas conhecer e ilustrar que há, efetivamente, uma parcela significativa de pessoas que não cumprem as orientações recebidas na ação afirmativa, o que frustra o sucesso desta, ou seja, a concretização ou proteção de seu direito fundamental.

Neste sentido, as informações trazidas pela assistente social demonstram com clareza que há uma parcela de pessoas que não cumprem as orientações recebidas, o que gera o insucesso da ação afirmativa. É interessante observar que a assistente social destacou a necessidade de que as pessoas atendidas compreendam a situação e se comprometam com a orientação e mudança proposta. Ela chega a dizer que a orientação somente prospera quando o beneficiário efetivamente adere ao programa de orientação e auxílio que recebe.

Estas constatações demonstram que se, por um lado, as pessoas sob risco social necessitam de atendimento e auxílio do estado para superação do problema, por outro, há uma necessária

colaboração, verdadeiros deveres por parte do beneficiário que são decisivos para o sucesso da ação afirmativa.

Já se observou no primeiro tópico deste estudo, relativamente aos deveres fundamentais, que eles estão a serviço da dignidade da pessoa humana, bem como que pertencem, juntamente como os direitos fundamentais, ao quadro constitucional do indivíduo (constituição do indivíduo). A relação entre direitos e deveres é tão íntima que não há como pensar em direitos sem um mínimo de cumprimento de deveres; da mesma forma, deveres sem direitos seria uma afronta ao estado democrático de direito. Especialmente no caso dos direitos sociais, a estreita relação acaba por criar uma figura que Nabais (2015) chama de "direitos-deveres", como é o caso da escolaridade básica. Se por um lado alguém tem o direito à escolaridade, há também uma exigência comunitária para que todos cumpram com um dever de escolaridade, como mecanismo de igualdade e preservação da sociedade democrática.

Também já se estudou que existem deveres de alguma pessoa para com determinada categoria de pessoas, que são titulares de alguns direitos fundamentais. É o caso do dever dos pais em manter e educar os filhos. Além disso, existem deveres da pessoa para consigo mesma. Pode-se falar no dever de trabalhar, assim como no dever de promover e proteger a própria saúde. Esses são alguns dos deveres contidos na lista de deveres fundamentais.

Neste contexto, o que se pode observar no estudo aqui realizado, é que, por um lado, existe uma ação afirmativa do estado (o CREAS) buscando concretizar ou proteger direitos fundamentais de pessoas ou famílias, especialmente aqueles direitos fundamentais sociais previstos no artigo 6º da Constituição. Mas, por outro lado, existe uma parcela desta atividade que não obtém sucesso porque as pessoas atendidas não cumprem as orientações.

Por outras palavras, e já reflexionando sobre os deveres fundamentais das pessoas para com outros indivíduos (pais em relação aos filhos) e para consigo mesmo (dever de trabalhar e proteger a saúde), pode-se dizer que o descumprimento dos deveres fundamentais por essas pessoas atendidas na ação afirmativa gera o insucesso da iniciativa estatal.

Afinal de contas, por mais que o Estado promova a preparação de uma pessoa para o trabalho – promova escolaridade e especialização profissional, bem como fomente oportunidades de emprego – o dever constitucional de trabalhar cabe apenas ao indivíduo. Se alguém simplesmente se desinteressa por atividade laboral qualquer que seja, infelizmente não há nada que o Estado possa fazer.

Nesta mesma toada, se o Estado fornece ao indivíduo todos os meios e condições para frequentar a escola, é preciso notar que o aprendizado efetivo (leitura, estudo e esforço pessoal para aprender) é um ato personalíssimo que decorre do dever fundamental de escolaridade, que além de ser um direito, é uma exigência comunitária para o fomento da igualdade de oportunidade e da própria democracia.

Portanto, se a equipe de atendimento do CREAS observa em determinado indivíduo um déficit especialização profissional que o impede de obter trabalho, e para auxiliá-lo consegue (por exemplo) uma vaga gratuita em curso de especialização, cabe a este indivíduo o dever fundamental de escolaridade. A vaga ofertada sem o interesse do beneficiário é algo ineficaz. No mesmo sentido, se a equipe constata que os filhos da família estão fora da escola, e arranja vaga na escola, transporte e todos os demais meios para a frequência escolar, cabe aos pais o dever fundamental de zelar pelo comparecimento diário dos filhos na escola, além da fiscalização para

o bom desempenho escolar. Sem o dever dos pais em manter os filhos na escola, a ação do CREAS foi ineficaz.

Uma vaga de trabalho que a equipe do CREAS consiga para um indivíduo, sem o cumprimento do seu próprio dever fundamental de trabalhar, mostrando desinteresse pelo trabalho, torna a ação afirmativa sem resultado. Assim se poderia apresentar vários exemplos de ineficácia da ação afirmativa por descumprimento dos deveres fundamentais do beneficiário.

Por vezes, e como já se salientou ao dizer da relação entre deveres e direitos fundamentais, a concretização dos direitos fundamentais depende do cumprimento de deveres fundamentais. Se uma ação afirmativa busca concretizar direitos, por lógico se pode esperar uma parcela de deveres do beneficiário, especialmente no que concerne aos direitos sociais. Nesta íntima relação que se revela a busca da dignidade da pessoa humana.

É por isso que se diz que os deveres fundamentais estão a serviço da dignidade da pessoa humana. Se por um lado eles se consubstanciam em exigências da comunidade em face das pessoas, isso se fundamenta na preservação dos interesses comunitários, sendo a dignidade da pessoa humana o maior e fundamental interesse da comunidade, já que elevado a condição de fundamento da República.

Evidente que contrariamente a esta ideia se poderia argumentar a liberdade (geral) do indivíduo (ALEXY, 2015) e a própria autonomia privada (entendida como decorrente na liberdade geral constitucional e propriamente numa perspectiva constitucional) de cada um em fazer ou não fazer o que não lhe for obrigado por lei.

No entanto, essa ideia é facilmente refutada quando se constata que os deveres fundamentais são também um corretivo da liberdade (NABAIS, 2015), uma vez que nenhum direito, nem mesmo a liberdade, é absoluto. Sendo assim, na íntima relação entre deveres e

direitos fundamentais, conjugada com a dignidade da pessoa humana e o interesse coletivo na sua preservação, é importante observar que mesmo havendo um amplo rol de liberdades constitucionais, a existência de direitos também implica, como já dito, na existência de deveres para com a comunidade onde se vive. Em razão disso, há certa diminuição da liberdade do indivíduo de fazer o que bem entender, pois a mesma Constituição que lhe confere a liberdade geral de ação (ALEXY, 2015) também lhe atribui um rol explícito ou implícito de deveres, que em muitos casos são praticamente um "lado oculto desses direitos" (NABAIS, 2015) e visam contribuir para a promoção de tais direitos, embora conservando sua autonomia como figura típica de dever fundamental.

Portanto, tendo-se em conta o exemplo do que ocorre na ação afirmativa do CREAS-Catanduvas, SC, pode-se deduzir que o sucesso de uma ação afirmativa nesta entidade depende, dentre outros fatores, do cumprimento de deveres fundamentais por parte do beneficiário desta ação afirmativa. Sem o cumprimento destes deveres fundamentais, há dificuldade ou mesmo impossibilidade de promoção ou proteção dos direitos fundamentais almejados por determinada ação afirmativa do CREAS-Catanduvas, SC.

4 Conclusão

A proposta deste artigo foi de realizar um estudo conjugando a teoria dos deveres fundamentais com as ações afirmativas, de forma a verificar se o descumprimento dos deveres, pelo beneficiário da ação afirmativa, de alguma forma pode influenciar na efetivação do direito fundamental por ela buscado. Neste contexto, buscou-se dados de caráter informativo numa pesquisa de campo, no âmbito do CREAS, assim entendido no estudo como uma ação afirmativa, colhendo-se com isso um suplemento fático para os argumentos aqui propostos.

Os deveres fundamentais são deveres dos indivíduos para com a comunidade onde vivem, deveres que visam a manutenção desta comunidade, seja do ponto de vista político, econômico ou social. Conforme o valor constitucional envolvido, emergem da constituição determinados deveres fundamentais que são atribuídos aos respectivos destinatários, para a realização desses valores. Tais deveres, sempre plasmados implícita ou explicitamente na constituição, pertencem ao quadro constitucional do indivíduo, seguindo o regramento a ele pertinente, constituindo-se como um corretivo da liberdade na responsabilização dos cidadãos pela manutenção da comunidade e orientados pelo fim último da dignidade da pessoa humana.

Especialmente no campo social, os deveres fundamentais têm relação muito íntima com os direitos fundamentais, constituindo-se como verdadeiros direitos-deveres, dado o interesse comunitário na sua concretização. Na sequência do estudo, promoveu-se uma análise da atuação do CREAS e seu enquadramento como ação afirmativa. O CREAS é a unidade pública destinada à prestação de serviços a indivíduos e famílias que se encontram em situação de risco pessoal ou social, por violação de direitos ou contingência, que demandam intervenções especializadas da proteção social especial. Ele tem uma atividade diretamente ligada a concretização de direitos fundamentais das pessoas, especialmente os direitos fundamentais sociais.

Por sua vez, as ações afirmativas são ações públicas ou privadas que visam promover ou proteger direitos fundamentais de pessoas ou grupos discriminados ou sob risco social, em razão de inúmeros possíveis fatores que causaram essa vulnerabilidade. Em sendo assim, não há dúvidas de que é possível enquadrar a atividade deste órgão como uma ação afirmativa estatal que visa proteger e incrementar direitos fundamentais dos indivíduos.

Na parte final do estudo, verificou-se que a atividade do CREAS não apresenta o sucesso almejado quando as orientações da equipe profissional que atende o beneficiário desta ação afirmativa não são seguidas. Com isso constata-se que há uma evidente relação entre os deveres fundamentais e o sucesso da ação afirmativa na concretização dos direitos fundamentais. É que, mesmo que a ação afirmativa seja bastante ampla e bem formulada, há uma parcela de responsabilidade, um dever fundamental do beneficiário para que o direito fundamental se concretize.

Isso decorre, além de outros fatores, de uma constatação bastante simples: direitos e deveres se complementam reciprocamente, ambos orientados pela dignidade da pessoa humana. Em razão disso, especialmente nos direitos sociais, falar em deveres fundamentais também representa uma exigência comunitária em favor da concretização de direitos fundamentais, especialmente nas ações afirmativas.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2017.

BRASIL. Lei n. 12.435, de 06 de julho de 2011. Altera a Lei no 8.742, de 7 de dezembro de 1993, que dispõe sobre a organização da Assistência Social. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 07 jul. 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12435.htm>. Acesso em: 15 jan. 2018.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier. 2004.

CAVALVANTI, Stela Valéria. Igualdade, discriminação positiva e políticas públicas para mulheres no Brasil. *Revista do mestrado em direito*, Universidade Federal de Alagoas. Editora Nossa Livraria, a. 2, n. 2, p. 345-279, 2006.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Temas de direito constitucional*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Ed Fórum, 2014.

DUARTE, Allan Coelho. A constitucionalidade das políticas de ações afirmativas. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, abril/2014 (Texto para Discussão nº 147). Disponível em: <www.senado.leg.br/estudos>. Acesso em: 22 abr. 2014.

LAZAROTTO, Indianara Silvia. Entrevista concedida a Douglas Cristian Fontana. Catanduvas, 13 set. 2017.

MORAES, Vanessa da Silva. Ações afirmativas: políticas de inclusão social e de efetivação dos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. *Revista da Ajuris*, a. XXXVII, n. 118, p. 337-355, 2010.

NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos: contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. Coimbra: Almedina, 2015.

OLIVEIRA, Renato Neves de. A busca dos direitos sociais através das políticas de ações afirmativas. *Revista de direito educacional*, v. 3, n. 5, p. 141-175, 2012.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Los deberes fundamentales. *Doxa*, Alicante, n. 4, 1987.

RIBEIRO, Rafael de Freitas Schultz. Estudo sobre ações afirmativas. *Rev. SJRJ*, Rio de Janeiro, v. 18, n. 31, p. 165-190, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

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

A vulnerabilidade informacional e suas implicações sobre a autonomia privada nos contratos de consumo

Douglas Marangon¹

1 Introdução

O presente trabalho tem por objetivo abordar o tema da vulnerabilidade informacional e suas implicações sobre autonomia privada no âmbito dos contratos de consumo. Para tanto, far-se-á uma breve análise acerca da configuração contemporânea da autonomia privada, sob o paradigma do Estado Social, bem como de sua construção a partir do paradigma da autonomia da vontade, de cunho Liberal, procedendo-se, igualmente, a distinção entre o conceito de autonomia privada e autonomia jurídica individual.

A autonomia da vontade há de ser relida na sua configuração, e revisitada pela autonomia privada. O grande impacto desta releitura reside no direito contratual, com a massificação. Destaque especial para as contratações em massa instrumentalizadas por contratos de adesão. Este argumento tem em mente que a teoria da vontade, consistente na relação contratual pessoal e com a possibilidade de discussão das cláusulas contratuais, é contraproducente à celeridade e dinamismo exigido pela sociedade atual. Disso deflui que, aliada ao fenômeno da constitucionalização do direito civil, a autonomia privada passa a *status* de verdadeiro direito fundamental concretizador da dignidade da pessoa humana.

¹ Especialista em Direito Civil e Processo Civil; mestrando em Direitos Fundamentais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Advogado.

No cenário brasileiro, como resposta desta releitura da teoria da vontade surge o Código de Defesa do Consumidor, como um microsistema destinado a equilibrar as relações negociais havidas entre fornecedores e consumidores, notadamente diante das novas características assumidas pelo consumo massificado. O microsistema consumerista parte iniludivelmente da afirmação do princípio da vulnerabilidade do consumidor, que passa a ser presumida, uma constatação de que a autonomia da vontade foi relida.

Neste contexto, a vulnerabilidade se apresenta sob diversas facetas, representando na dogmática certo nível de consenso sobre os subtipos: vulnerabilidade técnica, vulnerabilidade jurídica, vulnerabilidade fática (ou socioeconômica) e vulnerabilidade informacional.

Estritamente ligada ao escopo do presente estudo, a vulnerabilidade informacional será analisada com mais profundidade, de modo a estabelecer seu conceito e conteúdo, bem como seu fundamento legal e constitucional, de modo a permitir uma conclusão cientificamente adequada acerca de suas implicações sobre a autonomia privada.

A sistemática de desenvolvimento do presente ensaio adotou como método o dedutivo, com uma abordagem qualitativa, a partir de uma revisão bibliográfica da dogmática, com aplicação da técnica de documentação indireta, abrangendo a pesquisa documental e bibliográfica.

2 Da autonomia da vontade à autonomia privada

Uma vez que o estudo proposto tem por objetivo analisar as implicações da vulnerabilidade informacional sobre a autonomia privada, faz-se necessária a delimitação do conteúdo dessa categoria

jurídica, bem como sua distinção em relação à autonomia jurídica individual e autonomia da vontade.

Em sentido amplo, a autonomia jurídica individual ou liberdade jurídica, está relacionada à concepção de liberdade jurídica, significando a capacidade de atuar lícitamente, ou seja, atuar em conformidade com o ordenamento jurídico ou, mais especificamente, não atuar contra proibição legal expressa (BORGES, 2007).

Para os particulares, ser livre juridicamente significa ter a faculdade de agir lícitamente, o que ocorre sempre que não haja vedação legal expressa, o que se resume na máxima: o que não é proibido, é permitido (MEIRELES, 2009). O artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal garante que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, atribuindo status constitucional à liberdade jurídica dos particulares.

O conceito de autonomia privada é mais restrito, correspondendo ao poder que o indivíduo tem de realizar negócios jurídicos, ou seja, a liberdade negocial. Nessa perspectiva, a autonomia privada pode ser definida como o poder atribuído ao indivíduo pelo ordenamento jurídico para que possa reger, com efeitos jurídicos, suas próprias relações (BORGES, 2007).

Para Campos (1991), a autonomia privada corresponde ao direito do indivíduo de não estar subordinado a outro ser humano. No campo do direito das pessoas, segundo aduz, corresponde a edificação do Estado Democrático de Direito. Nas precisas palavras do autor: “A autonomia privada traduz-se na faculdade que cada pessoa tem de estabelecer relações jurídicas com os outros, tanto no campo pessoal como no patrimonial, nos moldes que entender.” (CAMPOS, 1991, p. 216).

De acordo com o conteúdo da autonomia privada, a pessoa poderá celebrar os negócios jurídicos que quiser, com quem quiser,

quando e segundo os termos que melhor lhe convierem. Conforme observa Campos (1991), trata-se de uma das principais manifestações da pessoa humana como ente autodeterminado. Nessa perspectiva, ao Estado somente seria lícito intervir nesta matéria para assegurar o essencial do pressuposto em que se assenta a autonomia privada, qual seja: a liberdade e a igualdade dos sujeitos. Bem ainda para garantir outros valores fundamentais da coletividade, que não podem ser vulnerados em benefício da atuação individual.

Campos (1991, p. 216) leciona que “a pessoa tem, na sua esfera privada, uma liberdade semelhante ao legislador ordinário.” Explica que, enquanto o legislador encontra limites na Constituição, o indivíduo é balizado pelos valores insculpidos o ordenamento jurídico. Dentro destes balizamentos, a liberdade de contratar é plena, de modo que o negócio jurídico faz lei entre as partes.

Assim, a teia de vínculos jurídicos que liga as pessoas privadas é uma rede de vínculos privados. Segundo Campos (1991), a satisfação dos interesses pessoais somente pode caber às pessoas, que a devem efetivar por meio da via negocial. Nesse panorama, considera que o próprio bem-estar da sociedade decorre de todas as satisfações individuais, “do livre jogo da multiplicidade dos (bons) egoísmos dos homens (bons).” (CAMPOS, 1991, p. 216).

Steinmetz (2004, p. 10) define a autonomia privada como “o poder atribuído pela ordem jurídica aos particulares para que, livres e soberanamente, auto regulamentem os próprios interesses (direitos, bens, fins, pretensões).”

Ferri (apud BORGES, 2007), em estudo dedicado ao tema concebe a autonomia privada como sinônimo de poder de disposição. Para Ferri (apud BORGES, 2007), autonomia privada e poder de disposição são exatamente o mesmo conceito, sendo que o poder de disposição significa poder de ditar normas, já que, em sua

concepção de negócio jurídico, este é norma jurídica e a autonomia privada é o poder normativo.

Em sentido semelhante, Andrade (apud BORGES, 2007, p. 15) conceitua a autonomia privada como a "ordenação das relações jurídicas pela vontade dos particulares", enquanto o negócio jurídico é "o meio posto pela ordem jurídica à disposição da pessoa privada (singular ou coletiva) para modelar como lhe aprouver as suas relações jurídicas, pondo-as de acordo com seus interesses, tais como os entende ou aprecia."

Sarmento (2006) acrescenta que a autonomia privada, a qual define como pode de auto-regulamentar os próprios interesses, tem como matriz a concepção de ser humano com 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, desde que elas não perturbem os direitos de terceiros nem violem outros valores relevantes da comunidade.

Sob o prisma técnico, ou seja, da produção de efeitos jurídicos, Meireles (2009, p. 68) define autonomia privada como "o poder, reconhecido ou concedido pelo ordenamento estatal a um indivíduo ou a um grupo, de determina vicissitudes jurídicas como consequência de comportamentos livremente assumidos." Assim concebida, a autonomia privada seria substrato para a criação, modificação ou extinção de situações jurídicas subjetivas, sempre em conformidade com a moldura formada pelo ordenamento jurídico.

A autonomia da vontade, por sua vez, não pode ser tomada como sinônimo de autonomia privada, à medida que representa uma fase anterior ao atual estágio de desenvolvimento da teoria do negócio jurídico. Segundo leciona Bertí (2014), a concepção tradicional da autonomia da vontade está diretamente ligada ao período do liberalismo e ao valor individualismo. Sob o ponto de vista

econômico, o Estado Liberal relega aos particulares, com base em uma igualdade formal, a incumbência de regular seus próprios interesses. As intervenções estatais nas relações privadas, notadamente no âmbito contratual, eram consideradas excepcionais, cabendo à “mão invisível do mercado” solucionar os problemas sociais e propiciar o bem comum. “Sendo a vontade o elemento principal do contrato [...] com base na teoria da vontade, cabia ao Estado apenas a tarefa de garantir a livre manifestação de vontade, isenta de vícios ou defeitos, a fim de que se pudesse ter um contrato válido.” (BERTI, 2014, p. 72).

Meireles (2009) aponta que a autonomia da vontade tem feição subjetiva, pois releva a vontade em si mesma, no seu sentido mais psicológico. Nessa quadra, a função da autonomia da vontade era a de garantir a própria vontade do sujeito, por ser considerada a única fonte de efeitos obrigacionais. Desse modo, o princípio da autonomia da vontade não se confunde com o princípio da autonomia privada, o qual tem feição mais objetiva (MEIRELES, 2009).

O constitucionalismo e a codificação (especialmente os códigos civis) são contemporâneos do advento do Estado Liberal e da afirmação do individualismo jurídico. Cada um cumpriu seu papel: um, o de limitar profundamente o Estado e o poder político (Constituição), a outra, o de assegurar o mais amplo espaço de autonomia aos indivíduos, nomeadamente no campo econômico (codificação). Entretanto, o contrato estruturado de acordo com o esquema clássico de oferta e aceitação, baseado no consentimento livre e na igualdade formal das partes, não mais se coaduna com a nova ordem constitucional e com o paradigma da autonomia privada. A constituição apenas admite o contrato que realiza a função social, a ela condicionando os interesses individuais, o que representa inegável limitação à autonomia privada (LÔBO, 1999).

A autonomia da vontade bem serviu aos ideais liberalistas do século XIX. Entretanto, se mostra insuficiente diante das novas necessidades sociais. Conforme assentado por Berti (2014, p. 72) “[...] o ideal do Estado não intervencionista acabou por permitir o aprofundamento das desigualdades econômicas e sociais e o abuso de poder.” Nesse sentido “o contrato, fundado somente na liberdade e na igualdade formal, ocultava graves desigualdades substanciais, gerando um desequilíbrio entre os pactuantes.” Em uma palavra final: “Entre fortes e fracos a liberdade oprime e a lei liberta.”

O Estado liberal é sucedido pelo Estado do bem-estar social, calcado na igualdade material, na boa-fé, na função social do contrato, etc. Nesse novo cenário, a autonomia da vontade, antes ampla e soberana, passa a ser limitada por normas de ordem pública e pelo interesse coletivo. Supera-se uma visão extremada individualista para uma visão solidária dos negócios jurídicos. Isso não exclui, todavia, a vontade na relação contratual, que apenas passa a ser equalizada com o interesse geral (BERTI, 2014).

O grande impacto destas implicações no direito contratual foi a massificação. Destaque especial para as contratações em massa instrumentalizadas por contratos de adesão. A teoria da vontade, consistente na relação contratual pessoal e com a possibilidade de discussão das cláusulas contratuais é contraproducente à celeridade e dinamismo exigido pela sociedade do Século XX. Passa-se, então, da teoria da vontade para a teoria da declaração. “A partir desta, o contrato passa a ser interpretado a partir da vontade declarada, isto é, dos elementos objetivos, exteriores e socialmente reconhecíveis, e não mais em função dos elementos de psicologia individual e das atitudes mentais de foro íntimo.” (BERTI, 2014, p. 74).

Desde seus primórdios no direito romano, o direito privado é tido como a espinha dorsal da ciência jurídica. Como não podia deixar

de ser, foi o ramo que mais sentiu os efeitos da pós-modernidade. Como fenômeno da constitucionalização do direito civil, toda a teia normativa de direito privado passa a ser analisada sob a luz da constituição, que, igualmente, passa a normatizar situações específicas antes restritas às codificações (BERTI, 2014).

No Estado Constitucional do Século XX, a Constituição é alçada a fundamento e filtro de todo o sistema jurídico. O princípio basilar da dignidade humana passa a nortear o direito privado, que passa a ser exercido sempre em conformidade com os preceitos daí decorrentes, notadamente em observância aos direitos fundamentais (BERTI, 2014).

É nesse contexto que a denominação teoria da vontade passa a ser inadequada, cedendo espaço à expressão autonomia privada. Aliada ao fenômeno da constitucionalização do direito civil, a autonomia privada passa a *status* de verdadeiro direito fundamental concretizador da dignidade da pessoa humana. Nada obstante, a vontade não deixou de existir em nosso ordenamento. Sob a roupagem da autonomia privada, continua a ser a base de nosso direito privado (BERTI, 2014).

A autonomia privada é um dos princípios fundamentais do direito privado, materializando-se por meio da celebração de negócios jurídicos. Os negócios jurídicos são os meios ou instrumentos de concretização da autonomia privada (BORGES, 2007). Entrementes, "o instituto do negócio jurídico não consagra a faculdade de 'querer' no vácuo, como apraz afirmar a certo individualismo, que ainda não foi extirpado da hodierna dogmática." Com essa ressalva, Betti (apud BORGES, 2005) nos lembra de tecer algumas considerações acerca das fronteiras desse poder chamado de autonomia privada.

Com efeito, sendo um dos princípios fundamentais do direito privado, a autonomia é limitada pela lei e pela ordem pública. Em um

grande número de situações, sempre que as partes se omitam quanto a pontos relevantes do negócio jurídico, o Direito terá a função de suprir a declaração das partes. Na maioria dos casos, essas normas são de caráter dispositivo, admitindo disposição contratual em contrário. Em um número menor de casos, essas normas são de caráter cogente, impondo aos sujeitos contratuais certas condutas, sob pena de o negócio jurídico não ser considerado válido (BORGES, 2005).

Portanto, a legitimidade de um negócio jurídico pressupõe o exercício da autonomia privada em conformidade com o ordenamento jurídico, o qual impõe limites materiais e formais de observância obrigatória. Notadamente os negócios jurídicos de conteúdo não patrimonial encontram limites na dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88) (BORGES, 2005).

Ainda, o exercício da autonomia privada é limitado pela necessária observância de princípios incorporados pela sociedade, os quais se inserem na noção de ordem pública. Nesse sentido, para Perlingieri (apud BORGES, 2005) os bons costumes, a segurança, a incolumidade e a saúde são limites à liberdade do indivíduo. Para o referido autor, esses elementos têm conteúdo objetivo e devem proteger o efetivo interesse da pessoa, considerada isoladamente ou como parte de uma coletividade.

Assim, de acordo com a concepção de autonomia privada aqui adotada, os indivíduos só podem realizar negócios jurídicos enquanto amparados pelo ordenamento jurídico nos mais diversos níveis hierárquicos, desde a constituição até a noção de ordem pública.

Como última nota, urge sublinhar que a noção de autonomia privada não é absoluta, à medida que deve ser compreendida de acordo com o ordenamento jurídico em que é estudada (MEIRELES, 2009). A esse respeito, Perlingieri (apud MEIRELES, 2009, p. 71) afirmou que “A autonomia privada pode ser determinada não em abstrato,

mas em relação ao específico ordenamento jurídico no qual é estudada e à experiência histórica que, de várias formas, coloca a sua exigência."

3 Autonomia privada e o pressuposto da vulnerabilidade do consumidor

Como visto no tópico pregresso, a autonomia privada é limitada, somente pode ser exercida legitimamente, quando consonante com o ordenamento jurídico e com a concepção de ordem pública.

Nessa quadra, há inegável interferência estatal no âmbito das relações privadas, com o estabelecimento de balizas mínimas dentro das quais a autonomia privada será exercida. Esse dirigismo contratual decorre precipuamente da superação da teoria da vontade, erigida sob o Estado Liberal, no bojo do qual em nome da igualdade formal e da não interferência na esfera negocial individual, chancelou-se a desigualdade substancial.

No cenário brasileiro, como resposta desta releitura da teoria da vontade surge o Código de Defesa do Consumidor como um microsistema destinado a equilibrar as relações negociais havidas entre fornecedores e consumidores, notadamente diante das novas características assumidas pelo consumo massificado.

As relações de consumo – notadamente de consumo em massa – representam um emblemático exemplo da insuficiência dos contratos de feição liberal para regular as novas modalidades contratuais surgidas na contemporaneidade.

Com assento constitucional nos artigos 5º inciso XXXII, 170 inciso V, da Constituição Federal, e artigo 48 de suas disposições transitórias, o Código de Defesa do Consumidor foi criado pela Lei 8.078/90, reconhecendo o consumidor como vulnerável na relação

de consumo, por força da dicção de seu artigo 4º, inciso II, inserto no Capítulo II, que trata da política nacional das relações de consumo.

A vulnerabilidade, pois, é a pedra de toque do direito consumerista, notadamente no que diz respeito aos contratos, podendo ser conceituada como “a situação permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação de consumo.” (MARQUES, 2009, p. 51).

No julgamento do REsp n. 586316/MG, o relator, Ministro Herman Benjamin, consignou que “o ponto de partida do CDC é a afirmação do princípio da Vulnerabilidade do Consumidor, mecanismo que visa a garantir igualdade formal-material aos sujeitos da relação jurídica de consumo.”

Nesse diapasão, anota Coelho (2010, p. 79) que, “à semelhança do contrato de trabalho, o de consumo também é caracterizado por uma relação de fato. O objetivo é igual: garantir a incidência das normas protetoras do contratante débil, no caso, o consumidor.”

Quanto ao ponto, urge ressaltar que o Superior Tribunal de Justiça por algum tempo perfilhou a concepção subjetiva ou finalista de consumidor, segundo a qual somente se encontra ao amparo das normas consumeristas a pessoa física ou jurídica que utiliza o produto ou serviço para consumo próprio. Segundo essa teoria, a utilização econômica do bem ou serviço, ainda que indiretamente, descaracterizaria a relação de consumo (REsp 541.867/BA, Rel. Min. Pádua Ribeiro, Rel. p/ Acórdão o Min. Barros Monteiro, DJ de 16/05/2005).

Evoluindo em relação ao tema, a jurisprudência do STJ no AgRg no Ag 807.169/SP, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, 3ª Turma, DJ de 25/10/2007, flexibilizou o entendimento anterior para considerar destinatário final quem usa o bem ou serviço em benefício próprio, independente de servir a uma atividade profissional. Adotou-se,

destarte, a teoria maximalista ou objetiva de consumidor. Isso implica admitir que a pessoa física ou jurídica que se utilize de produto ou serviço para fins de incremento de atividade econômica ter reconhecida a relação de consumo, desde que, *in concreto*, reste demonstrada a vulnerabilidade em relação ao fornecedor.

Segundo escólio de Marques (2006), a vulnerabilidade é dividida em: vulnerabilidade técnica, vulnerabilidade jurídica, vulnerabilidade fática e vulnerabilidade informacional. Interessa para este texto, particularmente, a compreensão da vulnerabilidade informacional e suas implicações sobre a autonomia privada. Contudo, impende abordar, ainda que perfunctoriamente, as demais espécies de vulnerabilidade.

A vulnerabilidade técnica, segundo Marques (2006), corresponde à ausência de conhecimentos específicos do consumidor acerca das características do bem ou serviço que adquire, de modo que se encontra em posição de desvantagem excessiva em virtude dessa ignorância. Essa vulnerabilidade é presumida em relação ao consumidor pessoa natural, e não profissional, destinatário final do produto ou serviço.

Emblemático exemplo de reconhecimento da vulnerabilidade técnica encontramos no REsp 1080719, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi. O julgado trata de controvérsia consistente na definição da amplitude do conceito de consumidor para o fim de obter o benéfico da inversão do ônus da prova. O caso concreto diz respeito a caminhão adquirido novo, por freteiro, para utilização na prestação de serviços de transporte, que veio a apresentar problemas no motor e, em decorrência disso, permaneceu imobilizado por longo lapso temporal, sujeitando o proprietário a prejuízos de ordem patrimonial (lucros cessantes) e moral. O autor da ação requereu, com base no Código de Defesa do Consumidor e em razão da hipossuficiência em

relação ao fornecedor, a inversão do ônus da prova no tocante aos defeitos apresentados pelo veículo.

Após discorrer sobre o histórico jurisprudencial que levou o Superior Tribunal de Justiça a encampar a tendência maximalista de consumidor, a relatora consignou o entendimento mais recente da corte no sentido de não ser o critério do destinatário final econômico o determinante para a caracterização da relação de consumo. Conforme razões de decidir, “ainda que o adquirente do bem não seja o seu destinatário final econômico, poderá ser considerado consumidor, desde que constatada sua hipossuficiência, na relação jurídica, perante o fornecedor.”

No caso em exame, a Relatora identificou se tratar de conflito entre um motorista (pessoa física) que adquire caminhão para fazer fretes em prol da sua sobrevivência, ficando evidenciada sua vulnerabilidade, dada a incapacidade de apontar ou de precisar qual o defeito técnico apresentado pelo caminhão. Observou-se, igualmente, que motorista não é qualificação capaz de decifrar qual o defeito mecânico, tanto que nem mesmo o fabricante foi capaz de identificar de pronto o defeito no veículo que fabricou. Diante desse quadro fático, concluiu-se que “se para o fabricante não foi possível detectar e consertar o defeito, muito mais difícil se revela esta tarefa para o comprador.” Ainda, sublinhou-se a incontestável hipossuficiência do comprador, o qual não tem condições de conhecer a concepção, o desenvolvimento e a tecnologia utilizados na fabricação. Em remate, aduziu-se que, “exigir do profissional leigo que aponte e demonstre o defeito é criar desequilíbrio inaceitável para o devido processo legal.”

A vulnerabilidade jurídica, segundo Marques (2006), diz respeito à carência do consumidor de conhecimentos jurídicos específicos e conhecimento de economia, os quais o fornecedor normalmente possui. Conforme a autora, atuar no mercado de

consumo na posição de fornecedor exige a noção de mercado e aparato jurídico que o homem médio não tem. Tanto que, não sendo o caso de vulnerabilidade presumida (utilização para consumo próprio), a expertise em relação ao produto adquirido afasta a incidência das normas consumeristas.

O reconhecimento da vulnerabilidade jurídica pelo Superior Tribunal de Justiça pode ser extraído do REsp 1155395, de relatoria do Ministro Raul Araújo, da Quarta Turma, julgado em 01/10/2013. Trata-se, o caso, de contrato de penhor celebrado entre pessoa física e a Caixa Econômica Federal, no bojo do qual foi inserida cláusula limitativa de indenização por danos materiais decorrentes de eventual perecimento do bem empenhado. Segundo o conteúdo da cláusula impugnada, em caso de roubo, furto ou extravio, a instituição financeira teria sua responsabilidade limitada a uma vez e meia o valor de avaliação do bem.

Furtadas as joias oferecidas em penhor, surgiu a controvérsia acerca do valor a ser indenizado e da validade da cláusula limitativa de responsabilidade da instituição financeira. O acórdão regional fixou a legalidade da cláusula, consignando a sua possibilidade de afastamento apenas em caso de vícios de vontade, situação não verificada no caso concreto. Pontuou-se que os contratos são pautados pelo princípio da boa-fé e da livre vontade, donde advém sua força cogente. Em adendo, considerou-se razoável e proporcional o valor correspondente a 1,5 vezes o valor de avaliação do bem para fins de reparação da perda material.

Reformando o acórdão objeto do recurso, o STJ adotou como pressuposto a vulnerabilidade jurídica do consumidor, haja vista o caráter de adesão do contrato firmado, cujas cláusulas são inegociáveis, bem ainda em razão da submissão do consumidor à avaliação unilateralmente realizada pela instituição financeira.

Nesse contexto, considerou-se nula a cláusula que limitou o valor indenizatório, determinando-se a indenização em consonância com o valor de mercado das joias.

A vulnerabilidade fática ou socioeconômica, por sua vez, ainda segundo Marques (2006), diz respeito à vantagem econômica do fornecedor diante do consumidor, que pode decorrer do monopólio ou do caráter essencial do serviço oferecido, quando consumidor não dispõe de opção de escolha quanto à contratação ou diante da essencialidade do produto ou serviço. Essa vulnerabilidade leva em consideração mais as condições do fornecedor e sua posição privilegiada do que a posição do consumidor.

O Superior Tribunal de Justiça, no bojo do AgRg no REsp 1413889, de relatoria do Ministro Sidnei Beneti, componente da Terceira Turma, julgado em 27/03/2014, reconheceu a vulnerabilidade fática e, por conseguinte, a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, a contrato de financiamento firmado entre Organização da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIP) e associado pessoa física. No caso concreto, um dos objetivos da organização, constante de seu estatuto social, consistia na

promoção do desenvolvimento econômico e social, através da concessão de crédito por modelo alternativo, visando a criação, o crescimento e a consolidação de empreendimentos de micro e pequeno porte, formais ou informais, sob a forma de pessoas físicas ou jurídicas, dirigidas às pessoas de baixa renda.

Diante desse quadro, consignou o Ministro Relator que o associado se encontra em posição de vulnerabilidade fática em relação à associação, utilizando-se do serviço prestado (crédito) como se destinatário final fosse. Ademais, para que possa ter acesso ao produto oferecido, deve aderir a contratos ou termos apresentados

pela associação, que por certo dispõe da expertise inerente à área de atuação, conhecimento que o consumidor não detém.

À vulnerabilidade informacional, por estar diretamente ligada ao escopo do presente ensaio, dedicar-se-á o tópico a seguir.

4 Aspectos jurídicos do reconhecimento da vulnerabilidade informacional

O direito à informação adequada, suficiente e verdadeira é um dos pilares do direito do consumidor. Há consenso no tocante às legislações destinadas à regulamentação das relações de consumo, acerca da importância deste direito na seara consumerista (LÔBO, 2000). Tanto que Resolução nº 30/248 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 16.04.1985, determina em seu artigo 3º que é necessário promover o acesso dos consumidores à informação.

A nível constitucional, os direitos do consumidor, dentre eles o direito à informação, foram erigidos pela Constituição Federal de 1988 a direitos fundamentais. Com tais, inserem-se entre os direitos fundamentais de terceira dimensão, concebidos que foram somente nas últimas décadas do século XX. Nesse aspecto, o direito à informação adequada do consumidor se difere do direito fundamental de informação correlato à liberdade de expressão. Esse último se enquadra entre os direitos fundamentais de primeira geração, de liberdade ou de prestação negativa, oponíveis ao Estado, enquanto o direito à informação na seara consumerista é direito de prestação positiva, dirigido a todo aquele que ofereça bens ou serviços no mercado de consumo (LÔBO, 2000).

A Constituição brasileira de 1988 estabelece que a atividade econômica deve observar, entre outros, o princípio de defesa do consumidor (art. 170). O princípio é dirigido não só ao Estado, mas, principalmente, aos agentes econômicos. O princípio alberga o

direito à informação, referido explicitamente no artigo 5º, XIV, da Constituição de 1988.

Ao se afirmar a fundamentalidade dos direitos do consumidor, depara-se com o problema da aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações privadas. Considerando-se os conceitos de consumidor e fornecedor estabelecidos pelos artigos 2º² e 3º,³ da Lei 8.078/90, respectivamente, vê-se que a relação de consumo se dá precipuamente entre particulares, do que emerge o aparente problema da aplicabilidade dos direitos fundamentais às relações privadas. Com efeito, para fins do presente ensaio, considera-se plenamente superada essa questão, no sentido da possibilidade de invocação de direitos fundamentais em face de particulares, notadamente no que diz respeito aos direitos de terceira dimensão. Sobre o tema, desenvolveu-se consistente teórica, destacando-se, no âmbito da dogmática doméstica, as obras de Wilson Steinmetz (A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais) e Daniel Sarmento (Direitos Fundamentais e Relações Privadas).

A nível infraconstitucional, atento ao princípio da vulnerabilidade do consumidor, o Código de Defesa do Consumidor elencou, entre os direitos básicos, disposição expressa acerca do direito à informação adequada:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

[...]

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade,

² Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

³ Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;

Lôbo (2000) destaca a importância do tema, notadamente diante do momento histórico atual, onde o avanço da globalização e as demandas de mercado reclamam um Estado cada vez menos intervencionista, na contramão do que propõe o direito do consumidor. Conforme assevera, os Estados e os ordenamentos jurídicos nacionais que intervieram na ordem econômica, para consecução da justiça social, ao longo do século XX, são obstáculos naturais à hegemonia do mercado global. O direito do consumidor, incluindo o direito à informação, insere-se nesse contexto de reforço do papel regulatório, pois suas regras protetivas configuram contrapartida à liberdade irrestrita de mercado, na exata medida do espaço de humanização dos sujeitos consumidores (LÔBO, 2000).

Do direito fundamental à informação do consumidor é face oposta do dever de informar imposto ao fornecedor. Trata-se de ônus que lhe é imposto em razão do exercício de atividade econômica lícita (LÔBO, 2000). Para o professor argentino Roberto M. Lopez Cabana (apud LÔBO, 2000), o dever de informar, imposto a quem produz, importa ou comercializa coisas ou presta serviços, se justifica em razão de se enfrentarem nessa peculiar relação, um profissional e um profano, e a lei tem um dever tuitivo com este último.

O dever de informar tem raiz no tradicional princípio da boa-fé objetiva, "significante da representação que um comportamento provoca no outro, de conduta matizada na lealdade, na correção, na probidade, na confiança, na ausência de intenção lesiva ou prejudicial." (LÔBO, 2000, p. 5). Balizador das relações negociais de um modo geral, na condição de cláusula geral, o princípio da boa-fé

objetiva foi refuncionalizado no direito do consumidor, de modo a servir de parâmetro de validade dos contratos de consumo (LÔBO, 2000).

Contudo, conforme sublinhado por Marques (1995), o dever de informar não representa apenas a realização do princípio da boa-fé. Na evolução do direito do consumidor assumiu feição cada vez mais objetiva, relacionado à atividade lícita de fornecimento de produtos e serviços. Também a teoria contratual construiu a doutrina dos deveres anexos ao da prestação principal para enquadrar o dever de informar. "O direito do consumidor foi além, transformando-o no correspectivo do direito à informação, como direito fundamental, e o elevando a condicionante e determinante da prestação principal do fornecedor." (MARQUES, 1995, p. 271). Portanto, na seara consumerista o dever de informar não se trata apenas de dever anexo.

O desenvolvimento da temática se mostra imperativo, visto que a concepção, a fabricação, a composição, o uso e a utilização dos produtos e serviços atingiu, em nossa era, elevados níveis de complexidade, especialidade e desenvolvimento científico e tecnológico cujo conhecimento é difícil ou impossível de domínio pelo consumidor típico, ao qual eles se destinam. A massificação do consumo, por outro lado, agravou o distanciamento da informação suficiente. Nesse quadro, é imprescindível que o direito avance para tornar o dever de informar um dos esteios eficazes do sistema de proteção (LÔBO, 2000).

Outrossim, o dever de informação se submete a requisitos de conformação, sob pena de restar insatisfeito por parte do fornecedor. Segundo Lôbo (2000), cumpre-se o dever de informar sempre que a informação for adequada, suficiente e verdadeira.

A adequação está relacionada aos meios de informação utilizados e respectivo conteúdo. Os meios devem ser compatíveis com o produto ou serviço e com o consumidor destinatário. Os signos

empregados devem ser claros e precisos, facilitando o conhecimento e a compreensão. No caso de produtos, exemplificativamente, deve haver informação acerca da composição, riscos, periculosidade, etc. (LÔBO, 2000).

A legislação consumerista dispensa especial preocupação com a linguagem empregada na informação. Além de impor a utilização do vernáculo, os termos empregados devem ser compatíveis com o consumidor típico destinatário. Ademais, toda informação que envolva riscos ou ônus ao consumidor deve ser destacada, de modo que “saltem aos olhos” (LÔBO, 2000).

A suficiência diz respeito à completude e integralidade da informação. Conforme apontado por Lôbo (2000), anteriormente ao advento do direito do consumidor era comum a omissão, a precariedade, a lacuna, quase sempre intencionais, relativamente a dados ou referências não vantajosas ao produto ou serviço. O autor cita como exemplo o caso das indústrias de tabaco que sonegaram informação, de seu domínio, sobre os danos à saúde dos consumidores.

Por fim, a veracidade representa o terceiro requisito do dever de informar. Tem-se por verdadeira a informação que corresponde às características do produto ou serviço, além dos dados corretos acerca de composição, conteúdo, preço, prazos, garantias, riscos, etc. A publicidade não verdadeira, ou parcialmente verdadeira, é considerada enganosa e o direito do consumidor destina especial atenção a suas consequências (LÔBO, 2000).

A vulnerabilidade informacional, bem como as balizas do direito à informação, na perspectiva do Código de Defesa do Consumidor, foram reconhecidas e delineadas judicialmente a partir do julgamento do REsp 1.329.556, que teve como Relator o Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, da Terceira Turma, julgado em 25/11/2014,

no caso que ficou nacionalmente conhecido como “Caso Cogumelo do Sol”.

O caso versa sobre pedido de indenização por danos materiais e morais, decorrentes de informação publicitária enganosa, onde o autor, na legítima busca de uma cura para o filho menor de idade com neoplasia, adquiriu o produto denominado “Cogumelo do Sol”, sob a promessa de que seria eficaz na promoção da cura do câncer. No caso, o autor adquiriu o “remédio” para seu filho Lucas da Silva, portador de câncer no fígado, em estado avançado, e que veio a óbito em 23.03.2002, três anos após a compra do “medicamento”.

A causa de pedir gira em torno da publicidade empreendida pela ré a respeito de supostas propriedades terapêuticas do produto, as quais careciam de comprovação científica e de registro juntos ao órgão competente. Conforme razões expostas na inicial,

o autor na hora do desespero foi induzido a erro pela empresa ré, ao buscar “solução” no Cogumelo do Sol, principalmente pela superficialidade com que a empresa ré trata de dado essencial do produto, qual seja, a de que é alimento e não remédio, além do que não estava registrado como medicamento sendo que a atribuição de propriedades terapêuticas não havia sido comprovada junto ao órgão competente.

A sentença de primeira instância julgou parcialmente procedente o pedido, sob o fundamento de que “prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, dentro das características pessoais deste e na intenção de comercializar produtos ou serviços por meio de publicidade enganosa, enseja o dever de indenizar o consumidor tanto material como moralmente.”

O Tribunal de origem a despeito de reconhecer a publicidade enganosa, reformou a sentença para negar o direito a reparação por danos morais, sob o fundamento de que houve um simples

aborrecimento banal ou mera suscetibilidade ferida, mantendo incólume a indenização por danos materiais consistentes na devolução do valor pago pelo produto. Assim, apesar de considerar existir “demonstração suficiente de que a ré vendeu produto impróprio ao uso e consumo como medicamento”, reputou o fato um mero dissabor.

Nas razões do especial, o consumidor aduziu que a publicidade foi capaz de induzi-lo em erro, notadamente pela superficialidade com que trata de dado essencial do produto, qual seja, a de que é alimento e não remédio. Ainda, sustentou haver dissídio jurisprudencial a respeito do tema, colacionando julgados de cortes estaduais diversas.

Ao conhecer do especial, o Ministro Relator delimitou o objeto da lide no sentido de analisar apenas o direito subjetivo do consumidor de obter informações claras e precisas acerca do produto medicinal vendido pela recorrida e destinado à cura de doenças malignas, dentre outras funções. Nesse sentido, pontuou ser objeto de julgamento a eficácia do produto, seus resultados objetivos à saúde ou, ainda, a existência ou não de autorização da ANVISA para sua comercialização.

No mérito, fixou-se como premissa a importância constitucional do tema, haja vista o disposto no artigo 220, §4º, da Constituição Federal, o qual giza que “a propaganda comercial [...] de medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso.” De igual modo, a saúde encontra assento constitucional dentre os direitos sociais encartados no artigo 6º, da CF/1988, razão pela qual é direito de todos e dever do Estado.

Sob o prisma das relações de consumo, ressaltou-se que a Política Nacional das Relações de Consumo está voltada a assegurar

ao consumidor o direito à informação adequada sobre produtos postos no mercado de consumo (art. 6º, III, do CDC), em especial quanto aos “riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos.” (art. 6º, I, do CDC).

Nessa esteira, considerou-se se tratar, no caso concreto, de propaganda enganosa, nos moldes em que previsto no artigo 37, §1º, do CDC, tida como aquela “relacionada à veracidade da informação falsamente prestada, a qual, ainda que por omissão, seja capaz de induzir o consumidor em erro quanto à natureza, às características, à qualidade, à quantidade, às propriedades, à origem, ao preço e a quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.” Ainda, identificou-se ter havido no caso concreto também a denominada publicidade abusiva (art. 37, §2º, do CDC), caracterizada pela “exploração do medo e incitação de superstições, aproveitando-se da momentânea deficiência de julgamento do consumidor, restando contrariada a própria boa-fé objetiva que permeia a relação consumerista (art. 39, IV, do CDC).”

Invocou-se, ainda, o artigo 31 do CDC, o qual veda a oferta que coloque em risco a saúde e a segurança do consumidor, o qual, segundo as razões de decidir, é detentor do direito subjetivo às informações quanto às “características, qualidade, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados” do produto adquirido.

Reformando o acórdão recorrido para o fim de restabelecer a indenização por danos morais, o Ministro Relator destacou que “a ausência de obtenção do resultado prometido e a comprovada publicidade enganosa e abusiva ensejaram transtorno que superam o mero dissabor”. Concluiu-se que a aquisição do produto decorreu da “inadequada veiculação de falsas expectativas quanto à possibilidade de cura de câncer agressivo e da exploração da hipervulnerabilidade do consumidor”, naturalmente fragilizado pelo

mal sofrido pelo filho. Nessa linha de raciocínio, arrematou-se que “o intuito de lucro desarrazoado, a partir da situação de premente necessidade do recorrente, é situação que desafia a reparação civil.

Ad argumentandum tantum, gizou-se que a vulnerabilidade informacional agravada ou potencializada é denominada hipervulnerabilidade, cuja previsão legal se extrai do artigo 39, inciso IV,⁴ do CDC.

Marques e Miragem (2014, p. 188-189) explicitam que:

[...] a hipervulnerabilidade seria a situação social fática e objetiva de agravamento da vulnerabilidade da pessoa física consumidora, por circunstâncias pessoais aparentes ou conhecidas do fornecedor, como [...] sua situação de doente. [...] Em outras palavras, enquanto a vulnerabilidade 'geral' do art. 4º, I se presume e é inerente a todos os consumidores (em especial tendo em vista a sua posição nos contratos, tema desta obra), a hipervulnerabilidade seria inerente e 'especial' à situação pessoal de um consumidor, seja permanente (prodigalidade, incapacidade, deficiência física ou mental) ou temporária (doença, gravidez, analfabetismo, idade).

A propósito, o STJ já se pronunciou sobre a hipervulnerabilidade de coletividade indígena desprovida de assistência médico-odontológica (REsp 1.064.009/SC), de deficientes físicos, sensoriais ou mentais (REsp 931.513/RS) e de portadores de doença celíaca, sensíveis ao glúten (REsp 586.316/MG), julgados cuja análise pormenorizada escapa aos delgados limites do presente ensaio.

O que se extrai de todo o exposto é a existência de um direito subjetivo do consumidor à informação adequada, suficiente e verdadeira acerca das características do produto ou serviço, cuja

⁴ Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: IV - prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços;

inobservância rende implicações à própria vontade manifestada no exercício de sua autonomia privada, podendo levar à adoção de medidas tendentes a reequilibrar a relação contratual, seja por meio da anulação de cláusulas contratuais ou do próprio negócio jurídico, seja por meio da reparação material e moral.

5 Considerações finais

Consoante assentado no decorrer do trabalho, a autonomia da privada, assim entendida como poder, atribuído ao indivíduo pelo ordenamento jurídico, de auto regulamentar suas relações patrimoniais (e em certa medida as existenciais), sofreu inegável influência da pós-modernidade, notadamente devido ao fenômeno da massificação contratual, instrumentalizada por meio de contratos com conteúdo pré-estabelecido, de adesão.

Buscando reequilibrar as relações jurídicas travadas sob este formato, surge o Código de Defesa do Consumidor, como um microsistema voltado à regulação das relações fornecedor/consumidor.

O código de defesa do consumidor parte do pressuposto da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo, daí advindo todos os consectários inerentes a um dispositivo legal que visa garantir a igualdade material entre as partes contratantes, o que implica na atribuição de tratamento diferenciado, protetivo, à parte mais fraca da relação, o consumidor.

Conforme visto, a vulnerabilidade, que o Código de Defesa do Consumidor pressupõe, pode ser dividida, para fins acadêmicos, em vulnerabilidade técnica, vulnerabilidade jurídica, vulnerabilidade fática e vulnerabilidade informacional.

Tocante à vulnerabilidade informacional, demonstrou-se que o direito à informação adequada, suficiente e verdadeira é um dos

pilares do direito do consumidor, encontrando substrato nos princípios constitucionais de proteção às relações de consumo e em expressa disposição legal.

De igual modo, o dever de informar tem raiz no tradicional princípio da boa-fé objetiva, balizador das relações negociais de um modo geral, e que foi refuncionalizado no direito do consumidor, de modo a servir como parâmetro de validade dos contratos.

O direito de informação – e o correlato dever de informar – ganha especial relevância na sociedade pós-moderna contemporânea, com mercado de consumo caracterizado pela globalização e pela massificação, onde a concepção, a fabricação, a composição, o uso e a utilização dos produtos e serviços atingiu elevados níveis de complexidade, especialidade e desenvolvimento científico e tecnológico, conhecimentos inatingíveis pelo consumidor comum.

Urge sublinhar, outrossim, que somente se considera observado o dever de informar – e respeitado o direito à informação – se a informação prestada for adequada, suficiente e verdadeira.

Assim, a autonomia privada do consumidor, consubstanciada na liberdade de contratar e instrumentalizada por meio da celebração de contratos de consumo, somente será exercida com plenitude e terá o poder de vincular sua atuação se o direito de informação for formalmente e substancialmente observado.

Referências

AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

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.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Autonomia privada e negócio jurídico. *Revista do Curso de Direito da UNIFACS*, Porto Alegre, v. 5, p. 69-87, set. 2005.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

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/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 08 jan. 2018.

BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 12 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078compilado.htm>. Acesso em: 08 jan. 2018.

CAMPOS, Diogo Leite de. Lições De Direitos da Personalidade. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, v. LXVII, n. 67, p. 129-223, 1991.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil: contratos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. A informação como direito fundamental do consumidor. *Revista de direito do consumidor*, São Paulo, n. 37, p. 59-76, jan./mar. 2000.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. Constitucionalização do Direito Civil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, n. 141, p. 99-109, 1999.

LUCKMANN, Carlos Luiz; ROVER, Ardinete; VARGAS, Marisa. *Diretrizes para elaboração de trabalhos científicos*. 2. ed. Joaçaba: Unoesc, 2008.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: O novo regime das relações contratuais*. 5. ed. São Paulo: RT, 2006.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

COSTA, Judith Martins. Crise e modificação da ideia de contrato no direito brasileiro. *Revista Direito do Consumidor*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 3, p. 127-154, 1992.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia Privada e Dignidade Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil. *Direito, Estado e Sociedade*, v. 9, n. 29, p. 233-258, jul./dez. 2006.

POPP, Carlyle. Liberdade Negocial e Dignidade da Pessoa Humana: aspectos relevantes. *Revista Jurídica do Unicuitiba*, n. 21, n. 5, p. 45-72, 2008.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

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

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1413889. Relator: Min. Sidnei Beneti. Órgão Julgador: Terceira Turma. Julgamento em 27 mar. 2014, *Diário de Justiça eletrônico*, 02 maio 2014.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial n. 1080719. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Órgão Julgador: Terceira Turma. Julgamento em 10 fev. 2009. *Diário de Justiça*, 17 ago. 2009.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial n. 1155395. Relator: Min. Raul Araújo. Órgão Julgador: Quarta Turma. Julgamento em 01 out. 2013. *Diário de Justiça eletrônico*, 29 out. 2013.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial n. 1.329.556 SP. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva. Órgão Julgador: Terceira Turma. Julgamento em 25 nov. 2014. *Diário de Justiça eletrônico*, 09 dez. 2014.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial n. 541.867 BA 2003/0066879-3. Órgão Julgador: Segunda Seção. Relator: Ministro Pádua Ribeiro. Relator p/ Acórdão: Min. Barros Monteiro. Julgamento em 10 nov. 2004. *Diário de Justiça*, 16 maio 2005.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial n. 586316 MG 2003/0161208-5. Relator: Ministro Herman Benjamin. Julgamento em 17 abr. 2007. Órgão Julgador: Segunda Seção. *Diário de Justiça*, 19 mar. 2009.

Uma leitura (anti)democrática do inquérito penal 3.932: diálogos com Robert Dahl e J. M. Coetzee¹

Grazieli Ana Paula Schmitz²

1 Introdução

É sabido que as mulheres pertencem a uma classe há muito subjugada e vítima das mais diversas discriminações. Entretanto, apesar da longa data, é cada vez mais palpável – e em maior quantidade – o conhecimento destes fatos, sobretudo pelas diversas possibilidades tecnológicas que permitem dispor de informação instantânea.

O feminismo é um movimento que luta pelo tratamento equânime entre os sexos, buscando demonstrar como o comportamento das mulheres era concebido pela sociedade em diversos momentos históricos até o atual, bem como as conquistas obtidas e as lutas que ainda estão em curso para serem vencidas. Além disso, preocupa-se em expor toda a forma de degradação, discriminação e abuso, seja qual for a maneira de manifestação.

Nesse sentido, o presente trabalho tem por escopo refletir sobre a concepção de mulher, assim implicando no tratamento que lhes é dispensado, aliando três pontos: o inquérito penal 3.932 em

¹ Uma versão ampliada e revisitada deste texto foi publicada em co-autoria com o Doutor Robison Tramontina e com o Doutor Marco Aurélio Rodrigues da Cunha e Cruz no n.2 do v. 19 da EJJL (Espaço Jurídico Journal of Law): CUNHA E CRUZ, Marco Aurélio Rodrigues da; TRAMONTINA, Robison; SCHMITZ, Grazieli Ana Paula. *María do Rosário vs. Jair Bolsonaro: uma leitura (anti)democrática do Inquérito Penal n. 3.932*. *Espaço Jurídico Journal of Law [EJJL]*, [S.l.], v. 19, n. 2, p. 553-580, ago. 2018. ISSN 2179-7943. Disponível em: <<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/view/17688>>. Acesso em: 20 Ago. 2018.

² Pós-Graduada em Direito Público Constitucional e Administrativo pela Universidade do Vale do Itajaí; mestranda em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina; grazielischmitz@outlook.com

trâmite no Supremo Tribunal Federal, a obra Desonra de J. M. Coetzee e a obra Sobre a Democracia de Robert Dahl. Esse diálogo visa não somente fazer uma ligação entre as obras, mas demonstrar como a honra masculina é ponto forte e presente na questão da diferenciação do homem em relação a mulher.

Para tratar do tema, optou-se por dividir este trabalho em três partes. Em primeiro momento será analisado exclusivamente o inquérito penal 3.932, com foco no voto do ministro relator, Luiz Fux. Em segundo e terceiro momento, far-se-á uma interconexão do inquérito em apreço aliado às obras de Coetzee e Dahl, respectivamente.

Na primeira parte, relativa ao inquérito penal 3.932, o estudo se dedicará à análise de comentários machistas proferidos em eventos distintos pelo parlamentar Jair Messias Bolsonaro em face à também parlamentar Maria do Rosário, desdobrando-se os eventos e verificando as razões jurídicas relativas aos crimes atribuídos em consequência do discurso do denunciado.

Na segunda parte, será estudado o discurso atribuído às mulheres aliado à obra de Coetzee, cujo objetivo é, comparando um caso real de um parlamentar brasileiro ao de uma criação literária, apresentar suas semelhanças e fazer uma crítica ao posto imposto às mulheres, ou seja, de seres inferiores e submissos às vontades masculinas. Tal fato pode ser visualizado tanto no inquérito quanto na obra, quando, naquele, o denunciado acredita dispor do poder de escolha em violentar uma mulher, do seu merecimento de abuso sexual, enquanto que, na obra, demonstram-se dois casos de abuso sexual os quais o protagonista vê com naturalidade.

Na terceira parte far-se-á um estudo do livro "Sobre a Democracia" de Robert Dahl, tecendo ligações ao Inquérito Penal 3.932. A obra de Dahl trata sobre democracia, onde o autor explica que a condição natural da humanidade é a desigualdade, e não a

igualdade, muito embora todos desejem esta. No entanto, explica que a ideia de igualdade humana é aceita por explicitar uma *pretensão futura*, demonstrando que almejar igualdade é tencionar para o que *deveria ser* (considerar todos iguais).

A ligação do pensamento do autor com o inquérito penal se desenvolverá neste sentido, ou seja, demonstrando que, a par de reconhecer que todos possuem sua desigualdade natural, é almejando a igualdade que se atinge a democracia – e, assim, a inclusão das mulheres. Além disso, serão apresentados os conceitos do autor sobre *poliarquia* (democracia poliárquica) e igualdade intrínseca e superioridade intrínseca a fim de demonstrar os parâmetros para uma real e concreta democracia entre homens e mulheres.

Cumprido observar que, considerando a amplitude do tema "democracia" presente na obra de Dahl, neste trabalho será abordado só o que for pertinente ao objetivo de análise (concepção feminista, integração da mulher). Para tanto, foi empregado o método dedutivo de pesquisa e pesquisa bibliográfica.

2 Reflexões sobre o Inquérito Penal 3.932

O presente trabalho trata, neste primeiro tópico, da análise do recebimento ou não de denúncia e queixa-crime provenientes do Inquérito Penal 3.932, em trâmite no Supremo Tribunal Federal, em virtude de referir-se a investigação em face do parlamentar Jair Messias Bolsonaro.

O caso teve origem numa manifestação do parlamentar no plenário da Câmara dos Deputados em 09/12/2012 e na reportagem concedida em 10/12/2014 para o jornal Zero Hora, na qual afirmou publicamente que não estupraria a Deputada Federal Maria do Rosário porque ela não merece. Quando indagado sobre o motivo, respondeu: "Não merece porque ela é muito ruim, porque ela é muito

feia, não faz meu gênero, jamais a estupraria. Eu não sou estuprador, mas, se fosse, não iria estuprar, porque não merece.”

Diante disso, o Ministério Público Federal ofereceu denúncia, imputando ao parlamentar a prática do crime de incitação ao crime, definido no art. 286 do Código Penal Brasileiro.

A ofendida, por sua vez, propôs queixa-crime (Pet 5243) no tocante aos crimes de calúnia (art. 138, CP) e injúria (art. 140, CP). Para tanto, entendeu-se pelo concurso formal de crimes, justificando o julgamento em conjunto, tanto da denúncia, quanto da queixa-crime.

2.1 Os três argumentos acusatórios do Inquérito Penal

2.1.1 Incitação ao crime de estupro

A acusação pelo crime de estupro provém do fato de o parlamentar ter dito que não estupraria a deputada “porque ela não merece”. O relator, ministro Luiz Fux, entendeu que, no caso, o emprego do vocábulo “merece” faz com que o estupro seja um prêmio para aquelas que possuem beleza e que revela a “interpretação de que o homem estaria em posição de avaliar qual mulher ‘poderia’ ou ‘mereceria’ ser estuprada”.

O ministro entende que a expectativa normativa é de que a violência sexual seja reprovada. No entanto, com comentários desse nível, os quais desprezam o bem jurídico protegido (dignidade sexual), perpetua-se uma “cultura que ainda subjuga a mulher, com potencial de instigar variados grupos a lançarem sobre a própria vítima a culpa por ser alvo de criminosos sexuais.” Ademais, as notícias de estupro coletivo reforçam a necessidade de preocupar-se com os discursos que “intensifiquem a vulnerabilidade das mulheres.”

O crime de incitação é um crime contra a paz pública, formal (independe de resultado naturalístico), de perigo abstrato e

menor potencial ofensivo (pena máxima seis meses). Caracteriza-se tanto pela influência em fazer surgir a ideia de crime antes inexistente, quanto pela instigação, reforçando eventual propósito existente, os quais são possíveis de serem vislumbrados no caso, pois após os comentários do deputado, a deputada foi vítima de ataques ofensivos à sua honra nas redes sociais. Ou seja, com os versos que proferiu, instigou internautas à prática de crimes contra a honra: “Mas aí essa puta naum defende bandido que que tem ele dá uma estupradinha nela?; [...] Eu estupraria Maria do Rosário, mas com os dedos, porque com aquela cara nem com Viagra.” (informações verbais).

Em vista disso e levando em conta a classificação do tipo penal, o relator entende que as declarações do parlamentar possuem potencial para “reforçar eventual propósito existente em parte daqueles que ouviram ou leram as declarações, no sentido da prática de violência física e psíquica contra a mulher.”

2.1.2 Injúria e Calúnia

A deputada federal Maria do Rosário Nunes, na qualidade de vítima, ajuizou queixa-crime em face de Jair Messias Bolsonaro, imputando-lhe a prática dos crimes de calúnia (art. 138, CP) e injúria (art. 140, CP). Segundo a vítima, as ofensas relativas a ambos os crimes ocorreram em discurso no plenário da Câmara dos Deputados no dia 09/12/2014 e, novamente, uma injúria em relação a uma entrevista concedida ao Jornal Zero Hora em 10/12/2014.

Os crimes de calúnia e injúria teriam se consumado em um discurso realizado no plenário da Câmara dos Deputados, quando o deputado referia-se a fatos ocorridos onze anos antes. Veja-se:

Há poucos dias você me chamou de estuprador no Salão Verde e eu falei que eu não estuprava você porque você não merece. Fique aqui para ouvir”; adiante, disse: “Maria

do Rosário, por que não falou sobre sequestro, tortura, execução do Prefeito Celso Daniel do PT? Nunca ninguém falou nada sobre isso aqui e estão tão preocupados com os direitos humanos... Vá catar coquinho! Mentirosa deslavada e covarde.

No tocante ao segundo crime de injúria, a deputada alega que se configurou no momento em que o Querelado concedia entrevista ao Jornal Zero Hora quando afirmou: "Ela não merece porque ela é muito ruim, porque ela é muito feia. Não faz meu gênero. Jamais a estupraria". Além de que, em 09 de dezembro, o deputado postou em sua página oficial no canal *Youtube*, um vídeo intitulado 'Bolsonaro escova Maria do Rosário'.

2.2 Razões Jurídicas (Rj): análise das contrarrazões de cada crime

2.2.1 Rj1 Incitação ao crime

No tocante ao crime de incitação, a defesa alega contra a caracterização do crime, além de argumentos procedimentais,³ a impossibilidade de, pela fala do denunciado, encontrar "pretensões que denotem qualquer tipo de incentivo à prática de estupro, tampouco instigação ou encorajamento." Além do que, o protesto virtual que nasceu em virtude dos comentários do denunciado, que teve como emblema a frase 'EU NÃO MEREÇO SER ESTUPRADA'⁴

³ "não teria sido narrada, na denúncia, a instigação de 'pessoas determinadas ou indeterminadas da coletividade a praticar crimes específicos'."

⁴ Trata-se de protesto iniciado pela jornalista Nana Queiroz, por meio da internet, valendo-se, em seguida à divulgação das declarações do Acusado, da postagem de uma foto em rede social em que aparece sem camiseta e com a frase 'EU NÃO MEREÇO SER ESTUPRADA', com intuito de combater o que se considerou uma ofensa grave contra as mulheres do país.

escrita no corpo de uma mulher, “também estaria instigando que outras mulheres merecessem e incitando, assim, a prática de estupro.”

2.2.2 Rj2 – Rj3 – Injúria e Calúnia

No tocante aos crimes de injúria e calúnia, o querelado contra-argumentou que, em 2003, quando concedia entrevista no Salão Verde à RedeTV, a Querelante “se aproximou e tumultuou sua fala” e que, portanto, as afirmações que fez foram em legítima defesa à ofensa que recebeu da Querelante. Veja-se:

Em resumo, naquela oportunidade, é possível atestar o seguinte diálogo:

Maria do Rosário: O senhor é responsável por essas mortes todas... por estupro, por essa violência.

Jair Bolsonaro: Estupro?

Maria do Rosário: É. O senhor é que promove sim.

Jair Bolsonaro: Grava aí. Grava aí. Eu sou estuprador agora. Eu sou estuprador.

Maria do Rosário: É. É sim.

Jair Bolsonaro: Olha. Jamais iria estuprar você porque você não merece.

Maria do Rosário: Eu lhe dou uma bofetada na cara.

Jair Bolsonaro: Dá que eu lhe dou outra.

Seguem-se ofensas.

A respeito dos fatos ocorridos no plenário da Câmara de Deputados em 09 de dezembro de 2014, o Querelado “teria apenas respondido ao discurso da Querelante, que o antecedeu no púlpito” e que após sua saída, o Querelado não trouxe novas declarações capazes de serem interpretadas ou caracterizadas como tipo penal atentatório à honra, “tendo, apenas feito alusão ao fato ocorrido em 2003.”

A fala, em dezembro de 2014, foi a seguinte:

Não saia, não, Maria do Rosário, fique aí, fique aí, Maria do Rosário. Há poucos dias você me chamou de estuproador no Salão Verde e eu falei que eu não estuprava você porque você não merece. Fique aí para ouvir, Maria do Rosário, por que não falou sobre sequestro, tortura, execução do Prefeito Celso Daniel, do PT? Nunca ninguém falou nada sobre isso aqui, e estão tão preocupados com os direitos humanos. Vá catar coquinho. Mentirosa, deslavada e covarde. Parabéns aos vagabundos do Brasil que estão sob o guarda-chuva da Comissão de Direitos Humanos.

No tocante ao segundo crime de injúria que teria se realizado em virtude de uma entrevista concedida ao Jornal Zero Hora no dia seguinte ao fato ocorrido em 09 de dezembro de 2014 no púlpito da Câmara dos Deputados, a defesa do Querelado considera que: “os termos ‘ruim’, ‘muito feia’ e ‘não faz meu gênero’ não podem ser considerados ofensivos, ou será que temos que achar que todos são bons, bonitos e que fazem nosso gênero?”

Quanto às manifestações dos internautas nas redes sociais, seria consequência de fato que envolve pessoas públicas e que, “em virtude de manifestações agressivas ao querelado, inclusive por parte da querelante, este também é vítima de ofensas graves e ameaçadoras em diversas redes sociais”. Ademais, entende que, na configuração típica dos fatos faltam o *animus caluniandi* ou *animus diffamandi*, pois “expressões eventualmente insultuosas, proferidas em clima de debate e no exercício do direito de crítica ou censura profissional, ainda que veementes” não podem ser consideradas como determinantes à configuração de crimes contra a honra.

Por fim, para caracterizar o crime de calúnia, “o agente tem de fazer, ao menos, referência ao lugar ou ao tempo, a fim de que a imputação não se configure como mero insulto, e sim como calúnia.”

2.3 Decisão

2.3.1 Crime de incitação ao crime

Segundo o relator, ministro Luiz Fux, pode-se denotar que a manifestação do acusado, parlamentar, pessoa pública detentora de *múnus* público, tem o potencial de incitar que os homens exponham as mulheres à fragilidade e à violência, seja ela física, sexual, psicológica, inclusive à prática de novos crimes atentatórios à honra, tanto da vítima quanto de outras mulheres.

O relator considera que, tendo se utilizado do termo “merece”, a expressão dá a entender que os homens tem o condão de avaliar que mulheres merecem ser estupradas. Além do que, o termo “não apenas menospreza a dignidade da mulher, como atribui às vítimas o *merecimento* dos sofrimentos que lhe sejam infligidos.” (grifo do autor).

Acreditar que essas atitudes machistas, por mais que pareçam pequenas, são normais, que não inspiram outros homens e que não trazem consequências para as mulheres é, como entende Pateman (1993) apresentar o direito patriarcal como reflexo da própria natureza, ou seja, como poder dos homens sobre as mulheres advindo da natureza.

É por isso que o relator considera que “não se podem subestimar os efeitos dos *discursos que reproduzem o rebaixamento da dignidade sexual da mulher*” (grifo do autor), pois eles têm o poder de gerar consequências sobre como as pessoas consideram essa prática, levando até mesmo ao encorajamento para fazê-la.

Portanto, como o crime de incitação é um crime de proteção mediata, de bens jurídicos secundários, não se pode ignorar que, desprezando o bem jurídico protegido (dignidade sexual), o comentário do parlamentar

reforça e incentiva a perpetuação dos traços de uma cultura que ainda subjuga a mulher, com potencial de instigar variados grupos a lançarem sobre a própria vítima a culpa por ser alvo de criminosos sexuais, deixando, a depender da situação, de reprovar a violação sexual, como seria exigível a mercê da expectativa normativa. (grifo do autor).

- e isso se pôde visualizar nas manifestações de leitores nas redes sociais, lançando mão de novos crimes contra a honra da Deputada.

Ademais, em repúdio às declarações do deputado, sobretudo com o uso da palavra “mereço”, manifestantes deram início a uma campanha nas redes sociais (#eu não mereço ser estuprada) a fim de demonstrar a gravidade contra as mulheres do tom ofensivo empregado, sobretudo porque mantê-las “em permanente estado de intimidação” abala o desenvolvimento da personalidade e de suas potencialidades.

O cuidado com a forma de expressar, sobretudo de pessoas públicas, com o agravante de serem representantes eleitos pelo povo que, se não empregado o devido cuidado, tem o condão de disseminar discurso de ódio, de poder e de intimidação, deve ser primordial, sobretudo em momentos que se vivenciam muitos casos de estupros coletivos no país.

Dessa forma, o relator entendeu pelo recebimento da denúncia quanto ao tipo penal incitação ao crime, porquanto estar configurada a característica ‘potencial de reforçar eventual propósito existente ofensivo contra as mulheres’ (refletido nas manifestações de crimes contra a honra pela internet), pois “conclusão contrária poderia conduzir à compreensão de que a reprodução do discurso narrado na inicial é tolerável, [...] ampliando sua situação de vulnerabilidade.”

2.3.2 Crime de injúria

A imputação do crime de injúria se deu pelas mesmas declarações proferidas pelo Querelado, as quais teriam ofendido a honra subjetiva da vítima. A defesa, por sua vez, sustentou a ausência de *animus injuriandi* e que as declarações foram meras respostas às ofensas proferidas pela Querelante.

Inobstante, para o relator, ao fazer usa da expressão “ela não merece”, manifesta-se presente o efetivo potencial de rebaixamento da dignidade moral ao ofender sua condição de mulher, expô-la à humilhação pública, “além de associar as características da mulher à possibilidade de ser vítima estupro.”

O relator também considerou estar presente o *animus offendendi*, porquanto não vislumbra outro *animus* capaz de afastar a incidência da ofensa e não considera ser retorsão imediata, pois as primeiras ofensas se deram cerca de onze anos antes (em 2003) e quanto às ofensas da entrevista ao Jornal Zero Hora, em 2014, a defesa não fez menção de acometimentos praticados pela vítima ao Parlamentar, fato que, portanto, não restou comprovado. Diante disso, recebe a queixa-crime.

2.3.3 Crime de calúnia

Neste ponto, a queixa-crime atribui ao Querelado o crime de calúnia por ter afirmado falsamente que a Querelante o chamou de “estuprador”. No entanto, como o crime prevê a atribuição falsa de *fato* definido como crime e a inicial não narra como a afirmação de o Deputado ter sido chamado de “estuprador” pela Querelante poderia ofendê-la em sua honra, o relator rejeita a queixa pelo crime de calúnia.

3 Reflexões sobre “Desonra” de J. M. Coetzee

Neste tópico do trabalho são examinados os trechos machistas proferidos por Jair Bolsonaro contidos no Inquérito Penal e já apontados nos tópicos anteriores, porém, fazendo uma análise conjunta com livro *Desonra*, de J. M. Coetzee. O elo entre o procedimento penal e a obra literária tem por objetivo apresentar como o discurso machista presente na ficção não se restringe a ela, mas está presente na realidade social - sendo, dessa forma, compreendido como aquele que deixa transparecer o pensamento da grande maioria dos membros da sociedade. Coetzee apresenta, além de falas, casos de violência sexual, e faz uma crítica em como a sociedade reage e como essa reação atinge a vítima (inclusive diante de sua atitude – ou não - em denunciar o crime).

Pois bem. *Desonra* trata-se de uma obra literária que apresenta a história de David Lurie, um personagem de meia-idade (52 anos), divorciado e professor da matéria de “Comunicações” na Universidade Técnica do Cabo. No livro, o autor apresenta três formas de relação: inicialmente o sexo pago (mulher-objeto); secundariamente o sexo sob poder de tutela (menina; beleza deve ser compartilhada; abuso sexual); e, finalmente, o sexo sob violência (jovem; homem bicho; estupro).

A obra inicia com o relato de um envolvimento semanal que D. Lurie possui com uma prostituta de origem muçulmana, de nome Soraya. Neste ponto já é possível visualizar comentários de tom machista, no momento em que não compreende como Soraya possa ter uma opinião e julgar, a partir da profissão que exerce, sobre as mulheres que fazem *top less*. Pensa ele que, a depender do que a mulher escolhe para desempenhar em sua vida, perde seus direitos de opinião.

Soraya é alta e magra, de cabelo preto comprido e olhos escuros, brilhantes. Tecnicamente, ele tem idade para ser seu pai; só que, tecnicamente, dá para ser pai aos doze. [...] *Suas opiniões são surpreendentemente moralistas*. Fica ofendida com as turistas que despem os seios ("tetas", ela diz) nas praias públicas; acha que os vagabundos deviam ser recolhidos e postos para trabalhar, varrendo as ruas. *Ele não pergunta como ela consegue coadunar essas opiniões com o tipo de trabalho que faz.* (grifo nosso).

Um professor que, apesar de "mulherengo", tece a todo o momento comentários machistas e depreciativos em relação às mulheres. Além disso, sua preferência de envolvimento são sempre moças muito mais jovens.

A obra demonstra um certo tom de "homem perseguidor", o qual está sempre pesquisando, invadindo a vida das mulheres com quem se relaciona. Essa característica é perceptível quando David Lurie contrata detetives para descobrir o nome verdadeiro, endereço e telefone de Soraya, além de tentar contato, o que a faz ficar irritada, e responder que não sabe de quem ele se trata, além de exigir que nunca mais a assedie em sua própria casa. Essa atitude se repete quando se envolve com Melanie, sua aluna na Universidade do Cabo:

Ele devia parar por aí. Mas não para. No domingo de manhã vai dirigindo até o campus vazio e entra no escritório do departamento. *Do armário de arquivos tira a ficha de Melanie Issacs e copia seus dados pessoais: endereço da família, endereço na Cidade do Cabo, número de telefone.* Disca o número. Uma voz de mulher atende. Melanie? (grifo nosso).

Melanie Issacs é uma aluna de D. Lurie do curso de românticos. Jovem trinta anos mais nova que ele, além de ser sua aluna, isto é,

estar sob sua tutela. Apesar disso, leva-a para sua casa e tenta com que passe a noite com ele.

Mas a menina que trouxe para casa não é só trinta anos mais nova que ele: é aluna, sua aluna, está sob sua tutela. [...] Juntos, compõe o quadro: a jovem esposa de roupas ousadas e bijuterias espalhafatosas entrando pela porta da rua, sentindo o cheiro no ar; o marido, o certinho apagado, de avental, mexendo uma panela na cozinha cheia de fumaça. Inversões: matéria-prima da comédia burguesa. (grifo nosso).

O personagem acha lindo o quadro a que pertence: para ele, a mulher não precisa cozinhar, não precisa ter qualidades, ter desenvolvimento intelectual. Basta que seja bonita. Que se vista de forma atraente. Ser um troféu para o homem sem graça carregar. Contempla e acha graça no papel de casal "homens ricos, mulheres gostosas". Acredita que a beleza da mulher é seu dote, a qual deve ser compartilhada.

"Você é muito bonita", diz. "Vou te convidar para fazer uma coisa maluca." Toca de novo o rosto dela. "Fique aqui. Passe a noite comigo".

Por cima da xícara ela olha firme para ele. "Por quê?"

"Porque você deve".

"Por que eu devo?"

"Por quê? *Porque a beleza da mulher não é só dela. É parte do dote que ela traz ao mundo. Ela tem o dever de repartir com os outros*".

"E se eu já estiver repartindo?" [...]

"Então tem de repartir mais."

Palavras macias, mais velhas que a própria sedução. Mas nesse momento, ele acredita nelas. *Ela não é dona de si mesma. A beleza não é dona de si mesma.*

"*Das belas criaturas queremos sempre mais*", ele diz, "para que a rosa da beleza não morra jamais." (grifo nosso).

Mesmo que em primeiro momento a jovem rejeite, nos encontros que se seguem “envolvimento” acontece e a trama narra as situações de assédio de D. Lurie com Melanie:

Ele a leva de volta para casa. No chão da sala, ao som da chuva tamborilando nas janelas, faz amor com ela. Seu corpo é claro, simples, perfeito à sua maneira; *embora fique passiva do começo ao fim, ele acha o ato agradável, tão agradável que do **clímax** cai direto para o abandono total.*

Quando volta a si a chuva parou. A menina está deitada embaixo dele, olhos fechados, as mãos caídas acima da cabeça, uma ligeira ruga na testa. As mãos dele estão debaixo do suéter de lã áspera, nos seios dela. As meias e a calcinha dela enroladas no chão; as calças nos tornozelos. [...]

Ela vira o rosto, liberta-se, recolhe suas coisas, sai da sala. (grifo nosso).

Mesmo Melanie externando sua falta de interesse, o professor não demonstra a menor importância sobre a opinião e os sentimentos da aluna. Ainda que diante da passividade da jovem, o ato o agrada. Em seguida, a partir da pesquisa dos seus dados pelos arquivos da universidade, passa a visitá-la sem aviso prévio e, mesmo diante de negativas por parte da jovem em relação às suas investidas, o professor força relação sexual, mas o curioso é que, para ele, apesar reconhecer ser indesejado da parte dela, acredita piamente não caracterizar estupro.

Ele não avisou que vinha; ela fica surpresa demais para resistir ao intruso que impõe sua presença. Quando ele a pega nos braços, ela fica mole como uma marionete. Palavras duras como bastões batem o delicado labirinto de seu ouvido. “Não, agora não!”, ela diz, se debatendo. “Minha prima vai voltar logo!”

Mas nada o detém. Ele a leva para o quarto, arranca aqueles chinelos absurdos, beija-lhe os pés, perplexo com o sentimento que ela evoca. [...]

Ela não resiste. Tudo o que faz é desviar: desvia os lábios, desvia os olhos. Deixa que ele a leve para a cama e tire sua roupa: até o ajuda, levantando os braços e depois os quadris. Pequenos arrepios de frio a percorrem; assim que está nua, enfia-se debaixo do cobertor xadrez como uma toupeira que se enterra, e vira as costas para ele.

Estupro não, não exatamente, mas indesejado mesmo assim, profundamente indesejado. Como se ela tivesse resolvido ficar mole, morrer por dentro enquanto aquilo durava, como um coelho quando a boca da raposa se fecha em seu pescoço. De forma que tudo o que lhe fosse feito, fosse feito, por assim dizer, de longe. [...]

Um erro, um grande erro. Nesse momento, ele não tem a menor dúvida, ela, *Melanie*, está tentando se limpar, se limpar dele. (grifo nosso).

Dos acontecimentos resulta uma queixa de estupro feita pela aluna, que dá ensejo à realização de uma audiência perante a instituição de ensino superior onde D. Lurie trabalha. O caso se torna público e o professor passa por uma audiência com um corpo colegiado-julgador formado por seus colegas de profissão que pretendem solucionar a transgressão de maneira que passem pela situação de forma a não manchar a imagem da universidade. Entretanto, o professor demonstra resistência, resumindo-se a confessar o caso sem encaixar-se aos padrões de confissão esperados e desejados pelo sistema institucional, pois acredita que não estava cometendo nenhum crime e que estão vivendo “tempos puritanos”, onde a vida privada é assunto público.

O conselho de julgamento da universidade objetiva que o professor admita seu erro publicamente, com uma declaração que, segundo ele, independe da sua sinceridade, haja vista que considera sua sinceridade algo seu, com sua consciência e, para ele, não está fazendo nada intransigente, apenas seguindo seus desejos.

Um colega professor integrante do conselho julgador tenta alertá-lo da situação, afirmando tratar-se de uma relação sexual mediada pelo poder:

"Você não acha", diz Swarts, "que a natureza da vida acadêmica exige certos sacrifícios? Que para o bem de todos devemos nos furtar a certos prazeres?"

"O que você tem em mente é a proibição de intimidade entre gerações?"

"Não, não necessariamente. Mas como professores ocupamos posições de poder. Talvez proibir a mistura de poder com relações sexuais. Que eu sinto que era o que estava acontecendo neste caso." (grifo nosso).

No entanto, D. Lurie entende que seu caso com a aluna tem por base os "direitos de desejo", "aquele deus que faz até os passarinhos estremecerem". Ao explicá-lo para sua filha, Lucy, (já na segunda parte do livro), faz uso comparativo da história de um cachorro que foi propriedade de antigos vizinhos. Segundo Lurie, por ser macho, sempre que aparecia uma cadela pela vizinhança, o cachorro ficava excitado, incontrolável e seus donos batiam nele. Foi assim até que o cachorro não soubesse mais o que fazer. Ao avistar uma cadela, corria e gemia tentando se esconder, de forma que, se se submetesse à sua natureza, seria castigado. Nos dizeres de Lurie:

"Era uma coisa tão ignóbil que eu ficava desesperado. Acredito que se possa castigar um cachorro por uma coisa como roer um chinelo. O cachorro aceita a justiça de uma coisa dessas: uma surra por um chinelo roído. Mas desejo é outra história. Nenhum animal aceita uma justiça que castiga porque você obedeceu seus instintos."

"Então os machos devem ter o direito de obedecer seus instintos livremente? É essa a moral da história?"

"não, não é essa a moral. O que era ignóbil [...] é que o cachorro começou a odiar a própria natureza. Ele nem precisava mais apanhar. Ele mesmo já se castigava. Chegou a um ponto que era melhor matar logo o coitado."

“Ou corrigir.”

“Talvez. Mas no fundo acredito que ele ia preferir ser morto. Ele talvez preferisse isso às opções que tinha: de um lado, negar a própria natureza; de outro, passar o resto da vida andando pela sala, suspirando, farejando o gato e engordando.”

Não vislumbrando seu erro, acredita estar dentro dos padrões “naturais” de comportamento. Diante da sua resistência, é demitido da instituição, fato que o faz viajar para passar alguns dias na casa de sua filha, Lucy, lésbica e moradora de uma pequena fazenda no interior da África do Sul, em uma região afastada. Ocorre que, chegando lá, presencia a sua filha ser estuprada por três homens enquanto é mantido trancado em um lavabo da residência. Do deslinde do crime, sua filha, além de resistir a noticiar para as autoridades policiais, ainda resta grávida. Ou seja, toda a obra se desenvolve com acontecimentos relacionados à violência sexual. Primeiro Lurie é acusado, pela universidade, de assédio sexual à Melanie, e depois sua filha, Lucy, é vítima de estupro coletivo.

Coetzee tenta chocar o leitor com a normalidade com que em determinados casos a mulher vítima de estupro se sujeita a determinadas situações e, outras vezes, até mesmo aceita a violência sem denunciar (como foi o caso de Lucy). Do início ao fim a história se desenrola com frases que expressam relação de poder do homem sobre a mulher de forma que pareça “natural”.

A naturalização da violência causa a dificuldade de as mulheres a caracterizarem, pois muitas vezes a naturalidade com que é concebida social e culturalmente torna possível que muitas entendam por normal atitudes que representam ruptura de integridade (física, psicológica, emocional, moral...).

Quando Lurie abusa de Melanie, a jovem, mesmo resistindo, acaba aceitando os abusos, silenciosa, e a única forma que encontra

para que tudo cesse é deixando de frequentar as aulas, ou seja, prejudicando seu desenvolvimento intelectual a fim de cessar contato. Lucy, por sua vez, nem sequer comunica o crime às autoridades policiais. Quando da presença deles na residência local do crime, a moça só revela o roubo, representando a impunidade dos autores de violência sexual diante da inércia da vítima em denunciar a violência sexual.

Desonra traz uma história não só de abuso, mas de humilhação e sujeição: as personagens passam e consentem, aceitam como parte natural de sua trajetória o estupro. E o leitor fica incomodado com a falta de atitude das vítimas de abuso, no entanto, é a realidade refletida na história.

As vítimas não jogam a culpa nos abusadores, mas a assumem e entendem que devem convivê-la. Na obra, reflete-se nas manifestações de Lucy, que tenta compreender tudo pelo que passou e, ao final, aceita como parte de sua jornada.

No livro é possível visualizar a crítica que o autor fez a essa impunidade quando D. Lurie pensa sozinho sobre o estupro de sua filha Lucy e a opção dela em não comunicar todo o ocorrido à autoridade policial, atendo-se somente a informar sobre o roubo, com o único intuito de receber o valor do seguro para os objetos subtraídos. “Vão ler que estão sendo procurados por assalto e roubo e nada mais. Vão entender que *sobre o corpo da mulher o silencio se estenderá como um cobertor. Vergonha, dirão entre eles, vergonha de contar, e vão rir maliciosamente, lembrando a aventura.*” (grifo nosso).

Referente a Lucy, o autor descreve sua atitude inerte diante da presença questionadora dos policiais:

Ela não responde. Prefere esconder a cara, e ele sabe por quê. *Porque está em desgraça. Porque sente vergonha.* Foi isso que os visitantes conseguiram; foi isso que fizeram com essa jovem moderna, confiante. [...] Não é a história dela que se espalha, mas a deles: eles são os donos. *Como*

eles a puseram em seu lugar, como lhe mostraram para que serve uma mulher. (grifo nosso).

É importante observar que D. Lurie, quando no papel de agressor em relação à sua aluna, não se via como tal. Achava estar respeitando seus desejos naturais e reclamava da forma de intervenção social na vida privada (sexual) dele, além de não dar atenção ao pai da jovem Melanie quando este o procurou. Achava tudo aquilo um exagero. Era “só” um envolvimento entre gerações. No entanto, quando sua filha é estuprada, se vê profundamente incomodado. Pensa que é inadmissível que os estupradores fiquem impunes, um absurdo sua filha manter silêncio e mais embasbacado ainda, fica, quando presencia um dos estupradores morando com o caseiro da fazenda, tendo ciência de que ele sabia do ocorrido e nada faz, mas tolera e acha que o erro está em Lucy ser uma mulher, solteira, morando sozinha, abnegando de proteção masculina. Ademais, nessa inversão de papéis, ou seja, quando ele se veste do papel de pai da vítima, permanece em constante irresignação por ninguém lhe “dar ouvidos”, inobstante tenha feito o mesmo com o pai de Melanie, a aluna com quem se envolveu.

Não somente sob a dificuldade que Lucy encontra em se comunicar com seu pai, comunicar o estupro - embora os dois soubessem o que ocorrera -, que a história se desenrola, mas sob a tentativa da vítima em si mesma tentar compreender o que havia passado, entender o sentimento do homem em relação a ela e permanecer sob a constante sensação de medo e da incerteza de novos abusos.

Em determinado ponto, após inúmeras discussões entre os protagonistas, permeados por intensa instabilidade psicológica, após

o atentado que sofreram e várias tentativas de um compreender a atitude do outro, D. Lurie desabafa:

"Vou pronunciar as palavras que até agora evitamos dizer. Você foi estuprada. Múltiplo estupro. Por três homens."

"E?"

"Temeu pela própria vida. Teve medo de ser morta depois de ter sido usada. Descartada. Porque não significava nada para eles."

"E?" A voz dela agora é um sussurro.

"E eu não fiz nada. Não salvei você." [...]

"Mas voce tem razao, eu não significava nada para eles, nada. Dava para sentir isso."

Há uma pausa. "Acho que são estupradores antes de mais nada. Roubar coisas é um mero incidente. Um negócio paralelo. O que eles fazem é **estuprar**." [...] "Mas não tem outro jeito de encarar a coisa, David? E se... e se **esse** for o preço que é preciso pagar para continuar?" [...]

"Quando se trata de homem e sexo, David, nada mais me surpreende. Talvez, para os homens, odiar uma mulher faça o sexo ficar mais excitante. Você é homem, deve saber. Quando faz sexo com uma estranha, quando encurrala, prende, submete, coloca todo seu peso em cima dela, não é um pouco como assassinar? Enviar uma faca; *excitante depois*, deixar o corpo coberto de sangue, não dá a sensação de assassinato, de conseguir se safar de um assassinato? [...] *É sujeição. Submissão.*" (grifo nosso).

Lucy foi vítima de violência sexual num país que expressa uma cultura predominantemente machista, onde o homem poderia ter várias mulheres desde que conseguisse sustentá-las, de que a mulher ao casar valeria pelo seu dote⁵, de que o homem deve se sentir o provedor e que demonstra o incômodo social diante da presença de uma mulher independente e sozinha por opção (Lucy foi amedrontada para

⁵ Fato possível de ser notado quando o caseiro da fazenda, Petrus, já casado com duas mulheres, propõe à Lucy casar-se com ele em troca de proteção. Ela lhe daria suas terras e ele, por sua vez, garantiria que não mais seria atacada. Isso porque, sabia ela que, cedo ou tarde, "eles" voltariam.

que saísse de onde morava ou que, de uma vez por todas, escolhesse alguém para se colocar sob sua guarda. O que acabou acontecendo. A jovem cede. Sabia que precisava recomeçar).

No caso do estupro coletivo de Lucy, a vítima foi tomada por uma grande vergonha após o ataque, pois sabia que na região que vivia a culpa foi atribuída a sua pessoa, pois não poderia ser uma jovem mulher, independente, morando numa fazenda, sozinha, solteira. Após o abuso, permanecia na presença constante do medo, pois sabia que sua emancipação em relação a uma figura masculina, o ódio que sentiam da mulher, tida como um qualquer, sem dignidade, substituído a qualquer tempo e a relação de poder, excitava os agressores.

É muito comum visualizar a falta de aliados à pessoa que sofreu abuso, tal como realmente é, uma vítima. A sociedade costuma preferir culpá-la pela ocorrência do estupro em vez de incorporar mudança de pensamento no âmbito social e familiar. Isso sem falar quando não legitima a prática quando de sua ocorrência em determinadas situações, tal como no casamento (o já citado poder socialmente conferido ao homem, conforme Saffioti, 1990).

O fato de atribuir à mulher, na maioria dos casos, parcela da culpa pela violência sexual que sofreu, é um fator que, aliado a outros, influencia na prática do estupro, pois quando os violentadores notam que a sua indiscutível culpa é sempre atenuada e relativizada em função de julgamentos sobre a vida regressa da vítima, seu comportamento, a roupa que vestia, onde estava, etc., enxergam uma possibilidade de impunidade. A sociedade repudia e legitima o estupro ao mesmo tempo.

Pateman (1993) reconhece que há a presença, de modo geral, da crença de que nas relações sexuais as mulheres dizem "não" quando quer dizer "sim". Além do que, é possível percebê-la nos casos

de estupro e no tratamento que recebem nas cortes, demonstrando a falta de capacidade em lidar com o tema e compreender o que é uma relação sexual consensual.

Na obra em apreço visualiza-se o caso de D. Lurie com sua aluna, Melanie. O professor reconhecia a falta de desejo da vítima ("estupro não, não exatamente, mas indesejado mesmo assim, profundamente indesejado"), mas negava veemente tratar-se de estupro. A jovem negava sua visita, negava querer ter relações, mas o professor, como a maioria dos agressores, externam a cultura de achar que a mulher está "fazendo charminho", dizendo "não" quando quer dizer "sim".

Aliment (2016), ao analisar a prática do estupro na história americana e o papel do agressor, da vítima e da corte, acredita que o consentimento das mulheres tem sido desacreditado e isso é resultado de uma cultura que aceita o máximo de resistência, pois esse fator demonstra como o não consentimento se sobrepõe ao que é compreendido por consentimento e estupro. Ainda, a autora traz como exemplo um estudo publicado pela *Violence & Gender* onde os homens, ao serem questionados se já haviam coagido alguma mulher à força, admitiam comportamentos sexualmente coercitivos, no entanto, negavam alguma vez já terem estuprado uma mulher. Dessa forma, conclui que a aceitação cultural da maior resistência indica como o não-consentimento obscurece o que compreendemos por consentimento e estupro.

Além disso, por conta da naturalização da violência no âmbito social, muitas vezes as mulheres mesmas não percebem quando estão sendo vítima de violência sexista. Toda a vez que são diminuídas, objetificadas, seres submissos ao poder dos homens, inferiores a eles e desmerecedoras de consideração, encontram-se diante de práticas violentas à honra, à moralidade, à integridade, a depender da forma que se externar. (FARIA, 2005).

Em decorrência disso, Teles (2012) acredita que a maior facilidade em *reconhecer* o cometimento é quando realizado por desconhecidos do que quando praticado pelo próprio marido da vítima, por exemplo. No entanto, o que se percebe, como consequência de uma análise prática, é que a maioria dos crimes de violência sexual são cometidos por agressores conhecidos ou próximos das vítimas.

Na obra de Coetzee foram abordados os dois casos: o crime cometido por um professor na condição de tutela da vítima e, portanto, próximo e conhecido dela e, de outro lado, o crime cometido por estranhos à vítima. Contrariando as expectativas, a vítima que denunciou a violência era a que possuía alguma relação com o agressor e a que se manteve em silêncio foi a vítima que não tinha qualquer conhecimento da identidade dos agressores.

Visto isso e fazendo uma leitura do livro *Desonra com o Inquérito Penal 3.932*, vislumbra-se, tanto num quanto noutro, a presença de condutas e dizeres de subjugação da mulher. Na obra é possível perceber que o personagem não vê semelhança em suas atitudes com a prática do estupro. No procedimento penal também se visualiza a resistência da defesa em assemelhar os comentários do Deputado ao crime de incitação ao crime de estupro, entendendo que, com sua fala, não subjugou a mulher, não se referiu à generalidade, bem como não deu ensejo para novas práticas atentatórias à dignidade sexual e moral feminina. Ou seja, é sempre uma atitude de negação por parte do ofensor.

O ministro relator reconhece que "a característica principal do sistema processual penal é um profundo desinteresse pela vítima" e, por isso, considera que discursos que relativizem a gravidade do estupro dão azo a agravar a vitimização secundária (atribuição de culpa à própria vítima em defesa do criminoso).

A violência sexual é um processo de intimidação, pelo qual as mulheres são mantidas em estado de medo. A negação, por parte dos agressores, do potencial intimidatório que infligem sob as vítimas, bem como de que seus comentários não dissipam, nem reforçam, as mais variadas formas de violência à mulher, é percebida tanto na obra (ficção), quanto no inquérito penal (realidade). Entretanto, como o próprio ministro pondera, “tolerar a reprodução do discurso” é “fragilizar a proteção das mulheres perante o ordenamento jurídico, ampliando sua vitimização.”

A própria Procuradoria Geral da República se manifestou entendendo que, pelo comentário do deputado em afirmar que o estupro só seria obstado pela falta de beleza da deputada, provocou um abalo na sensação de segurança, pois o que impede a prática de estupro deve ser legislação penal, e não a beleza ou não de uma pessoa⁶.

Ademais, ao homem não cabe escolher se a mulher é “merecedora” do estupro. O uso da palavra “merece” atribui a ideia de prêmio, favor, e a nenhuma mulher o estupro é um presente. Mais ainda, desvela o tom machista quando alia o termo à beleza da vítima, pois transmite a noção de que o merecimento do estupro é sempre uma possibilidade às mulheres bonitas ou que façam o gênero do agressor. Um homem não pode estar em condição de menosprezar a dignidade de uma mulher e avaliar se é digna de receber esse tipo de sofrimento. A contrário *sensu*, as mulheres feias ou que não façam o gênero do agressor, teriam sorte (ou azar?) de, com sua feiura, não merecerem o estupro?

⁶ Nas palavras da procuradoria: “Ao afirmar o estupro como prática possível, só obstado para a Deputada Maria do Rosário, ‘porque ela é muito feia’, o Denunciado abalou a sensação coletiva de segurança e tranquilidade pela ordem jurídica a todas as mulheres, de que não serão vítimas de estupro porque tal prática é coibida pela legislação penal.”

Como já foi dito, há no livro e no Inquérito, uma naturalidade com que a violência sexual em relação às mulheres é concebida. O Relator reconhece isso e considera que, por conta da multiplicidade de membros que compõem uma sociedade, ou seja, da diferença em valores sociais, culturais, econômicos, educacionais, entre outros, essa disparidade pode, dependendo dos valores locais de cada sociedade, tolerar e até mesmo incentivar “a prática de atitudes machistas e defende[r] a ‘naturalidade’ de uma posição superior do homem, nas mais diversas atividades.”

Na obra de Coetzee, é possível vislumbrar que o país onde a história se passa é predominantemente machista, onde o homem deve ser o proprietário, o provedor, ter quantas mulheres puder sustentar, violentar quem quiser, e a sociedade simplesmente aceita e, muitas vezes, legítima.

No Brasil, conhecido mundialmente pelas curvas femininas, não se pode fechar os olhos para os discursos – principalmente de pessoas conhecidas e, mais ainda quando parlamentares representantes eleitos, os quais se espera um mínimo de decência, cautela e esforço para integração de todos –, como o aqui estudado, capazes de causar graves efeitos, como rebaixar a dignidade sexual feminina e, efetivamente, encorajar a prática de qualquer forma de violência a esse grupo já historicamente subjugado.

4 Reflexões “Sobre a Democracia” de Robert Dahl

Este tópico se dedica à análise do livro “Sobre a Democracia” de Dahl, tecendo ligações com o Inquérito Penal 3.932. A obra trata sobre democracia, traçando, primeiramente, o aspecto histórico e sua possível origem para, posteriormente, analisar o que é, por que ela, quais as instituições políticas necessárias à sua formação, suas condições e variantes. Entretanto, tendo em vista a amplitude

do tema, neste trabalho será abordado só o que for pertinente ao objetivo de análise (concepção feminista, integração da mulher).

O autor escreve que “a desigualdade – e não a igualdade – é uma condição natural da humanidade”. Entretanto, mesmo sabendo disso, questiona: porque a inúmeros séculos se aceita uma ideia de igualdade humana?

Nesse sentido, traz-se à lembrança a Constituição Federal Brasileira, que em seu artigo 5º dispõe: “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: [...]”

Respondendo ao seu questionamento, Dahl (2001) entende que, muitas vezes, quando se fala sobre igualdade, não se expressa um julgamento concreto, mas uma *pretensão futura*. Nesse sentido, quando se refere a igualdade está se “expressando um julgamento moral sobre seres humanos”, tencionando-se ao que *deveria ser*, ou seja, considerar todos como *intrinsecamente* iguais.⁷

Rousseau (2010) concebe na espécie humana duas formas de desigualdade: a natural ou física, estabelecida pela natureza, relativa a diferenças de idade, físico, qualidades da alma; e a moral ou política, que é convencional, que surge pelo consentimento dos homens, referente aos privilégios que alguns gozam perante os outros.

Pode se dizer que Dahl aderiu à igualdade estabelecida pela natureza para compor a ideia de que o julgamento *moral* expressa que não há superioridade na vida, liberdade, felicidade e outros bens

⁷ Em sentido semelhante, Herrera Flores (2010), para quem os direitos humanos servem como uma narrativa, pois estabelecem processualmente as relações entre o mundo normativo e o material, entre as demandas ético-culturais da comunidade e a possibilidade real de implementação.

fundamentais de uma pessoa em relação à outra. A isso se chama *igualdade intrínseca* (DAHL, 2001).

No entanto, para aplicar o princípio da igualdade intrínseca ao governo de um estado, no empenho de atingir a igualdade política, ou seja, para que as instituições consigam desenvolver os direitos de seus cidadãos e protejam seus valores e interesses fundamentais, o ideal é acrescentá-lo ao princípio suplementar, implícito naquele, qual seja: “ao chegar a decisões, o governo deve dar igual peso ao bem e aos interesses de todas as pessoas ligadas por tais decisões.” (DAHL, 2001).

A razão de adotar o princípio da igualdade intrínseca e aplicá-lo ao governo de um estado obrigando-o a dar igual peso aos interesses de todos justifica-se na ideia de que “a igualdade intrínseca abrange uma ideia tão fundamental sobre os méritos dos seres humanos, que está bem perto dos limites de maior justificação *racional*.” (DAHL, 2001).

A adoção desse princípio se dá, em primeiro, porque está de acordo com a maioria das convicções e princípios ético essenciais das pessoas em todo o mundo – de acordo com as bases éticas e religiosas; em segundo, pois a adoção de um princípio alternativo à igualdade intrínseca pode ser mais frágil e duvidoso (p. ex. superioridade intrínseca); à prudência, por ser melhor garantir um governo em que os interesses recebam igual peso do que um governo em onde os interesses de um grupo prevaleçam sobre de outros; e, por fim, por questões de aceitabilidade, pois um processo que assegure igual peso aos interesses de todos tem maiores chances de ter consenso de todos e, assim, atingir seus objetivos (DAHL, 2001).

Levando em conta estas reflexões sobre igualdade intrínseca, o autor conclui pela sua distinção em relação à superioridade intrínseca. Além disso, torna-se possível perceber, tanto pelo discurso contido no

Inquérito Penal 3.932, quanto na obra Desonra, que os “protagonistas homens” se colocam num papel de superioridade intrínseca em relação às mulheres, ao invés de conceber todos com igualdade intrínseca. No Inquérito, o deputado se considera detentor do poder de julgar o merecimento de uma mulher, em razão da sua beleza ou sua “feiura”, ao recebimento de uma violência sexual (prática atentatória da dignidade e causadora de graves consequências físicas, psicológicas e morais). No livro, o personagem considera suas atitudes em relação às mulheres como normais, entende que ele e todos os homens têm o direito ao corpo delas, pois “a beleza deve ser compartilhada” e que ela “não é dona de si mesma”.

Além disso, como demonstração de superioridade intrínseca, tanto no inquérito, como na obra de Coetzee, ou seja, tanto o deputado, como o personagem, não acreditam estar praticando ou dissipando violência sexual. O deputado considera estar no seu direito de expressão e posteriormente argui como defesa que tem o direito de achar uma mulher feia ou não e que seus adjetivos não podem ser considerados ofensivos - apesar de terem sido utilizados como motivo que obstaria a prática do estupro, pois caso contrário fosse, o estupro poderia ocorrer e seria merecido. O personagem D. Lurie não encara suas invasões à vida das mulheres que se envolve como anormal, nem suas atitudes em relação a sua aluna, Melanie, como estupro.

Ainda, a partir desse raciocínio entre igualdade e superioridade, é possível extrair uma segunda diferença: entre integração e inclusão. Estar integrado é diferente de estar incluído. Os direitos humanos promovem a inclusão, daí sua importância para um país democrático. Dessa forma, para que a inclusão seja possível, num sistema de governo, o princípio que deve ser considerado é o da igualdade intrínseca.

Para tanto, como exigências mínimas para se considerar um país como democrático, Dahl (2001) elege seis instituições políticas: funcionários eleitos; eleições livres, justas e frequentes; liberdade de expressão; fontes de informação diversificadas; autonomia para as associações; cidadania inclusiva.

No século XIX as primeiras cinco instituições políticas democráticas já estavam concretizadas na América do Norte. No século seguinte, já haviam se concretizado em muitos outros países, inclusive da Europa. Entretanto, ainda faltava a implementação da sexta instituição fundamental, a cidadania inclusiva, definida como a impossibilidade de negar a *qualquer* adulto com residência fixa no país e sujeito a suas leis, os direitos necessários para as outras cinco instituições (DAHL, 2001).

Assim sendo, embora alguns países dos Estados Unidos fossem concebidos como universalmente democráticos, essa universalidade não incluía as mulheres. Também ficavam de fora alguns homens e a maioria dos afro-americanos. Deste modo, embora proclamassem ser países democráticos, boa parte dos adultos eram excluídos da vida política simplesmente por sua condição (ser mulher), e negados o sufrágio universal a alguns homens por não satisfazerem algumas condições (porque não eram alfabetizados, porque não tinham propriedades...) (DAHL, 2001).

À vista disso, em muitos dos países considerados "altamente democráticos", como Bélgica, França e Suíça, as mulheres obtiveram o direito de voto somente após a Segunda Guerra Mundial (DAHL, 2001).

Com isso, recorda-se que foram as duas grandes Guerras Mundiais as fortes responsáveis pela conquista de direitos pelas mulheres. Isso porque, foi com a ida dos homens à Primeira Guerra Mundial na Europa que as elas precisaram assumir os postos ocupados por eles nas fábricas e campos, enquanto estes guerrilhavam. Dessa

forma, até mesmo suas vestimentas exageradas, longos vestidos, espartilhos, sapatos, foram substituídos por trajes que lhes fizessem aptas ao labor (PRIORE, 2011).

Com a ida dos homens à guerra, as mulheres tiveram a possibilidade de sair das funções exercidas exclusivamente no lar em favor da família para exercer temporariamente os postos até então masculinos, ocasião que tornou possível demonstrarem sua igual capacidade laboral em relação aos homens no desempenho das mesmas funções, possibilitando, como consequência, uma gradual conquista de direitos e inserindo-se cada vez mais na qualidade de cidadãs.

Foi com as transformações políticas, econômicas e morais fruto do pós-guerra, a partir dos anos 70, que o feminismo contemporâneo tomou vez e as mulheres passaram a exigir igualdade (PRIORE, 2011).

Nessa perspectiva, foi após as duas grandes guerras no século XX que surgiu o conceito de *direitos humanos*, dessa vez com a pretensão de estender-se a toda humanidade e não somente como direitos do homem burguês, branco e capitalista (HERRERA FLORES, 2010).

Como síntese, Dahl (2001) registra que por 25 séculos o que se compreendia por democracia e república, na verdade, restringia os direitos de participar ativamente na vida política a uma minoria de adultos, sendo que, só a partir do século XX, pôde-se falar em uma democracia que exigisse a extensão do direito de se envolver plenamente na vida política a todos os adultos que residissem permanentemente em determinado país.

Dessa forma, as seis instituições políticas são consideradas como uma nova forma de democracia, um novo tipo de sistema político que, em conjunto, jamais existiu. São instituições de um modelo representativo democrático moderno, por isso inédito. Esse governo democrático chama-se *poliarquia*, democracia poliárquica (DAHL, 2001).

A *poliarquia* seria, basicamente, um governo democrático moderno constituído pelo conjunto das seis instituições políticas citadas previamente. Ela difere das outras formas de democracia, pois não é como a democracia representativa do século XIX, na qual o sufrágio era restrito. Também difere das práticas democráticas dos pequenos grupos, onde os membros podem participar e decidir diretamente (DAHL, 2001).

A *poliarquia* é o governo de todos. Deste modo, a *democracia poliárquica* (com suas seis instituições políticas) surgiu como forma de “reação a exigências de inclusão e participação na vida política”. Os países hoje considerados democráticos são formados por uma democracia que tem presente todas essas seis instituições – e não somente parte delas (DAHL, 2001).

Fazendo uma ligação da obra no que se refere a inclusão com o Inquérito penal 3.932, em determinado trecho o relator expõe que

O direito exerce importante papel na construção social das diversas e variadas subjetividades, donde decorre a necessidade de os operadores jurídicos considerarem a realidade das relações sociais, com o fim de consolidar um olhar distinto diante da discriminação e da violência que caracterizam as relações de gênero no país.

A sociedade não é formada só de um grupo de pessoas que possuem identidade entre si. Diante da variedade⁸ de grupos, classes sociais, raças, credos, o direito, sempre avançando, tem como papel o dever de se manter em constante inovação para acompanhar a necessidade de todos os cidadãos que compõem o seio social, de forma a objetivar sempre o máximo de inclusão. Todavia, o direito

⁸ Já dispunha Said (1993) que todas as culturas estão conectadas, não são pura e única, ao contrário, sofrem influência uma da outra, sendo, ao mesmo tempo, heterogêneas, diferentes entre si.

não é o único responsável por formar convicções, nem o único capaz de provocar mudanças em situações desrespeitosas, de violência, desonra e desprezo à dignidade.

Não se trata de desconsiderar os apelos à justiça e aos direitos humanos para se posicionar contra situações desonrosas. No entanto, muitas vezes, admitir que certas situações são erradas, ilegais, imorais e irreligiosas não é o suficiente para incentivar a mudança; é necessário que a honra seja considerada uma desonra. Ou seja, remodelar o construto social da honra. (APPIAH, 2012).

O reflexo do que Antony Kwame Appiah (2012) entende por códigos de honra pode ser vislumbrado nas palavras do relator no inquérito penal em análise neste trabalho:

[O índice de violência à mulher no Brasil é alto.] Contribui para esse quadro o fato de que a legislação, até não muito tempo atrás, estabelecia "os costumes" como bem jurídico protegido dessa criminalização e, *ainda mais grave, que considerava apenas a "mulher honesta" como possível vítima* – quiçá, até 1940, se entendesse que as demais mulheres "mereciam" a violência. *Todo esse contexto retira das mulheres espaços importantes de exercício de suas liberdades públicas, seja nas grandes urbes ou no grande interior do país; no âmbito familiar ou no meio social, acadêmico, profissional.* (grifo nosso).

O relator confirma que não só o direito contribui para os acontecimentos do quadro social, mas também os costumes. Dessa forma, não só o direito, a legislação, são responsáveis por criar situações, impedi-las ou mudá-las, mas o costume e, para Appiah, a honra.

Appiah (2012, p. 175) acredita que, diante do vislumbre de uma injustiça, ou seja, de práticas desonrosas em determinado lugar do mundo, o único método capaz de mudar a honra (por trás de determinada prática, ou seja, a honra que os violadores acreditam

estar presente no cometimento do crime, que o assegura) é por meio da própria honra, segundo o autor, “em todas as revoluções anteriores, o poder motivador da honra manteve-se incontestado. Pelo visto, a maneira correta de avançar não é argumentar contra a honra, mas trabalhar para mudar os fundamentos dela.”

O método para mudar os fundamentos da honra, o qual denomina “filiação simbólica”, consiste em fazer com que pessoas pertencentes a determinado grupo, não propriamente envolvidas, enxerguem que determinada prática, em outro local, também desonra (APPIAH, 2012).

Explica-se: para desestabilizar os códigos de honra, atrai-se a atenção de pessoas a uma determinada luta contra uma prática que pressupõe também desonrá-las. É o caso das práticas denegatórias de direitos ou atentatórias às mulheres. Mulheres de outro canto do mundo sentem-se, juntamente às vítimas diretas, também desonradas e despertam para pressionar, por meio de organizações feministas e de direitos humanos que formam, os códigos de honra que idealizam a indivisibilidade feminina.

É a revisão das práticas de honra. No caso das mulheres, mostrar aos homens que o novo elemento da honra masculina é o respeito pelas mulheres. A honra “combatendo” a honra (APPIAH, 2012).

Cabe reformar a honra referente a todas as formas de violência e discriminação sexual e, em particular, toda sociedade precisa manter códigos em que o ataque a uma mulher – o ataque a qualquer pessoa – de sua família seja fonte de desonra e motivo de vergonha. (APPIAH, 2012, p. 175-176, grifo nosso).

Mill (2006) discorre que o princípio do movimento moderno, tanto na moral quanto na política, dispõe que *só a conduta é capaz*

de conferir direito ao respeito, pois não é o que os homens são, mas o que fazem, que os autoriza a ter respeito e consideração dos outros, e que não é o nascimento, mas o mérito, que os permite reivindicar legitimamente por poder e autoridade.

No inquérito penal, entendeu-se que a campanha virtual "#eu não mereço ser estuprada" que surgiu em consequência às declarações do parlamentar, teve como intuito expor o que é considerado ofensa grave às mulheres. Isso é o que Appiah acredita: através da indignação do grupo 'alheio' ao que foi diretamente ofendido, expor para toda a classe que determinada prática fere a dignidade e a honra de todos. É assim que se atinge a mudança: demonstrar que uma prática criminoso que é considerada honrosa (no caso, para os homens – poder, superioridade e submissão), na verdade não tem mais nada a ver com o que se considera honra no século XXI (respeito ao próximo como semelhante e portador de igual dignidade). Esta é a "filiação simbólica" da honra: utilizar a contra-narrativa para combater os fundamentos de um construto social.

Assim, reforça-se o que o Appiah acredita. As medidas legais de combate às discriminações, bem como as legislações protetoras femininas visam eliminar as injustiças de uma sociedade e contribuir com a situação das minorias, contudo, não são capazes, por si só, de promover de fato uma revolução moral dos códigos de honra em países permeados de muita influência cultural respingando diretamente no modo de agir das pessoas.

Essa também é a opinião de Herrera Flores (2010, p. 96). Pode se perceber, pela análise das normas e suas respectivas teorias, a dificuldade jurídica e institucional para contemplar as necessidades, valores e expectativas das grandes camadas da população. Isso porque, "o patriarcalismo, o individualismo possessivo e o formalismo

estão nas bases da dita norma fundamental, [...] da dita cultura jurídica dominante.”

Considerando isso, por mais que, muitas vezes, as legislações promovam determinadas garantias, a carga cultural⁹ é muito mais forte e a interpretação que se dá quando da transgressão do que está determinado legalmente acaba sendo mediada, a ponto de tornar nefasto tudo o que é determinado como legalmente coerente.

É o caso da Índia,¹⁰ onde o estupro marital não é considerado crime, porque, em decorrência da religião, o casamento é considerado sagrado e os casos de violência sexual dentro dos relacionamentos conjugais restam impunes ante a submissão que as mulheres devem ter em relação ao marido no casamento, ao passo que este é considerado uma fonte de prazer sexual ao homem.

Isto é, apesar de a Constituição Indiana assegurar igualdade de direitos entre homens e mulheres,¹¹ a religião dispõe de forma diferente e, por ser um país com um sistema legal muito influenciado religiosamente, às mulheres resta um tratamento inferior ao dos homens, conforme ditado pela religião que seguem (NUSSBAUM, 2000). E, não muito longe, é o caso visualizado no livro *Desonra*, em que Lucy, quando violentada, sabe ser irrelevante denunciar o estupro coletivo

⁹ Nesse sentido, também, manifestação do relator no voto do inquérito penal 3.932: “O desprezo demonstrado pelo bem jurídico protegido (dignidade sexual) reforça e incentiva a perpetuação dos traços de uma cultura que ainda subjuga a mulher, com potencial de instigar variados grupos a lançarem sobre a própria vítima a culpa por ser alvo de criminosos sexuais, deixando, a depender da situação, de reprovar a violação sexual, como seria exigível mercê da expectativa normativa.

¹⁰ Para mais informações:
<http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/05/150526_marital_rape_india_mv>.

¹¹ *Right to Equality: 14. The State shall not deny to any person equality before the law or the equal protection of the laws within the territory of India;*

15. (1) The State shall not discriminate against any citizen on grounds only of religion, race, caste, sex, place of birth or any of them. (2) No citizen shall, on grounds only of religion, race, caste, sex, place of birth or any of them, be subject to any disability, liability, restriction or condition with regard to [...] (GOVERNMENT OF INDIA, 2007).

que sofreu, pois naquele local onde escolheu para morar, *era assim que as coisas funcionavam*.

Diante disso, vislumbra-se a necessidade de entender a origem das desonras e tentar, de forma conjunta, unificando o direito, a moral, os costumes e a honra, garantir, num grau máximo possível, a igualdade intrínseca dos seres humanos considerados em si mesmos.

5 Considerações Finais

Tratar do tema da mulher e dos problemas e discriminações que sofrem diariamente, em todos os ambientes e por todos os tipos de pessoas, inclusive pelas próprias mulheres, tem importância no sentido de dar relevância à dignidade da mulher e reconhecer que essas atitudes contribuem para uma cultura de violência, uma “cultura de estupro”.

No decorrer do trabalho, analisou-se sobre a concepção da mulher e o tratamento que lhes é dispensado por meio de atitudes e comentários refletidos no inquérito penal 3.932, envolvendo os parlamentares Jair Messias Bolsonaro e Maria do Rosário, em trâmite no Supremo Tribunal Federal e entre as obras *Desonra* de J. M. Coetzee e *Sobre a Democracia* de Robert Dahl.

Na primeira parte, foram analisados os comentários proferidos em eventos distintos pelo parlamentar Jair Messias Bolsonaro em face à também parlamentar Maria do Rosário, avaliando as razões jurídicas relativas aos crimes atribuídos em consequência do discurso do denunciado. Atribuiu-se ao parlamentar o crime de incitação ao crime, por considerar que, com as palavras dirigidas à parlamentar, estaria incitando a praticar o crime de estupro.

Essa conclusão foi alcançada por considerar que, sobretudo com o uso da palavra “merecer”, quando o denunciado disse que não estupraria a deputada por sua ausência de beleza (‘muito feia’) e

porque “ela não merece”, estaria insinuando que a violência sexual é um prêmio, uma benesse, e incitando outras pessoas a considerar ter o direito de escolher quais mulheres seriam beneficiadas com tal ato violador de dignidade (fato que inclusive deu azo a outras práticas desonrosas perpetradas por internautas em desfavor da parlamentar nas redes sociais). No tocante a este crime, a denúncia foi recebida.

Atribuíram-se ao parlamentar também outros dois crimes: injúria e calúnia. Ao primeiro foi recebida a denúncia e, no tocante ao segundo, foi rejeitada. A imputação do crime de injúria se deu pelas mesmas declarações proferidas pelo deputado, as quais teriam ofendido a honra subjetiva da vítima, além de associar as características da mulher à possibilidade de ser vítima estupro. O Tribunal entendeu pela configuração de crime atentatório à honra, pois vislumbrou presente o efetivo potencial de rebaixamento da dignidade moral ao ofender sua condição de mulher, presente, portanto, o *animus offendendi*. No tocante ao crime de calúnia, a queixa restou rejeitada, pois se atribui o crime ao Querelado por ter afirmado falsamente que a Querelante o chamou de “estuprador”, no entanto, o crime prevê a atribuição falsa de fato definido como crime e a inicial não narra como o a afirmação de o Deputado ter sido chamado de “estuprador” pela Querelante poderia ofendê-la em sua honra.

Na segunda parte, foi realizado o estudo do discurso atribuído às mulheres aliado à obra de Coetzee, cujo objetivo foi, comparando um caso real de um parlamentar brasileiro ao de uma criação literária, apresentar como se assemelham e fazer uma crítica ao lugar imposto às mulheres, ou seja, de seres inferiores e submissos às vontades masculinas. Tal fato se visualiza tanto no inquérito quanto na obra, quando, naquele, o denunciado acredita dispor do poder de escolha em violentar uma mulher, do seu merecimento de abuso sexual, enquanto que, na obra, demonstraram-se dois casos de abuso sexual.

A conexão entre eles é que tanto no inquérito quanto na obra literária, o denunciado (discurso) e o protagonista (prática) não acreditam terem violado a dignidade sexual das vítimas, caracterizando uma atitude de negação por parte do ofensor. Ademais, em ambos, verifica-se a naturalização da violência contra a dignidade sexual da mulher.

Na terceira parte deste trabalho realizou-se o estudo do livro “Sobre a Democracia” de Robert Dahl, tecendo ligações com o Inquérito Penal 3.932. A obra de Dahl trata sobre democracia, onde o autor explica que a condição natural da humanidade é a desigualdade, e não a igualdade, muito embora todos desejem esta, mas a ideia de igualdade humana é aceita por explicitar uma *pretensão futura*, demonstrando que almejar igualdade é tencionar para o que *deveria ser* (considerar todos iguais). É almejando a igualdade que se atinge a democracia, por isso foram apresentados os conceitos de igualdade intrínseca e superioridade intrínseca a fim de demonstrar os parâmetros para uma real e concreta democracia entre homens e mulheres, pois igualdade intrínseca significa considerar não haver superioridade na vida, liberdade, felicidade e outros bens fundamentais de uma pessoa em relação à outra.

Além disso, foram apresentados os conceitos do autor sobre *poliarquia* (democracia poliárquica), considerado um sistema político que jamais existiu, pois é constituído das seis instituições políticas que, em conjunto, formam o que é, de fato, considerado um governo democrático. Para tanto, foi empregado o método dedutivo de pesquisa e pesquisa bibliográfica.

Referências

ALIMENT, Ruby. Saying "Yes": How California's Affirmative Consent Policy Can Transform Rape Culture. *HeinOnline*, v. 14, i. 1, Summer 2015. Disponível em: <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/sjsj14&div=8&start_page=187&collection=journals&set_as_cursor=0&men_tab=srchresults>. Acesso em: 06 jun. 2018.

APPIAH, Anthony Kwame. *O código de honra: como ocorrem as revoluções morais*. Tradução Denise Bottmann. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

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/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 11 jun. 2018.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 11 jun. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inq 3932. Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal. Autor: Ministério Público Federal. Investigado: Jair Messias Bolsonaro. Relator: Min. Luiz Fux. Julgamento em 21 de jun. 2016. *Diário de Justiça eletrônico*, 09 set. 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11627210>>. Acesso em: 12 jul. 2018.

COETZEE, John Maxwell. *Desonra*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

DAHL, Robert A. *Sobre a Democracia*. Tradução Beatriz Sidou. São Paulo: Editora Universidade de Brasília, 2011.

DEL PRIORE, Mary. *Histórias íntimas: sexualidade e erotismo na história do Brasil*. São Paulo: Planeta do Brasil, 2011.

FARIA, Nalu. Para a erradicação da violência doméstica e sexual. In: NOBRE, Miriam; FARIA, Nalu; SILVEIRA, Maria Lúcia. *Feminismo e Luta das Mulheres: análise e debates*. SOF: São Paulo, 2005. Disponível em: <http://sof2.tempsite.ws/wp-content/uploads/2015/07/Livro_FemLut-Mulh.pdf>. Acesso em: 28 jun. 2017.

GOVERNMENT OF INDIA. *The constitution of India*. New Delhi, 01 Dec. 2007. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/vade-mecum-estrangeiro,constituicao-da-india-constitution-of-india,31254.html>>. Acesso em: 26 out. 2017.

HERRERA FLORES, Joaquín. Los derechos humanos en el contexto de la globalización: três precisiones conceptuales. In: RUBIO, David Sanchez; HERRERA FLORES, Joaquín; CARVALHO, Salo de. *Direitos humanos e globalização: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica*. 2. ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010. Disponível em: <<http://www.pucrs.br/edipucrs/direitoshumanos.pdf>>. Acesso em: 11 jun. 2018.

MILL, John Stuart. *A sujeição das mulheres*. Tradução Benedita Bettencourt. Edições Medina: Coimbra, 2006.

NUSSBAUM, Martha C. *Woman and human development: the capabilities approach*. Cambridge University Press, 2000.

PATEMAN, Carole. *O contrato sexual*. Tradução Marta Avancini. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1993.

ROSSEAU, Jean-Jacques. *Discurso sobre a origem da desigualdade entre os homens*. Tradução Roberto Leal Ferreira. São Paulo. Martin Claret, 2010.

SAFFIOTI, Heleieth I. B. *O poder do macho*. 3. ed. São Paulo: Moderna, 1990.

SAID, Edward W. *Cultura e imperialismo*. Tradução Denise Bottmann. São Paulo: Companhia de bolso, 1993.

TELES, Maria Amélia de Almeida; MELO; Mônica de Almeida. *O que é violência contra a mulher*. São Paulo: Brasiliense, 2012.

Direito fundamental à privacidade e publicação nominal dos vencimentos de servidor público: análise do entendimento do STF no RE n. 652.777/SP

Jeferson Osualdo Uieira¹

1 Introdução

Em 23 de abril de 2015, ao concluir o julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo n. 652.777/SP, sob relatoria do Ministro Teori Zavascki, o plenário do Supremo Tribunal Federal fixou o entendimento de que “É legítima a publicação, inclusive em sítio eletrônico mantido pela Administração Pública, dos nomes de seus servidores e dos correspondentes vencimentos e vantagens pecuniárias.” O recurso derivou de ação proposta por servidora pública em face do Município de São Paulo, em que objetivava excluir a divulgação de informações sobre sua remuneração do sítio eletrônico mantido pela municipalidade na rede mundial de computadores.

Embora se tratasse de ação individual, o recurso foi afetado ao regime de repercussão geral e o debate foi enriquecido pela intervenção, na condição de *amicus curiae*, de diversas associações, sindicatos e federações, bem como da União, o que evidencia que a discussão transborda os limites do ente federativo que era parte na ação, já que a publicização enfocada pode, em tese, ser levada a efeito por qualquer órgão público do país, e conseqüentemente atingir todos os ocupantes de cargos ou empregos públicos nas diferentes esferas da

¹ Mestrando e membro do grupo de pesquisa em Direitos Fundamentais Cíveis do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina; Professor no Curso de Graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina; Magistrado do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

Administração. A decisão proferida é de singular importância, haja vista que representa a posição do intérprete último da carta constitucional sobre a matéria, de modo a influenciar o proceder de todos os órgãos dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

Serão apresentados os fundamentos adotados no acórdão e buscar-se-á debater se a decisão considerou adequadamente todos os princípios constitucionais incidentes e especialmente os direitos fundamentais atingidos, em especial o direito fundamental de inviolabilidade da intimidade e vida privada, assegurado no artigo 5.º, inciso X, da Constituição da República Federativa do Brasil, apresentando uma proposta de delimitação conceitual desse direito.

É intuitivo, pela simples exposição do tema, a possibilidade de entrelaço entre, de um lado, os bens jurídicos da publicidade e transparência na Administração Pública – constitucionalmente assegurados – e de outro os direitos fundamentais à intimidade e vida privada do servidor público que tem seus dados pessoais expostos. Não obstante a unanimidade havida entre os oito ministros que participaram do julgamento no sentido da inexistência desse conflito, procurar-se-á discutir se de fato não existiu e, caso tenha existido, qual o equacionamento dogmáticamente adequado, a partir das premissas que integram a teoria dos princípios, desenvolvida por Robert Alexy.

2 A decisão do Recurso Extraordinário com Agravo n. 652.777/SP

O relator do recurso extraordinário em epígrafe, Ministro Teori Zavascki, destacou que a matéria já havia sido enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal em acórdão proferido no Agravo Regimental na Suspensão de Segurança n. 3.902, que envolvia exatamente a divulgação da remuneração de servidor público do município de São Paulo. Por entender que o voto então proferido pelo Ministro Ayres Brito

examinou todos os argumentos esposados no acórdão impugnado no RE 652.777, houve por bem incorporá-lo como razão de decidir. Em razão da importância da análise para o debate que ao depois será suscitado, cabe a transcrição em citação direta:

12. Início pelo juízo de que estamos a lidar com situação demandante de conciliação de princípios constitucionais em aparente estado de colisão. Aparente conflito, e não mais que isso. De um lado, faz-se presente, aí sim, o princípio da publicidade administrativa (*caput* do art. 37). Princípio que significa o dever estatal de divulgação dos atos públicos. Dever eminentemente republicano, porque a gestão da "coisa pública" (República é isso) é de vir a lume com o máximo de transparência. Tirante, claro, as exceções também constitucionalmente abertas, que são "aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado" (inciso XXXIII do art. 5º). Logo, respeitadas que sejam as exceções constitucionalmente estampadas, o certo é que "todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade (...)", conforme a 1ª parte redacional do mesmo art. 5º. Com o que os indivíduos melhor se defendem das arremetidas eventualmente ilícitas do Estado, enquanto os cidadãos podem fazer o concreto uso do direito que a nossa Constituição lhes assegura pelo §2º do seu art. 72, *verbis*: "*Qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União*".

13. De outra banda, fala-se, basicamente, do direito que assistiria aos servidores municipais de não ver divulgada a sua remuneração bruta. Isso por implicar violação à sua intimidade e vida privada, de parilha com o perigo que representaria para a sua segurança pessoal e familiar o conhecimento geral de tal remuneração por modo nominalmente identificado. Conhecimento geral tanto mais temerário quanto disponibilizado em rede mundial de computadores (internet), porquanto viabilizador de formatação de um tipo de banco de dados que terminaria por habilitar terceiros a planejar golpes financeiros contra

os servidores municipais e assediá-los pessoalmente para fins inconfessáveis.

14. O meu voto já se percebe. A situação dos agravantes cai sob a regência da 1ª parte do inciso XXXIII do art. 5º da Constituição. Sua remuneração bruta, cargos e funções por eles titularizados, órgãos de sua formal lotação, tudo é constitutivo de informação de interesse coletivo ou geral. Expondo-se, portanto, a divulgação oficial. Sem que a intimidade deles, vida privada e segurança pessoal e familiar se encaixem nas exceções de que trata a parte derradeira do mesmo dispositivo constitucional (inciso XXXIII do art. 5º), pois o fato é que não estão em jogo nem a segurança do Estado nem do conjunto da sociedade.

15. No tema, sintá-se que não cabe sequer falar de intimidade ou de vida privada, pois os dados objeto da divulgação em causa dizem respeito a agentes públicos enquanto agentes públicos mesmos; ou, na linguagem da própria Constituição, agentes estatais agindo "nessa qualidade" (§ 6º do art. 37). E quanto à segurança física ou corporal dos servidores, seja pessoal, seja familiarmente, claro que ela resultará um tanto ou quanto fragilizada com a divulgação nominalizada dos dados em debate, mas é um tipo de risco pessoal e familiar que se atenua com a proibição de se revelar o endereço residencial, o CPF e a CI de cada servidor. No mais, é o preço que se paga pela opção por uma carreira pública no seio de um Estado republicano. Estado que somente por explícita enunciação legal rimada com a Constituição é que deixa de atuar no espaço da transparência ou visibilidade dos seus atos, mormente os respeitantes àquelas rubricas necessariamente enfeixadas na lei orçamentária anual, como é o caso das receitas e despesas públicas. Não sendo por outra razão que os atentados a tal lei orçamentária são tipificados pela Constituição como "crimes de responsabilidade" (inciso VI do art. 85).

16. Em suma, esta encarecida prevalência do princípio da publicidade administrativa outra coisa não é senão um dos mais altaneiros modos de concretizar a República enquanto forma de governo. Se, por um lado, há um necessário modo republicano de administrar o Estado brasileiro, de outra parte é a cidadania mesma que tem o direito de ver o seu Estado republicanamente administrado. O "como" se administra a coisa pública a preponderar sobre o "quem" administra – falaría Norberto Bobbio –, e o fato é que esse modo público de gerir a máquina estatal

é elemento conceitual da nossa República. O olho e a pálpebra da nossa fisionomia constitucional republicana.

17. Por tudo quanto posto, a negativa de prevalência do princípio da publicidade administrativa implicaria, no caso, inadmissível situação de grave lesão à ordem pública.

18. Mantenho a decisão recorrida, desprovendo os agravos regimentais.

É como voto.

Infere-se da fundamentação trazida à baila que o princípio constitucional da publicidade administrativa, estampado no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal, foi a principal disposição normativa que orientou o voto. Em apoio, foi invocado o comando inscrito no inciso XXXIII do artigo 5.º, segundo o qual “todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”, mormente para que o cidadão possa exercer a faculdade de denúncia perante os Tribunais de Contas, que lhe é conferida pelo artigo 74, § 2.º, da carta constitucional.

Digno de nota também que o eminente relator deixou consignado que, em sua ótica, a divulgação nominal dos vencimentos do servidor público não afeta seu direito fundamental à intimidade e vida privada, o qual não incidiria porque os dados objeto da divulgação são relacionados ao exercício do cargo público intrinsecamente considerado. Não obstante mencionar existir apenas uma “aparente colisão” com o princípio da publicidade administrativa (artigo 37, *caput*, da CRFB), o julgador enfatiza ao final existir uma “prevalência” deste, de modo a deixar transparecer, ainda que indiretamente, admitir a existência do conflito.

Em acréscimo à fundamentação suso citada e que incorpora ao seu voto, o Ministro Teori Zavascki ressalta que posteriormente àquele julgamento foi editada a Lei de Acesso à Informação (Lei n. 12.527/2011), aplicável a todas as esferas da Administração, a qual “mesmo sem dispor expressamente sobre a obrigatoriedade da divulgação da remuneração pessoal dos servidores”, impõe à Administração a divulgação “de informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidos ou custodiados” (art. 8.º). Embora aceitando que o conceito “interesse coletivo ou geral” constitui cláusula geral que “comporta preenchimento valorativo nem sempre insuscetível de questionamentos”, afirma que deve ser interpretado segundo a decisão do próprio STF a que se reportou, assim como o fez o Decreto n. 7.724/2012, regulamentador do diploma legal. E nisso arremata o voto que conduz o julgamento.

Ao exarar seu voto concordante, a Ministra Rosa Weber mencionou ter proferido idênticas decisões e sublinhou que “aquilo que se chama âmbito de proteção da privacidade do cidadão fica extremamente mitigado [...] quando se trata de agente público.”

O Ministro Marco Aurélio, ao seu turno, acrescentou que “o servidor público não pode pretender ter a mesma privacidade que tem o cidadão comum [...] o servidor público, o agente público, o agente político estão na vitrina. São, de início, um livro aberto. Entre o interesse individual e o coletivo, o público, prevalece o coletivo.”

As razões expendidas pela Ministra Cármen Lúcia para também acompanhar o relator foram, em síntese, que a Lei de Acesso à Informação “é uma lei que muda a Administração Pública” e salientou que o provimento do recurso em análise “se faz no sentido de garantir a efetividade e a mudança de uma tônica e de um modelo de Administração”, tornando-a mais republicana. Disse fazê-

lo “de maneira insuspeita”, por ter divulgado seu contracheque antes mesmo da edição da lei de acesso à informação.

Estas foram as razões que alicerçaram o julgamento do Supremo Tribunal Federal que reconheceu a legitimidade da publicização nominal dos vencimentos de servidor público.

3 Análise dos fundamentos aplicados na decisão do RE n. 652.777

Quer nos crer que uma adequada análise da correção dos fundamentos adotados na decisão do RE n. 652.777 passa por definir a natureza jurídica das disposições normativas nela empregadas, a saber, o artigo 37, caput, e o inciso XXXIII do artigo 5.º da Constituição da República Federativa do Brasil.

Segundo Alexy (2012, p. 90), as normas de direitos fundamentais se subdividem em princípios e regras:

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.

Importa chamar a atenção ao fato de que o termo “princípio”, na teoria de Robert Alexy, não tem a conotação que muito corriqueiramente se lhe atribui a doutrina, que o qualifica como preceito de maior abstração ou de maior importância que a lei posta, que é estrutural do ordenamento jurídico ou que lhe serve de guia interpretativo. A teoria dos princípios desenvolvida por Robert Alexy, conforme explicam Dantas e Dantas (2013), toma por base a classificação do filósofo americano Ronald Dworkin de princípios e regras como espécies do gênero norma, levada por um critério “lógico-qualitativo” e axiologicamente neutra. Afasta-se, pois, a ideia de que princípio é algo superior a regra.

Silva (2017) explica, ao seu turno, que enquanto uma norma com estrutura de regra deve – salvo quando encontre exceção – ser totalmente aplicada, uma norma com estrutura de princípio terá o alcance final definido somente após o sopesamento com outros princípios eventualmente colidentes:

O principal traço distintivo entre regras e princípios, segundo a teoria dos princípios, é a estrutura dos direitos que essas normas garantem. No caso das regras, garantem-se direitos (ou se impõem deveres) definitivos, ao passo que no caso dos *princípios* são garantidos direitos (ou são impostos deveres) *prima facie*.

Isso significa que, se um direito é garantido por uma norma que tenha a estrutura de uma regra, esse direito é definitivo e deverá ser realizado totalmente, caso a regra seja aplicável ao caso concreto. É claro que, como será visto adiante, regras podem ter – e quase sempre têm – exceções. Isso não altera o raciocínio, já que as exceções a uma regra devem ser tomadas como se fossem parte da própria regra excepcionada. Assim, a regra que proíbe a retroação da lei penal tem uma conhecida exceção: a lei deve retroagir quando beneficiar o réu (CF, art. 5º, XL). A norma (regra) deve, nesse caso, ser compreendida como “é proibida” a retroação de leis penais, a não ser que sejam mais benéficas para o réu que a lei anterior; nesses casos, deve haver retroação.

No caso dos *princípios* não se pode falar em realização sempre total daquilo que a norma exige. Ao contrário: em geral essa realização é apenas parcial. Isso, porque no caso dos princípios há uma diferença entre aquilo que é garantido (ou imposto) *prima facie* e aquilo que é garantido (ou imposto) definitivamente. (SILVA, 2017, p. 45).

De acordo com essa classificação, temos que a norma do artigo 5.º, inciso XXXIII, da CRFB é uma *regra*, na medida em que não se trata de um mandamento de otimização, mas de um comando que deve ser cumprido *in totum*, salvo quando presente a exceção nele mesmo prevista. Isto é, a Administração tem o dever de fornecer (e o particular o direito de receber) informações de interesse próprio ou coletivo, excepcionados os casos em que o sigilo dessas informações seja imprescindível para a segurança da sociedade ou do Estado.

Já a outra norma citada na decisão, qual seja o "princípio" da publicidade, é inexoravelmente uma norma com estrutura de *princípio*, que preconiza um mandamento que deve ser cumprido na maior extensão possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. Com efeito, o artigo 37, caput, da CRFB, não estabelece um direito plenamente delimitado à publicidade ou uma proibição específica de sigilo, mas sim o dever de a Administração ser transparente e dar publicidade a seus atos.

Essa diferenciação permite compreender que o método de aplicação das regras é a subsunção, ou seja, incidirá sempre que se amoldar perfeitamente ao caso concreto. Eventual conflito entre regras deve ser resolvido no plano da validade, afastando-se totalmente a incidência de uma delas. Quando o conflito for parcial, a solução se dá por meio de exceção prevista na própria disposição normativa, ou em outra constante do ordenamento jurídico, como no exemplo de Silva (2016), de que a regra que prevê o filho como herdeiro (CC, arts. 1.784 e 1.829) é excepcionada pela regra de que

o autor do homicídio (mesmo sendo filho) é excluído da sucessão (CC, art. 48). Quando o conflito for total, o intérprete deverá recorrer a regras como *lex specialis derogat legi generali*, *lex posterior derogat legi priori* e *lex superior derogat legi inferior*, as quais permitirão afastar a incidência de uma delas.

De outro ângulo, a colisão entre princípios se resolve de maneira totalmente diversa, sem que haja invalidação de qualquer deles. Consoante ensina Silva (2017, p. 50), “o que ocorre quando dois princípios colidem – ou seja – preveem consequências jurídicas incompatíveis para um mesmo ato, fato ou posição jurídica – é a fixação de *relações condicionadas de precedência*.” A solução é realizada por meio de uma ponderação, estabelecendo-se no caso concreto qual princípio tem precedência sobre o outro, à luz das condicionantes fixadas. Nenhum princípio é invalidado e em situação fática diversa a ordem de prevalência pode ser exatamente oposta. Segundo Alexy (2012, p. 94), “o objetivo desse sopesamento é definir qual dos interesses – *que abstratamente estão no mesmo nível – tem maior peso no caso concreto [...]*” Essa ponderação (ou sopesamento), outrossim, é realizada por meio da máxima da proporcionalidade, que se subdivide em três máximas parciais, a saber: a) adequação; b) necessidade; c) proporcionalidade em sentido estrito.² Oportunamente trataremos delas.

Outra possibilidade de colisão é entre regra e princípio, tema que, segundo Silva (2016), é muito complexo mas pouco explorado na obra de Alexy. Ressalta que resolver a colisão entre regra e princípio por meio de um sopesamento implica negar a definição de regra

² Alexy (2012, p. 117) esclarece que não é adequado utilizar a denominação “princípio da proporcionalidade”, pois na sua teoria o termo “princípio” tem acepção diversa, já abordada. Justifica que a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito – que denomina “máximas parciais” - não são sopesadas contra algo e tampouco gozam de precedência ou não em determinado caso. O que há é a averiguação se elas são satisfeitas ou não, e conclui que sua natureza é de “regra”.

como norma que garante direitos ou impõe deveres, pois poderia ocorrer casos em que, a despeito de ser válida e aplicável, teria que ser afastada sem perder a validade, em contradição à definição de algo que é aplicável no sistema "tudo ou nada". Por outro ângulo, resolver o conflito no plano da validade resultaria admitir que um princípio, quando contraposto por uma regra, teria que ser extirpado do ordenamento, o que também é incoerente com a definição teórica de que a validade de um princípio não é afetada quando sua aplicação é restringida em razão da aplicação de outra norma. De acordo com o autor da "Teoria dos Direitos Fundamentais", na hipótese de colisão entre regra e princípio, deve-se realizar um sopesamento, não entre ambos, já que a regra não é sopesável, mas entre o princípio em colisão e o princípio no qual a regra se baseia, algo que, segundo Virgílio Afonso da Silva (2016), é também problemático, pois permitiria ao aplicador do direito uma ampla margem de discricionariedade para afastar uma regra quando entender justificável em face de um princípio mais importante, o que resultaria elevada insegurança jurídica.

Abstraída essa celeuma, é indiscutível que os preceitos constitucionais enfocados na decisão sob crítica – artigo 37, *caput* e art. 5.º, inciso XXXIII – guardam aplicabilidade, em alguma medida, à situação fática subjacente ao julgamento, isto é, legitimidade da divulgação nominal dos vencimentos de servidores públicos, haja vista que preconizam a divulgação de informações atinentes à Administração Pública, de modo a torná-la o mais transparente possível.

Cumprе perquirir, no entanto, se o preceito constitucional que a todos assegura a inviolabilidade da intimidade e vida privada (artigo 5.º, inciso X) não era também incidente ao caso *sub examen*, o que ensejaria um conflito normativo que não poderia ser olvidado pelo Supremo Tribunal Federal, ao menos para uma resolução do caso

com rigor dogmático e fidelidade à unidade do ordenamento jurídico constitucional.

3.1 Divulgação nominal dos vencimentos de servidor público: afetação do direito fundamental à privacidade?

O entendimento que predominou no julgamento do RE n. 652.777 foi no sentido de que a divulgação nominal de vencimentos de servidor público na internet não afeta seu direito à intimidade e vida privada. Consignou-se que há apenas um “aparente conflito” – inexistente de fato – porque a divulgação da remuneração bruta dos servidores constitui informação de interesse coletivo ou geral, ao passo que a intimidade, vida privada e segurança pessoal dos servidores não seriam exceções expressamente previstas na parte final do inciso XXXIII do artigo 5.º, que trata apenas da segurança do Estado e da sociedade.

Realmente, a parte final do inciso XXXIII do artigo 5.º prevê uma restrição ao direito fundamental de se obter dos órgãos públicos informações de interesse particular ou coletivo, a qual não contempla a divulgação de vencimentos de servidores, cujo sigilo é interesse privado do próprio servidor.

Não se pode considerar, entretantes, que absolutamente todas as exceções ao direito fundamental em destaque tivessem que estar expressamente previstas no mesmo enunciado normativo, notadamente porque não tem o legislador a possibilidade de antever em quais situações o direito outorgado pode entrar em choque com outros direitos de idêntica hierarquia. Não se pode negar, portanto, a possibilidade de tal direito fundamental vir a colidir com outros direitos de mesma estatura enunciados em dispositivos diversos da própria Constituição Federal. Pensar o contrário seria negar uma das principais

características dos direitos fundamentais, qual seja, a relatividade, que é essencial para a concordância prática nos casos de colisão.

Nessa ordem de raciocínio, é imprescindível verificar se os elementos conformadores do direito fundamental à intimidade e vida privada alcançam a hipótese em exame.

Não é propósito desse artigo realizar uma aprofundada investigação do surgimento e da evolução histórica do direito à intimidade e vida privada. Antes, interessa procurar delimitar de que modo a dogmática constitucional moderna o compreende. Doneda (2006, p. 67) explica que a opção do legislador constitucional pelos dois termos teve inspiração na doutrina de Hubmann, que se vale de um esquema de esferas concêntricas para ilustrar os graus de manifestação da privacidade, colocando na mais restrita a intimidade e o segredo, seguida pela esfera privada e pela esfera pessoal, que abrangeria a vida pública. Nesse pensar, a vida privada apontaria para a distinção entre a vida pública e a vida privada, ao passo que a intimidade referir-se-ia a eventos mais particulares e pessoais. A seu turno, diz preferir o termo "privacidade", que unificaria ambos os conceitos e que tem sido adotado pela doutrina mais recente, como a de Gustavo Tepedino, José Afonso da Silva e René Ariel Dotti.

Marmelstein (2016), por sua vez, adota uma conceituação mais fluída, que destaca abranger não só o direito ao isolamento, mas o direito a não ter detalhes pessoais divulgados:

A ideia básica que orienta a positivação desses valores é a de que nem o Estado nem a sociedade de modo geral devem se intrometer, indevidamente, na vida pessoal dos indivíduos. Inserem-se, nesse contexto, inúmeras prerrogativas de caráter individual-subjetivo, como o direito de buscar a paz de espírito e a tranquilidade, o direito de ser deixado só (direito ao isolamento), o direito de não ser bisbilhotado, de não ter a vida íntima e familiar devassada, de não ter detalhes pessoais divulgados, nem

de ter a imagem e o nome expostos contra a vontade da pessoa. (MARMELSTEIN, 2016, p. 135).

Em sua precisa abordagem sobre o assunto, Marco Aurélio Rodrigues da Cunha e Cruz enaltece a dificuldade de estabelecer uma conceituação terminológica, mas concorda que a melhor definição é “direito à privacidade”:

Com efeito, é indiscutível que sobre as noções de intimidade e vida privada gravita uma aura subjetiva que as confere equivocidade, imprecisão e dubiedade, dificultando a exatidão de seus significados. A indeterminação é uma característica ontológica da própria construção da vida privada, pelo que resulta dificultoso tecer um conceito inflexível de intimidade ou de vida privada, as quais se norteiam pelos valores sociais, temporais, culturais e individuais. É inexorável, portanto, reconhecer que há dificuldade de delimitar e conceituar tais termos: vida privada (privacidade) e intimidade neste contexto da sociedade informacional. (CASTELLS, 2003).

[...]

Não obstante, a doutrina, tanto brasileira como a portuguesa, elegeu o uso da expressão *direito à privacidade*, em sentido amplo, de modo a abarcar essas manifestações da intimidade e da vida privada. *Privacidade* seria, pois, o conjunto de informações acerca do indivíduo, que ele pode decidir manter sob seu exclusivo controle, ou comunicar, decidindo a quem, quando, onde e em que condições. (DUARTE DE QUEIROZ, 2002).

[...]

É indisputável reconhecer que não é fácil delimitar e conceituar tais termos: vida privada (privacidade) e intimidade. Uma dificuldade conceitual que, em todo caso, não pode propiciar um desmerecimento de tais bens da personalidade que devem ser eficaz e efetivamente tutelados. O dinamismo que o ser humano tem como característica ínsita a sua personalidade faz com que seja fugidío estabelecer linhas ou graus da intimidade do indivíduo, dificultando, é verdade, o estabelecimento de um conceito assentado. As pessoas, dada sua individualidade, podem ser mais ou menos comunicativas, introvertidas ou extrovertidas, estabelecendo todas elas

um rito para preservar sua intimidade. Por isso, ganhou protagonismo a *concepção subjetiva/dinâmica de intimidade*, que entende que a proteção jurídica dada a tal bem da personalidade não garante uma intimidade determinada, estática, fixa: garante-se o direito a possuí-la. (CUNHA E CRUZ, 2015, p. 58-59).

A concepção de Marco Aurélio Rodrigues da Cunha e Cruz, que confere contornos subjetivos e dinâmicos à privacidade, parece ser a mais consentânea com a dimensão social e cultural de tal direito fundamental, que de fato reclama uma interpretação mais aberta e adaptada à realidade da sociedade informacional, que implementou reflexos radicais na privacidade do cidadão, conforme adverte Pérez-Luño (1986, p. 360):

Importa recordar que vivimos em una sociedad donde la informática ha devenido el símbolo emblemático de nuestra cultura, hasta em punto de que para designar el marco de nuestra convivencia se alude reiteradamente a expresiones tales como la "sociedad de la información", o la "sociedad informatizada". El control electrónico de los documentos de identificación, el proceso informatizado de datos fiscales, el registro y gestión de las adquisiciones comerciales realizadas com tarjetas de crédito, así como de las reservas de viajes, representan algunas muestras bien conocidas de la omnipresente vigilancia informática de nuestra existencia habitual. Nuestra vida individual y social corren, por tanto, el riesgo de hallarse sometidas a lo que Vittorio Frosini ha calificado, con razón, de "juicio universal permanente". Ya que, em efecto, cada ciudadano fichado en un banco de datos se halla expuesto a una vigilancia continua e inadvertida, que afecta potencialmente incluso a los aspectos más sensibles de su vida privada; aquellos que en épocas anteriores quedaban fuera de todo control por su variedad y multiplicidade.

É nítido, nesse viés, que o direito à privacidade na sociedade contemporânea transcende em muito a noção do *right to be let*

alone que é sempre associado ao célebre artigo “*Right to privacy*”, escrito por Warren & Brandeis em 1890 e que é considerado um divisor de águas no trato da matéria, por ter inaugurado o debate moderno sobre o direito individual à privacidade, separando-o da vinculação umbilical com a propriedade e sua limitação à dimensão espacial, que era a tônica até então.

Atualmente, a privacidade deve ser considerada um direito dinâmico, cujo âmbito de proteção deve ser modulado *pari passu* à evolução da sociedade, consoante pontua Doneda (2006, p. 87):

A trajetória percorrida pelo direito à privacidade reflete tanto uma mudança de perspectiva para a tutela da pessoa quanto a sua adequação às novas tecnologias de informação. Não basta pensar na privacidade nos moldes de um direito subjetivo, a ser tutelado conforme as conveniências individuais, nem da privacidade como uma “predileção” individual, associada basicamente ao conforto e comodidade. A própria visão da privacidade como algo de que um cidadão respeitável poderia tranquilamente abrir mão (ou que ao menos se esperasse isto de um cidadão honesto e de bons costumes), a presumida “transparência de quem não tem nada a temer”, deixa de fazer sentido dada a crescente complexidade da matéria. Uma esfera privada, na qual a pessoa tenha condições de desenvolvimento da própria personalidade, livre de ingerências externas, ganha hoje ainda mais em importância; passa a ser pressuposto para que não seja submetida a formas de controle social que, em última análise, anulariam sua individualidade, cerceariam sua autonomia privada (para tocar em um conceito caro ao direito privado) e, em última análise, inviabilizariam o livre desenvolvimento de sua personalidade.

Nesse contexto, é inegável que o direito à privacidade não se esgota em seu *status* negativo, de obstar intromissões indevidas, do Estado ou de terceiros, naquilo que o indivíduo reputa conveniente manter em sua esfera íntima, pois ostenta também um *status* positivo,

que na leitura de Cunha e Cruz (2015, p. 68), compreende a faculdade de decidir sobre a revelação ou não de informações que lhe dizem respeito, o que caracteriza a *autodeterminação informativa*. Ante sua irrefutável respeitabilidade, cabe no particular também a citação direta da opinião de Pérez-Luño (1986, p. 359):

Em suma, se trata de insistir, como corolário de lo hasta aqui apontado, que en nuestra época resulta insuficiente concebir la intimidad como un derecho (status negativo) de defensa frente a cualquier intromisión de la esfera privada, sin contemplarla, al propio tiempo, como un derecho activo de control (status positivo) sobre el flujo de informaciones que conciernen a cada sujeto. De ahí que la estrecha conexión que liga el derecho a la autodeterminación informativa con el derecho a la intimidad no tiene por qué traducirse en una concepción individualista de ésta, en la medida en que la propia intimidad ha dejado de ser un privilegio del hombre aislado para devenir em un valor constitucional de la vida comunitaria.

Quer nos crer que essa concepção do direito à privacidade, contemporânea à sociedade da informação, induz à conclusão de que os dados atinentes à remuneração de servidor público são estritamente vinculados à sua esfera íntima e portanto acobertados pela proteção oferecida pelo direito fundamental. Cabe a ele, e estritamente a ele, decidir se e em que condições esses dados devem ser compartilhados com terceiros, já que representam a devida contrapartida pelos serviços pessoais prestados ao órgão público e à sociedade.

Nessa perspectiva, contrariamente ao respeitável entendimento do Ministro Ayres Brito no voto que foi paradigma para o entendimento do STF sobre a matéria, não há como se sustentar que esse direito fundamental não existe ou é apenas aparente no caso de o indivíduo exercer cargo público. Ora, a investidura em cargo público, intrinsecamente considerada, a ninguém suprime ou restringe direitos fundamentais, de forma genérica

e abstrata, sem verificação de eventual colisão com outros direitos fundamentais ou bens constitucionalmente assegurados. Dizer o contrário é negar aos servidores públicos, sem qualquer apoio dogmático ou normativo-constitucional, aquela que é uma das funções essenciais dos direitos fundamentais, que é a proteção contra intervenções indevidas do Estado ou de particulares.

Sem prejuízo, esse direito fundamental do servidor público de manter sigilo sobre seus dados remuneratórios não é um direito absoluto, sua amplitude deve ser delimitada no caso de conflitos normativos, nos termos em que preconiza a teoria dos princípios. Esse é o debate que proporemos no próximo tópico. O que não se nos afigura correto é reputá-lo inexistente ou compreender que alguém, a partir do momento em que nomeado para cargo público, é alijado da proteção outorgada pela Constituição Federal a todos, indistintamente, no que concerne a dados atinentes à sua privacidade.

4 O conflito normativo entre o direito fundamental à privacidade e publicidade administrativa/direito fundamental a obter informações de órgãos públicos

Ante o que foi até aqui anotado, temos que a divulgação nominal dos vencimentos de servidor público caracteriza afetação de seu direito fundamental à privacidade, o que impunha ao Supremo Tribunal Federal examinar o conflito normativo com a publicidade administrativa – bem constitucionalmente protegido – e o direito fundamental a obter de órgãos públicos informações de interesse particular ou coletivo, os quais orientaram a decisão proferida no RE n. 652.777.

O direito fundamental à privacidade, sob a ótica da teoria dos princípios de Robert Alexy, possui a natureza de norma-princípio, é típico mandamento de otimização, a ser cumprido na maior extensão

possível diante das condições fáticas e jurídicas. A publicidade administrativa, de igual modo, possui essa natureza de mandamento de otimização, ao passo que o direito fundamental elencado no inciso XXXIII do art. 5º é norma-regra, tem o caráter de mandamento definitivo na medida em que assegura direitos e impõe deveres e assim deve ser aplicado em sua totalidade, uma vez nela cabível a subsunção do fato.

Tem-se então a existência de dois conflitos normativos, a saber: o primeiro, entre o direito fundamental à privacidade e a publicidade administrativa, o qual constitui uma colisão entre princípios; o segundo, entre o direito fundamental à privacidade e o direito fundamental a obter de órgãos públicos informações de interesse particular ou coletivo, o qual caracteriza um conflito entre princípio e regra.

Conforme já exposto, a solução preconizada por Alexy para solucionar conflitos entre princípio e regra é realizar o sopesamento entre o princípio em colisão e o princípio no qual se inspira a regra. No caso do artigo 5.º, inciso XXXIII, parece não haver dificuldade em se concluir que se trata de regra que tem base na própria publicidade administrativa, de sorte que, ao fim e ao cabo, o conflito normativo existente (e não aparente) no caso enfocado se refere à colisão entre o direito fundamental do servidor à privacidade e a publicidade administrativa.

Cumprido agora então voltar ao método proposto pela teoria dos princípios para resolver essa colisão, isto é, a máxima da proporcionalidade, e suas três máximas parciais, a recordar, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Para uma correta aplicação dessa metodologia, é importante observar a existência de uma relação de subsidiariedade, conforme orienta Silva (2002, p. 34), isto é, deve-se inicialmente examinar a adequação, para, na sequência, perquirir-se a necessidade e só ao

final proceder-se à análise da proporcionalidade em sentido estrito. Ao tratar da primeira máxima parcial – a adequação -, explica que no Brasil é difundida a ideia de que o meio é “adequado” quando apto a “alcançar” o fim pretendido. Porém, objeta que para o Tribunal Constitucional Alemão, a análise mais correta é “fomentar”, de modo que uma medida somente pode ser considerada inadequada quando sua utilização não contribuir para fomentar o objetivo pretendido (SILVA, 2002, p. 36).

Nesse enfoque, cabe admitir que a divulgação nominal dos vencimentos do servidor público é um meio idôneo, senão a alcançar, pelo menos a fomentar a publicidade administrativa, que é o fim pretendido. Atende, portanto, ao requisito da adequação, primeiro passo no procedimento racional metodológico de aplicação da máxima da proporcionalidade.

A propósito da submáxima da “necessidade”, Steinmetz (2010, p. 40) orienta que “ordena que se examine se, entre os meios de restrição disponíveis e igualmente eficazes para atingir o fim pretendido, o escolhido é o menos restritivo – isto é, menos prejudicial ou gravoso – ao(s) direito(s) fundamental(is) em questão.”

Nesse particular, importa sublinhar que o Ministro Gilmar Mendes, ao analisar em julgamento monocrático o pedido liminar de suspensão da segurança na SS n. 3.902/SP, conquanto o tenha deferido por entender que a proibição da divulgação implicaria “grave lesão à ordem pública”, deixara consignado que “a Administração poderá sempre buscar soluções alternativas ou intermediárias”, para depois sugerir que, “uma solução hipoteticamente viável para a finalidade almejada seria a substituição do nome do servidor por sua matrícula funcional.” Nota-se que foi cogitada pelo próprio STF uma solução que inegavelmente afetaria em menor grau o direito fundamental à privacidade do servidor público, sem com isso deixar de promover

a publicidade administrativa. Infelizmente, essa alternativa não foi trazida à baila no julgamento de mérito pelo plenário da SS n. 3.902/SP, tampouco do RE n. 652.777.

Defronte a essa possibilidade, é evidente que a divulgação nominal dos vencimentos é uma medida demasiado invasiva ao direito fundamental à privacidade e que se afigura nitidamente desnecessária, pois existente meio menos restritivo, qual seja, a divulgação não nominal, vinculada à matrícula funcional.

Não pode haver receio em se afirmar que a divulgação não nominal não frustraria, em absoluto, o escopo de ensejar a transparência e o controle social dos gastos da Administração Pública, pois o montante despendido pelo erário com funcionalismo seria discriminado individualizadamente. Constatado dispêndio superior à previsão legal, que extrapolasse o teto constitucional ou aparentemente não justificado, qualquer cidadão poderia acionar os órgãos de fiscalização para uma devida análise, sejam órgãos internos ou externos, como os Tribunais de Contas e o Ministério Público.

Com isso já se constata que a medida legitimada pelo STF não passa no teste de necessidade proposto pela teoria dos princípios e sua máxima da proporcionalidade, o que tornaria desnecessário examinar sua proporcionalidade em sentido estrito, haja vista a relação de subsidiariedade já apontada. Não obstante, ainda que se reputasse a divulgação nominal uma medida necessária para a publicidade administrativa, não substituível por outra de menor grau de intervenção no direito fundamental à privacidade, ela não passaria na terceira etapa do exame da proporcionalidade, que é a aplicação da proporcionalidade em sentido estrito ou "mandamento da ponderação".

Aqui incide a "lei da ponderação" de Alexy (2012, p. 169), segundo a qual "quanto maior é o grau da não satisfação ou de

afetação de um princípio, tanto maior deve ser a importância do outro." Steinmetz (2010, p. 42) ressalta que sua aplicação passa por três etapas, a saber: mensuração do grau de não-satisfação de um princípio; avaliação da importância (peso) da realização do princípio oposto; demonstração de que o peso do princípio oposto justifica a não-realização do princípio restringido. Em auxílio ao entendimento dessa operação racional, Silva (2002, p. 41) acrescenta que a reprovação no teste da proporcionalidade em sentido estrito não depende de que a medida anule totalmente ou viole o núcleo essencial do direito fundamental. Segundo ele, "basta que os motivos que fundamentam a adoção da medida não tenham peso suficiente para justificar a restrição ao direito fundamental atingido. [...] Se a importância da realização do direito fundamental, no qual a limitação se baseia, não for suficiente para justificá-la, ela será desproporcional." (SILVA, 2002, p. 41).

Nessa linha de raciocínio, é inexorável que a divulgação nominal dos vencimentos do servidor, ainda que não represente uma violação ampla e intensa do direito fundamental à privacidade, não encontra justificativa suficiente na publicidade administrativa. Não há olvidar a importância e imprescindibilidade deste bem jurídico num Estado republicano, o que impõe permitir à sociedade um amplo controle da arrecadação e dos gastos públicos. Para tal finalidade, contudo, não se torna imperativo divulgar nominalmente os ganhos de cada servidor, pois se pode atingir o escopo descrito sem sacrificar a privacidade do servidor, por meio de medidas alternativas, conforme abordado acima. O direito fundamental do servidor à privacidade também tem um peso considerável e que deve ser compatibilizado com os demais valores republicanos. Não há justificativa dogmática para não se prestigiá-lo na maior extensão possível.

Convém recordar ainda que a restrição a direitos fundamentais por meio da proporcionalidade não é algo de aplicação exclusiva pelo Poder Judiciário. O Poder Legislativo, na sua função típica, também o utiliza quando regulamenta a Constituição, definindo por meio de regras a extensão da intervenção em determinados direitos fundamentais. Ao editar a Lei n. 12.527/2001, cognominada "Lei de Acesso à Informação", com o propósito declarado de regulamentar o inciso XXXIII do artigo 5.º da CRFB, o legislador impôs aos órgãos públicos a obrigação de "assegurar a proteção da informação pessoal", além de estabelecer que "O tratamento das informações pessoais deve ser feito de forma transparente e com respeito à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, bem como às liberdades e garantias individuais." (art. 31). Outrossim, em nenhuma das regras estatuídas no referido diploma consta a necessidade de divulgação nominal da remuneração dos servidores, conforme o próprio Ministro Teori Zavascki reconheceu no voto proferido no RE 652.777. Tampouco no Decreto n. 7.724/2012, que regulamentou a lei no âmbito do Executivo federal, consta essa previsão, mas sim a divulgação "individualizada", que não se confunde com "nominal" (art. 7.º, § 3.º, VI). A própria Constituição Federal, em seu artigo 39, § 6.º, fixou a necessidade de divulgação anual dos subsídios e remuneração dos cargos e empregos públicos, sem previsão de indicação nominal de beneficiários.

A proteção à privacidade do servidor público contra tamanha exposição é necessária, não se trata de tentativa de ocultar vantagens indevidas ou frustrar o controle social da Administração. Não se pode olvidar que a medida legitimada pelo STF enseja a exposição não só de agentes políticos ou servidores de alto escalão, amparados em forte segurança institucional e que muitas vezes sequer dependem do subsídio ou vencimentos. Prejudica servidores de todos os rincões do país, que podem estar à mercê da bisbilhotice alheia, exercida muitas

vezes à margem de qualquer finalidade republicana, ou de investidas de órgãos de imprensa, motivadas por propósitos inconfessáveis, como tentar criar fatos ou jogar a opinião pública contra agentes políticos ou servidores cuja atuação esteja prejudicando setores ou interesses. Pois, como adverte Llosa (2013, p. 49) na obra “A civilização do espetáculo”:

[...] não existe forma mais eficaz de entreter e divertir do que alimentar as paixões baixas do comum dos mortais. Entre estas ocupa lugar de destaque a revelação da intimidade do próximo, sobretudo se figura pública, conhecida e prestigiada. Este é um esporte que o jornalismo de nossos dias pratica sem escrúpulos, amparado no direito à liberdade de informação. Embora existam leis a respeito e algumas vezes – raras – haja processos e sentenças judiciais que penalizam os excessos, trata-se de um costume cada vez mais generalizado, que conseguiu, de fato, fazer que em nossa época a privacidade desaparecesse, que nenhum recôndito da vida de quem quer que ocupe a cena pública esteja livre de ser averiguado, revelado e explorado com o fim de saciar a fome voraz de entretenimento e diversão que jornais, revistas e noticiários são obrigados a levar em conta se quiserem sobreviver e não ser alijados do mercado.

Contra esses argumentos, poder-se-ia objetar que Robert Alexy reconhece certa primazia às regras em detrimento a alternativas baseadas em princípios, como conseqüência da vinculação ao princípio da vinculação à Constituição.³

Porém, o próprio Alexy (2012, p. 141) pontua que essa relação de primazia não é absoluta e deve ocorrer “a não ser que as razões para outras determinações que não aquelas definidas no nível das regras

³ É o que apregoa ao tratar do modelo de regras e princípios: “Isso traz à tona a questão da hierarquia entre os dois níveis. A resposta a essa pergunta pode sustentar que, do ponto de vista da vinculação à Constituição, há uma primazia do nível das regras. Ainda que o nível dos princípios também seja o resultado de um ato de positivação, ou seja, de uma decisão, a decisão a favor de princípios passíveis de entrar em colisão

sejam tão fortes que também o princípio da vinculação ao teor literal da Constituição possa ser afastado." Ora, em face do estágio atual de ameaça de violação ao direito fundamental à privacidade, decorrente da multiplicidade de potenciais tratamentos nocivos aos dados submetidos à exposição pública, quer nos crer que não pode ele sucumbir sem qualquer exercício de sopesamento ante a regra estatuída no art. 5º, inciso XXXIII, da Constituição Federal, a corroborar a necessidade da resolução do conflito normativo pela forma antes sugerida.

À luz desses fundamentos, parece-nos equivocada a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no RE 652.777, restando a possibilidade de que o Congresso Nacional, por meio de intervenção legislativa, restabeleça a proteção ao direito fundamental do servidor público à privacidade, o qual é também consagrado no artigo 12 da Declaração Universal dos Direitos Humanos da UNESCO, que prevê que "Ninguém será sujeito a interferências em sua vida privada, em sua família, em seu lar ou em sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Todo ser humano tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques."

4 Considerações finais

Com base nessa análise crítica dos fundamentos que constituíram a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE n. 652.777/SP, conclui-se que foi indevidamente afastada a incidência do direito fundamental à privacidade, o qual, em sua moderna concepção, especialmente na faceta relacionada à autodeterminação informativa, inexoravelmente protege o

deixa muitas questões em aberto, pois um grupo de princípios pode acomodar as mais variadas decisões sobre relações de preferência e é, por isso, compatível com regras bastante distintas. Assim, quando se fixam determinações no nível das regras, é possível afirmar que se decidiu mais que a decisão a favor de certos princípios (ALEXY, 2012, p. 140).

cidadão contra a divulgação não autorizada de dados pessoais, no que logicamente se incluem os dados atinentes à remuneração pelo exercício de cargo ou emprego público.

Caso tivesse sido reconhecida a incidência do direito fundamental à privacidade do servidor público, instalar-se-ia um conflito normativo entre ele e os preceitos constitucionais que orientaram a decisão, a reclamar uma solução que, para a dogmática constitucional, deve ser aquela que prestigia na maior extensão possível ambos os valores em contraposição. Mediante a aplicação da teoria dos princípios de Robert Alexy e sua máxima da proporcionalidade, interpretar-se-ia que a divulgação nominal dos vencimentos de servidor público na rede mundial de computadores, apesar de ser uma medida adequada a fomentar a publicidade administrativa, não se afiguraria necessária, dado que existentes alternativas que afetariam em menor grau o direito fundamental de igual peso, da privacidade do servidor público. Ademais, constatar-se-ia a desproporcionalidade em sentido estrito dessa medida, pois os motivos que a impulsionam não justificariam a acentuada restrição no direito fundamental colidente.

Referências

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

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>. Acesso em: 05 jan. 2018.

BRASIL. Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, 19 nov. 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm>. Acesso em: 05 jan. 2018.

CUNHA E CRUZ, Marco Aurélio da. *A configuração constitucional do direito à própria imagem*. Joaçaba: Editora Unoesc, 2015.

DANTAS, Rafael Levino; DANTAS, Diogo Caldas Leonardo. Teoria dos princípios e ponderação em Robert Alexy: posicionamentos na doutrina brasileira. *Direito Público*, Porto Alegre, v. 9, n. 51, p. 108-130, jun. 2013.

DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

LLOSA, Mario Vargas. *A civilização do espetáculo: uma radiografia do nosso tempo e da nossa cultura*. 1. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2013.

MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enríque. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. 10 ed. Madrid: Tecnos, 1986.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2017.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 798, p. 23-50, abr. 2002.

STEINMETZ, Wilson. Princípio da proporcionalidade e atos de autonomia privada restritivos de direitos fundamentais. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação Constitucional*. 1. ed. 3. tir. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Recurso Extraordinário com Agravo n. 652.777*. Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, DF, 23 abr. 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=652777&classe=ARE&codigoClasse=0&origem=-JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 05 jan. 2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Segundo Ag. Reg. na Suspensão de Segurança n. 3.902*. Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, DF, 09 jun. 2011. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=3902&classe=S-S-AgR-segundo&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 05 jan. 2018.

Dimensão objetiva dos direitos fundamentais: uma nova perspectiva à liberdade de imprensa

João Paulo Finn¹

1 Introdução

Por meio deste trabalho, objetiva-se examinar a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, assim como os seus efeitos decorrentes mais importantes, mormente a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais e forma de proteção que estes passaram a ter quando em conflito com a liberdade de imprensa.

Um extenso rol de direitos fundamentais está expresso na Constituição Federal de 1988, mas esta não se limita ao artigo 5º, por exemplo, os direitos fundamentais relativos ao contribuinte.

E estes direitos fundamentais precisam ser compreendidos como uma estrutura de valores que consolidam direitos coletivos e individuais em hierarquia constitucional, modulando a ação do Estado em suas áreas de atuação, não se limitando a mandados negativos à ingerência na autonomia dos cidadãos, mas também como direitos positivos e direitos de participação dos indivíduos no direcionamento político estatal.

Ocorre que, diante da evolução das relações entre particulares, com o progresso sociocultural, na atualidade, a transgressão de direitos fundamentais pode ocorrer de maneira muito mais profunda e corriqueira por poderes econômicos e sociais privados,

¹ Especialista em Registros Públicos pela Universidade Anhanguera; mestrando em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina.

o que nos leva a reformular as teorias clássicas que determinam o papel de sujeito passivo apenas ao Estado diante destes direitos.

Não é diferente o que ocorre com a imprensa hoje, a qual está quase integralmente em mãos de grandes organizações, representando interesses ideológicos, empresariais ou institucionais e se transfigura num poder social de tamanho comparável ao poder estatal. Um poder que pode afetar direitos fundamentais dos particulares, corriqueiramente os de imagem, honra e intimidade.

Desta forma, é compreensível que o exercício desse “poder”, por vezes, acabe ocorrendo abusivamente de forma a violar direitos da personalidade causando danos de difícil reparação total.

Assim, considerando a força normativa da constituição, incluindo os próprios direitos fundamentais, as determinações destes se irradiam pelo sistema jurídico como um todo e compulsam ao Estado deveres de omissão e de ação. Os direitos fundamentais, outrossim, vinculam os particulares direta ou indiretamente, por intermédio ou não de legislação infraconstitucional. Neste sentido é que veremos de maneira sucinta algumas das teorias aplicáveis e observaremos seus efeitos na nova roupagem dada à liberdade de imprensa, após a ADPF 130.

Assevera-se que, em razão da extensão de tema e dos limites determinados para este artigo, buscou-se demonstrar apenas superficialmente cada um dos pressupostos, teorias e efeitos da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, assim como o histórico da Lei de Imprensa ou da ADPF 130. Também não trataremos da assertividade da decisão do STF na ADPF 130, tampouco nos debruçaremos aos mínimos detalhes de casos concretos específicos.

Outra importante observação é que neste trabalho o termo “liberdade de expressão” é tratado em sentido amplo, envolvendo

a liberdade de imprensa, o direito a informação e a liberdade de expressão em sentido estrito.

Quanto à metodologia, o método científico utilizado é preponderantemente o Dedutivo, sugerindo uma análise de problemas do geral para o particular, através de uma cadeia de raciocínio decrescente; a pesquisa tem natureza aplicada, procurando produzir conhecimentos para aplicação prática dirigidos à solução de problemas específicos; a abordagem é qualitativa, cujo ambiente natural é fonte direta para coleta de dados, interpretação de fenômenos e atribuição de significados; o procedimento técnico se deu por pesquisa bibliográfica, documental e jurisprudencial.

Os principais referenciais foram buscados nas obras de Wilson Antônio Steinmetz, Ingo Wolfgang Sarlet e Daniel Sarmento.

2 Pressupostos teóricos à dimensão objetiva dos direitos fundamentais

Nesta seção demonstraremos as bases teóricas para o surgimento da teoria da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, a qual se constitui por três pressupostos: a força normativa da constituição, os princípios constitucionais e o princípio da dignidade humana.

2.1 Força normativa da constituição

Com a evolução do Estado liberal para "social democrático", este passa a intervir mais diretamente sobre os interesses privados e as relações daí iminentes. A constituição passa a incidir sobre a ordem civil, propagando valores sobre os nichos sociais, econômicos e culturais.

Nos primórdios desta evolução, a Constituição não era tida como fonte normatizadora de condutas, mas sim como mera ordem programática com fins a serem atingidos, na maioria das vezes, sem qualquer eficácia social. Assim, antes de sua ascensão como norma hierarquicamente superior e conseqüente adoção do controle de constitucionalidade, era mera declaração de princípios a serem reforçados pela legislação.

Quadro que só começa a ser modificado com a gradativa admissão da força normativa da Constituição que passa a considerar o ordenamento como um todo, em que a Constituição representa o farol para o caminho que o legislador infraconstitucional deve seguir. Essa compreensão nos dá o suporte para o que Luiz Edson Fachin (2000) chama de “virada de Copérnico” no Direito Privado.

Concomitantemente à aceitação da força normativa da constituição nasce o Estado Social, e com seu advento as Constituições passam a sancionar direitos de segunda geração, e traçar desígnios a serem alcançados.

Ainda assim, inicialmente, a força normativa da Constituição era aceita apenas no que tange à sua aplicação na organização do Estado, assim os mandamentos sociais nela estabelecidos não alcançavam a eficácia pretendida pelo constituinte.

Não obstante, na medida em que se aceita a força normativa da Constituição de Konrad Hesse, a Constituição passa ser exercida em toda sua grandeza. Ministra o professor alemão, ao cuidar da “Constituição jurídica” e da “Constituição real”, que a força normativa da Constituição depende da “vontade de constituição” estabelecida no consciente geral da sociedade.

[...] a força vital e a eficácia da Constituição assentam-se na sua vinculação às forças espontâneas e às tendências dominantes do seu tempo, o que possibilita

o seu desenvolvimento e a sua ordenação objetiva. A Constituição converte-se, assim, na ordem geral objetiva do complexo de relações da vida. (HESSE, 1991).

A constituição passa então a regular relações que não apenas as verticais entre cidadão e estado, que se constitui no seu núcleo duro, mas também em se tratando de um Estado Social, passa a regular as relações entre os particulares.

Assim passa-se a considerar um enfoque unitário de ordenamento (SARLET, 2006), que impede o isolamento da constituição do resto do ordenamento, o que evita a concepção de um Direito Constitucional e Direito Privado de forma compartimentada e estanque. Isso não quer dizer que a Constituição deva regular detalhadamente todos os aspectos da vida em sociedade, mas que carrega uma série de princípios dotados de força de irradiação.

2.2 Os princípios constitucionais

Como dito, inicialmente não se atribuía à Constituição um caráter jurídico de normas, mas apenas de um arcabouço de princípios, preceitos morais e políticos.

Porém, o Direito Contemporâneo admite a força normativa dos princípios constitucionais, que conforme Bonavides (2001) é característica das Constituições promulgadas que denotam a hegemonia dos princípios, que são “convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais.”

Durante o século XX, os Estados Democráticos, passaram a abarcar em suas constituições diversos ramos do direito, incluindo o direito privado. O que não foi diferente no Brasil, que se passou a

considerar a pessoa humana como polo central das relações entre particulares.

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”.

Assim, após diferenciar regras de princípios de diversas formas, Robert Alexy 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. (ALEXY, 2015).

Em relação aos eventuais casos de colisões de princípios, Robert Alexy soluciona 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).

Alexy cita a generalidade, e vagueza, como características que permitem aos princípios amoldarem-se a diferentes situações, adaptando-se à evolução social. E são estas características dos princípios que permitem a constitucionalização do direito privado através da irradiação dos seus valores que permeiam todo o ordenamento jurídico e até permitem que novos valores sociais sejam acrescentados ao direito privado.

Neste sentido, Sarlet, citando Maria Celina Bodin De Moraes, assevera que não é suficiente a verificação dos princípios do direito privado no Texto Constitucional, sendo imprescindível considerar que, se as normas constitucionais são o topo do sistema jurídico, seus princípios são as normas diretivas para construção de todo ordenamento infraconstitucional.

Tal entendimento não se dá apenas pela configuração hierarquicamente superior da constituição, mas em reconhecendo os que valores expressos pelo constituinte devem permear o sistema jurídico como um todo único. Valores estes obtidos da noção de justiça, dos ideais e da cultura que organizam a sociedade.

2.3 O princípio da dignidade da pessoa humana

Dentro do mesmo contexto principiológico, o princípio da dignidade da pessoa humana, no qual se banham os direitos fundamentais, somente passou a ser positivado no século XX, principalmente após a segunda guerra mundial com o advento da Declaração Universal da ONU.

A dignidade humana é considerada pela Declaração Universal de 1948, como valor a ser difundido por todo universo dos

direitos. Considerado com um contra-ataque às consequências catastróficas decorrentes do nazismo e do fascismo.

Não diferentemente, na Constituição Brasileira, o princípio da dignidade da pessoa humana com especial consideração foi elevado à categoria de fundamento da república, sendo valor que se irradia em todos os atos da sociedade sejam públicos ou privados.

Assim toda ação do Estado e da Sociedade deve ter, dentre outros fins, a consagração do ser humano, servindo a dignidade da pessoa humana como guia para o direito público e privado, pois não pode ser outra a função do direito senão a promoção do bem comum. Nas palavras de Hesse (1998): "A promoção desse princípio se dá especialmente pelos direitos fundamentais, gerados para proteção de ramos da vida individual postos em perigo."

Não que se possa afirmar que os direitos fundamentais na sua totalidade estão erigidos sobre o princípio da dignidade humana, mas é cediço que negando os direitos fundamentais, de alguma forma estamos afrontando a dignidade humana.

Ingo Wolfgang Sarlet argumenta que a dignidade faz parte da própria natureza humana, portanto não pode ser determinada por uma norma. Defende que não é apenas um direito fundamental, mas um princípio de maior grau valorativo e hierárquico. Assim como princípio, considerado no sentido de mandado de otimização, devendo ser aplicado com maior grau de aproximação, resta demonstrado que o princípio da dignidade humana pode ser realizado em diversos graus.

E, especialmente no que diz respeito à possibilidade da vinculação dos particulares, Sarlet (2006) afirma que:

[...] também a ordem comunitária e, portanto, todas as entidades privadas e os particulares encontram-se diretamente vinculados pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Com efeito, por sua natureza igualitária e por exprimir a ideia de solidariedade entre os membros

da comunidade humana, o princípio da dignidade da pessoa vincula também no âmbito das relações entre os particulares. [...] tal constatação decorre do fato de que há muito já se percebeu – designadamente em face da opressão socioeconômica exercida pelos assim denominados poderes sociais – que o Estado nunca foi (e cada vez menos o é) o único e maior inimigo das liberdades e dos direitos fundamentais em geral.

Sarlet (2006) considera que, devido ponderação de valores nos conflitos entre princípios, a proteção à dignidade humana justifica a restrição de outros bens constitucionalmente protegidos.

Além desta função restritiva, pode-se visualizar como decorrência do princípio da dignidade humana, o princípio da proibição do retrocesso. Supressões ou restrições a prestações sociais determinadas pelo legislador poderão ser consideradas inconstitucionais por serem consideradas retrocesso "sempre que com isso restar afetado o núcleo essencial legislativamente concretizado dos direitos fundamentais, especialmente e acima de tudo nas hipóteses em que resultar uma afetação da dignidade da pessoa humana [...]" (SARLET, 2006).

Corroborando com o entendimento de Sarlet, professor José Carlos Vieira de Andrade, ao analisar a Constituição Portuguesa, concluiu que é o princípio da dignidade humana o nexa entre os direitos fundamentais nela contidos que a torna uma unidade (SARLET, 2006).

Vale dizer, que a respeito do princípio da dignidade humana, existem divergências valorativas, sendo que parte da doutrina aponta para o princípio como sendo absoluto impassível de ponderação. No entanto, outra parte da doutrina afirma a possibilidade da relativização do princípio quando houver conflitos de interesses de dois ou mais sujeitos decorrentes da dignidade humana, quando se utiliza

da ponderação de direitos fundamentais, mesmo se reconhecendo a existência de um núcleo essencial e inatingível (ALEXY, 2015).

Demonstrando algumas condutas em que estava à baila o princípio da dignidade humana, como no arremesso de anões, na autorização para cirurgia de redesignação sexual, Gustavo Tepedino (2004) conclui que a proteção do princípio da dignidade da pessoa humana não pode ser isolada na esfera do direito público, pois as pressões decorrentes principalmente da atividade econômica favorecem violações à dignidade humana, demandando um controle social alicerçado em valores constitucionais.

Tepedino, (2004), ressalta o caráter de princípio que a dignidade da pessoa humana obteve com a Constituição Federal de 1988, no art. 3º, III:

[...] a Constituição não teria um rol de princípios fundamentais não fosse para, no plano hermenêutico, condicionar e conformar todo o tecido normativo: tanto o corpo constitucional, no mesmo plano hierárquico, bem como o inteiro ordenamento infraconstitucional, com supremacia sobre todas as demais normas jurídicas. Pretendeu, portanto, o constituinte, com a fixação da cláusula geral acima aludida e mediante o estabelecimento de princípios fundamentais introdutórios, definir uma nova ordem pública, da qual não se podem excluir as relações jurídicas privadas, que eleva ao ápice do ordenamento a tutela da pessoa humana, funcionalizando a atividade econômica privada aos valores existenciais e sociais ali definidos.

Conforme Barcellos (2002), a dignidade da pessoa humana é considerada, o pressuposto filosófico de qualquer regime jurídico civilizado e das sociedades democráticas em geral, assim sendo o constituinte de 1988 fez uma clara opção pela dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado brasileiro e de sua atuação.

Ainda tratando da eficácia jurídica do princípio da dignidade da pessoa humana nas relações privadas, Barcellos trata dos obstáculos ao poder judiciário implementá-lo, consubstanciados principalmente no princípio da separação dos poderes. Assim o judiciário não poderia determinar ao poder público o cumprimento de prestações positivas, vez que seriam veredictos a serem tomados pela coletividade para que se aplicassem a todos. No entanto, Barcellos argumenta que a separação dos poderes nada mais é que instrumento de proteção à dignidade humana com finalidade de evitar abusos do poder público. Portanto, princípios passíveis de ponderação quando se propõe a dar eficácia ao princípio da dignidade humana.

3 A dimensão objetiva dos direitos fundamentais

Como visto nos capítulos anteriores, os direitos fundamentais, assim como o princípio da dignidade da pessoa humana visam informar todo o sistema jurídico, seja em razão da força normativa da constituição, da sua hierarquia ou rigidez, ou mesmo dos valores adotados pelo constituinte.

E é nesta ótica que os direitos fundamentais, forjados na constância do Estado Liberal como meio de limitação do poder estatal, passam a ser vistos sob uma nova dimensão: a dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

Neste sentido, Heck (1999), leciona que os requisitos necessários para uma vida em liberdade e dignidade devem ser mantidos pelos direitos fundamentais. A liberdade individual só existe no seio de uma comunidade livre. Estas são funções dos direitos fundamentais, pois garantem os direitos subjetivos do particular e objetivos da ordem constitucional estatal-jurídica e democrática

No que tange à origem histórica, a sentença prolatada no ano de 1958 pelo Tribunal Federal Constitucional Alemão no caso

Lüth é considerada como o ponto inicial a partir do qual surgiu a teoria da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, na qual ficou determinado que os direitos fundamentais “consustanciam afirmações valorativas de natureza jurídicoobjetiva da Constituição, com eficácia em todo o sistema jurídico e fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos.”

A seguir veremos algumas diferenças entre as dimensões subjetiva e objetiva com ênfase nesta e nos seus efeitos.

3.1 Dimensão subjetiva dos direitos fundamentais

A dimensão subjetiva dos direitos fundamentais equivale a sua concepção tradicional, que os considera apenas direitos subjetivos, fato que não os limita aos direitos de liberdade, vez que nesta ordem incluem-se também os direitos políticos e os direitos sociais.

Nesta esteira, Sarlet (2006), traduz que sob a perspectiva subjetiva, referimo-nos à possibilidade do titular exercer judicialmente seus poderes, liberdades como também direitos a ações positivas ou negativas garantidos pelas normas de direitos fundamentais. Desta forma, verifica-se que a ótica subjetiva de direitos fundamentais lhes atribui dentre outras características a de serem exequíveis judicialmente.

Direito subjetivo, considera-se a prerrogativa que uma pessoa tem de realizar efetivamente interesses que lhe são reconhecidos por uma norma (ANDRADE, 2002).

O conjunto de direitos subjetivos abrange garantias institucionais e direitos-garantias. Igualmente são incluídos os direitos coletivos, por serem de titularidade individual.

No que se aplica ao conjunto de direitos fundamentais, os direitos subjetivos destinam-se a proteção da dignidade humana individual. São direitos gerais, são direitos de igualdade

e inerentes a condição humana. São ainda caracterizados pela fundamentabilidade, ou seja, a relevância que tem o direito no resguardo da dignidade humana (ANDRADE, 2002).

A dimensão subjetiva dos direitos fundamentais consiste, primordialmente no direito de defesa dos indivíduos contra a atividade estatal capaz de violar o espaço de sua liberdade individual, corresponde a um status negativo.

3.2 Dimensão objetiva dos direitos fundamentais

Paralelamente à dimensão subjetiva, como demonstrado na introdução a este capítulo, a doutrina e a jurisprudência criaram a concepção de dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

Considera-se a compreensão de que se podem considerar os direitos fundamentais independentemente de uma ótica individualista trazida do direito civil contida numa noção de sujeitos de direitos. Além disso, trata-se de considerar que os direitos fundamentais sancionam os valores de maior importância de uma sociedade, são pilares da ordem jurídica, não se limitando a interesses individuais, mas ampliando-se de forma geral a comunidade como guia de toda atuação do Estado e da sociedade (SARMENTO, 2004).

Tavares (2006) afirma que esse caráter dúplice, de regra, não está expresso nos textos constitucionais, mas decorre da aplicação e da interpretação utilizada pelo operador do direito.

No que concerne à amplitude, para Andrade (2006), a dimensão subjetiva não é suficiente para explorar todas as repercussões jurídicas decorrentes do reconhecimento dos direitos fundamentais. Conceitua que os direitos fundamentais não subjetivos, como direitos de dimensão objetiva.

Conforme o mesmo autor, as garantias constitucionais, eficácia externa e dever de proteção, de organização e processo

são consequências dos direitos fundamentais objetivos. As garantias constitucionais consubstanciam-se nos deveres impostos ao estado em atender as necessidades da dignidade humana, sem que se transforme em relações de poder. Como exemplos, tem-se a responsabilidade civil do estado, garantia do direito a saúde, à educação.

O autor ainda demonstra que o âmbito do direito privado não pode ficar isolado dos efeitos dos direitos fundamentais, vez que devido sua fundamentabilidade, deve submeter todo o ordenamento. Igualmente, os efeitos dos direitos fundamentais alcançam a organização e execução das atividades públicas. Neste patamar, o autor afirma haver direitos fundamentais a um processo, um tramite, como o amplo acesso à justiça, os remédios constitucionais, que se destinam à realização de direitos fundamentais de dimensão subjetiva.

Neste contexto, o direito privado passa por um processo de socialização, sendo influenciado pelo valor da solidariedade, com ascendente preocupação com a parte hipossuficiente. Assim aumentam as mitigações à autonomia privada, sejam elas determinadas pela jurisprudência ou pela legislação. Alguns exemplos de tutelas de hipossuficientes resultantes deste processo são: a função social do contrato; a função social da propriedade; a boa-fé objetiva; a função social da empresa; o Código de Defesa do Consumidor; dentre outros.

Ao abordar o tema da constitucionalização do Direito Civil, que trata da eficácia dos direitos fundamentais nas relações interprivada, Fachin e Ruzyk (2006) asseveram que a tutela e a proteção e o desenvolvimento da dignidade humana, como fundamentos de todo sistema jurídico, devem atribuições de todos e não somente estatal.

Afirmam ainda que não há sentido em se sustentar a limites negativos ao estado em relação ao direito privado e ao mesmo tempo o uma invulnerabilidade deste em relação aos direitos fundamentais.

Nesta atual permeabilidade interdisciplinar entre público e privado não é aconselhável utilizarmos de um modelo de subsunção do fato a norma, pois há um risco de lesão a direitos fundamentais quando se utiliza de modelos positivados endurecidos. Assim se faz necessária sempre a análise do fato sob o controle do princípio da dignidade humana.

A dimensão objetiva expõe os direitos fundamentais como valores escolhidos pela sociedade como fundamento para todo o ordenamento, seja em relações públicas ou privadas.

E, é neste sentido que Hesse (1998) trata a dimensão objetiva como "elementos da ordem objetiva", que determinam 'status', limitam 'status' e asseguram 'status', e considera o particular como constituinte da coletividade. O autor usa a expressão "elementos" pois a expressão "valores", não conduziria a uma definição clarividente das normas de direitos fundamentais, acarretando uma excessiva valoração subjetiva pelo juiz, por fim causando perdas para a certeza jurídica.

Os direitos fundamentais, sendo valores eleitos pela sociedade como para orientação de todo o sistema jurídico, não podem ficar compartimentados somente à atuação estatal, devendo condicionar também a ordem jurídica privada.

Para tanto, Alexy (2015), extrai o caráter objetivos dos princípios quando abstrai destes o conteúdo, o titular e o destinatário dos direitos, o que chama de tríplice exclusão ou tríplice abstração. Desta forma, utilizando a liberdade de opinião como exemplo, Alexy (2015) estabelece que por meio desta tríplice abstração, o direito de frente ao Estado, determina que este:

Por meio dessa abstração tripla, o direito de a, em face do Estado, a que este não o embarace em sua manifestação do pensamento transforma-se em um simples dever-ser da liberdade de opinião. É de se supor que se queira fazer menção a esse tipo de princípios triplamente abstraídos

quando se fala em “decisões jurídico-constitucional fundamentais” de “normas axiológicas fundamentais”, de “decisões axiológicas” etc., ou simplesmente em “ideias mestras da Constituição alemã”, que se irradiam por todos os ramos do direito.

Diante do exposto, inferido das doutrinas acima mencionada, é de se afirmar que da dimensão objetiva dos direitos fundamentais decorrem três efeitos principais: a eficácia irradiante, o dever de proteção e a vinculação dos particulares. Nas palavras de Steinmetz (2004):

Com apoio na tese da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, fundamentam-se (i) o efeito de irradiação dos direitos fundamentais em todos os âmbitos do direito, (ii) os direitos fundamentais como direitos à proteção (deveres de proteção do Estado), e (iii) a eficácia de direitos fundamentais nas relações entre particulares.

Efeitos estes que serão analisados a seguir:

3.2.1 Efeitos da dimensão objetiva dos direitos fundamentais

Assim, com a afirmação da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, cabe-nos examinar os efeitos principais dela decorrentes.

Do ponto de vista histórico, conforme Steinmetz (2004):

Do ponto de vista da história da jurisprudência constitucional, a origem das construções dogmáticas do efeito de irradiação dos direitos fundamentais, dos direitos fundamentais como direitos à proteção e da vinculação dos particulares a direitos fundamentais é a mesma: a sentença do Tribunal Constitucional alemão no Caso Lüth (1958). Como já exposto (v. item 3.3, supra), nessa sentença, o Tribunal Constitucional alemão formulou a teoria da dupla dimensão dos direitos fundamentais: à clássica tese dos direitos fundamentais como direitos subjetivos

de liberdade adicionou a tese dos direitos fundamentais como um sistema de valores (ou uma ordem objetiva de valores) que deve reger todos os âmbitos do direito e do qual a legislação, a administração e a jurisdição recebem diretrizes e impulso.

Veremos sinteticamente cada um dos efeitos, com vistas à sua implicação sobre a noção de constituição como conjunto de valores, mormente a vinculação dos direitos fundamentais às relações entre particulares.

3.2.1.1 Eficácia irradiante dos direitos fundamentais

Segundo Steinmetz (2004), o efeito de irradiação dos direitos fundamentais apresenta duas particularidades. A primeira consistente no fato de que não se constitui em um novo âmbito do objetivo do Direito Constitucional, mas permite que cada ramo do Direito civil, penal, administrativo mantenha-se como tal, no entanto, moldados por ele. A segunda relativa ao fato de não expressar por si só seu alcance e extensão.

Assim, a irradiação da eficácia dos direitos fundamentais subordina a estes todo o sistema jurídico. Significa dizer que esta eficácia dos direitos fundamentais é a perfusão dos valores fundantes destes direitos sobre o ordenamento jurídico como um todo, moldando a interpretação de normas infraconstitucionais e determinando um viés para o juiz, administrador ou legislador (SARMENTO, 2004).

Importante ferramenta da irradiação dos efeitos dos direitos fundamentais é a interpretação conforme a Constituição, que se consubstancia tanto num método hermenêutico como num método de controle de constitucionalidade.

Esta eficácia também determina uma releitura de todo o direito positivado, harmonizando-o com os valores expressos pelos direitos fundamentais constitucionais.

Nesta toada, afirma Sarmiento (2004), que a eficácia irradiante dos direitos fundamentais revela-se sobremaneira na aplicação e interpretação de conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais consignados na legislação ordinária. Os maiores exemplos são os conceitos de boa-fé, interesse público, ordem pública, etc. que possibilita a ampliação dos efeitos dos direitos fundamentais para o campo das relações privadas.

Contudo, conforme Sarmiento (2004), o Supremo Tribunal Federal com uma postura criticável, afasta algumas hipóteses de aplicação da eficácia irradiante dos direitos fundamentais, constituídas na interpretação conforme os valores constitucionais de cláusulas gerais de direito infraconstitucional, como nos casos em que não se admite recurso extraordinário por violação indireta ao texto constitucional.

Deste modo, não se admite recurso extraordinário ainda que a lei recorrida atente contra os princípios constitucionais, em razão de não ter ocorrido violação direta ao texto constitucional, refutando o emprego da interpretação conforme a constituição.

3.2.1.2 Dever de proteção

A atual teoria dos direitos fundamentais afirma que não cabe ao Estado apenas omitir-se de violar esses direitos, mas também lhe é determinado que proteja seus titulares de violações por terceiros, seja um particular ou um Estado Estrangeiro.

Esta proteção se expande pelos mais diversos âmbitos, sejam públicos ou privados. Na concepção do Tribunal Constitucional alemão, os deveres de proteção podem ser convocados mesmo

quando a ameaça ao direito fundamental seja impessoal, ou seja, quando advém de fenômenos naturais ou de ameaças coletivas.

Nesta esteira, Gilmar Ferreira Mendes (1999) leciona que juntamente com a proteção contra atos do poder estatal, os direitos fundamentais consubstanciam-se em elemento da ordem objetiva da comunidade.

Já, Sarmiento (2004), considera imprescindível a aplicação da teoria ao nosso ordenamento, já que os direitos fundamentais não devem ser exclusivamente opostos ao Estado, obrigando a este demonstrar uma tutela positiva dos direitos fundamentais diante das violações e ameaças advindas de terceiros.

Steinmetz (2004) invoca uma concisa definição de Alexy:

[...] os direitos à proteção são direitos subjetivos constitucionais ante o Estado para que este realize ações positivas fáticas ou normativas que têm como objeto a delimitação das esferas de sujeitos jurídicos de igual hierarquia como assim também a oponibilidade e a imposição desta demarcação.

Quanto aos sujeitos, Steinmetz (2004), define que o Estado é o destinatário dos direitos fundamentais considerados direitos à proteção. Sendo assim, o que para o particular são direitos à proteção para o Estado são deveres de proteção.

Para concretizar esta proteção estão à disposição do estado meios normativos e fáticos para o cumprimento dos deveres de proteção. Estes meios podem se expressar por: normas de direito penal, de direito processual penal, de direito civil, de direito processual civil, de direito do trabalho, de direito administrativo, ações administrativas e atuações fáticas diversas (STEINMETZ, 2004).

Conforme Steinmetz, os fundamentos para o efeito de proteção decorrente dos direitos fundamentais são encontrados,

dentre outros, no inciso XLI, do artigo 5º da Constituição: “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”. Este determina ao legislador que atue na proteção dos direitos fundamentais contra ameaças praticadas pelos poderes públicos ou particulares.

É possível verificar que assim como a proteção do estado a direitos fundamentais, a vinculação dos particulares a direitos fundamentais também surte efeitos idênticos de defesa dos direitos fundamentais. No entanto, conforme Steinmetz (2004) a construção hermenêutica de cada uma das teorias é única, pois enquanto na primeira nem sempre existe colisão entre direitos fundamentais (quando o estado protege o direito à vida num crime de homicídio), na segunda sempre existirá colisão de direito fundamental de um particular contra o outro.

3.2.1.3 Vinculação dos particulares aos direitos fundamentais

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais, vista sob a ótica de um sistema de valores objetivos que se irradiam por todo o sistema jurídico permite a aplicação dos direitos fundamentais nas relações interprivadas, com o fim de impedir maculas aos direitos constitucionalmente protegidos.

No Brasil, o problema da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, se instaurou a partir dos trabalhos de Wilson Steinmetz e Daniel Sarmento:

Ambos os trabalhos que são objetos desta resenha têm como origem teses de doutorado, ambas defendidas em 2003. Daniel Sarmento defendeu seu doutorado na Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), sob orientação do Prof. Dr. Ricardo Lobo Torres, em junho de 2003. Já Wilson Steinmetz, orientado pelo Prof. Dr. Clèmerson

Merlin Clève, defendeu sua tese na Universidade Federal do Paraná (UFPR), meses antes, em fevereiro do mesmo ano.

[...]

Os trabalhos de Steinmetz e Sarmento devem ser encarados como referência pelo pioneirismo aliado à qualidade acadêmica. (SILVA, 2005).

São dois os pressupostos que fundamentam a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais: o primeiro relaciona-se ao fato de que manifestações de poder não são de exclusividade do Estado, revelando-se também nas relações entre particulares; e em segundo que a Constituição, pelos motivos já expostos, modula todos os âmbitos da vida em sociedade.

Para explicar a dimensão objetiva existem cinco grupos de teorias que abordaram a questão (SARMENTO, 2004).

a) Teoria negativista: esta teoria rejeita a possibilidade da aplicação dos efeitos dos direitos fundamentais às relações interprivadas. É a teoria aceita no direito estadunidense advinda da doutrina "*state action*", pela qual a aplicação dos direitos fundamentais somente pode acontecer quando em uma ação do estado.

b) Teoria da eficácia indireta mediata: também conhecida como teoria da eficácia indireta, é a atualmente a predomina na Alemanha (SARMENTO, 2004), pela qual se defende que os direitos fundamentais não devem ser aplicados diretamente como direitos subjetivos, pois senão fulminariam a autonomia privada. Neste caso são aplicáveis como valores que modulam a aplicação e interpretação do direito privado.

Assim, a incidência dos efeitos dos direitos fundamentais sobre relações entre particulares deve ser mediada pela atuação legislativa ou judicial.

c) Teoria da eficácia imediata: também conhecida como teoria da eficácia direta, esta teoria admite a aplicação imediata e direta de alguns direitos fundamentais às relações privadas, sem qualquer mediação pelo legislador, e como oponibilidade erga omnes.

Os adeptos desta teoria admitem a ponderação dos direitos fundamentais, já que podem ser aplicados diretamente e, conseqüentemente, ocorrem colisões ocorrem entre os próprios direitos fundamentais. Assim, alicerçando-se nos ensinamentos de Alexy, aos quais também se filia Wilson Steinmetz, com a finalidade de não fulminar a autonomia privada, como também outros direitos fundamentais, utiliza-se da técnica de ponderação de princípios.

d) Teoria que confina a eficácia dos direitos fundamentais entre particulares aos deveres de proteção pelo estado: por esta, os fundamentais direitos são apontados apenas para o Estado, ao qual, por meio de legislação caberia protegê-los nas relações interprivadas.

e) Teorias mistas, ou teorias alternativas: entre estas se encontram a teoria da "convergência estatista" que preconiza a questão como um falso problema; e a teoria de Robert Alexy, que pretende harmonizar as demais teorias.

Destas, merece destaque a postura de Robert Alexy (2015), que tenta harmonizar as teorias da eficácia imediata; da eficácia mediata, e dos deveres de proteção do Estado. Ele ressalta que cada uma das teorias seria aplicável a um determinado nível de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais.

Num primeiro patamar, a teoria dos efeitos mediatos, que determina ao Estado os deveres de legislar e julgar sob a ótica dos valores objetivos decorrentes da Constituição. Num segundo nível, a teoria dos deveres de proteção do Estado, pela qual ele próprio vilória os direitos fundamentais se não os protegesse. E, por fim, a teoria da eficácia imediata.

4 A liberdade de imprensa sob a ótica da dimensão objetiva dos direitos fundamentais

A Lei de imprensa foi publicada durante o regime militar com a finalidade de regular a liberdade de manifestação do pensamento e de informação. No entanto, o que se teve foi a institucionalização da censura com a finalidade de proibir manifestações contrárias ao governo. A lei proibia a publicação de matérias consideradas subversivas, preconceituosas de raça ou de classe, clandestinas ou atentatórias à moral e bons costumes, tudo mediante um controle a priori, segundo os conceitos governistas.

Conforme pedido entabulado na ADPF 130, de autoria do Partido Democrático Trabalhista, a lei significa uma afronta a diversos princípios constitucionais, motivo pelo qual requereu a declaração da não recepção da totalidade de seu texto. Assim, o STF, pela maioria de seus ministros, julgou a lei 5.250, como não recepcionada. O julgamento foi a conclusão de uma ponderação entre dois blocos de direitos, a liberdade de imprensa e o bloco de direitos à imagem, honra intimidade e vida privada. A conclusão é de que o bloco dos direitos da personalidade incidiria somente a posteriori sobre o bloco da liberdade de imprensa, caso se reconhecesse algum abuso no exercício deste direito.

A posteriori porque a censura consiste, de acordo com a lição de Jónatas Machado (2002), na restrição prévia à liberdade de expressão, não considerando apenas restrições administrativas, mas inclusive limitações previamente impostas pela própria constituição.

Desta forma admite-se uma posição preferencial reconhecida à liberdade de expressão quando em conflito com outros direitos fundamentais.

Na atualidade a liberdade de expressão em sentido amplo corresponde a um conjunto de direitos relativos à comunicação, como a liberdade de expressão em sentido estrito, a liberdade de imprensa e a liberdade de informação.

Silva (2007) compreende a liberdade de comunicação como os meios que possibilitam a articulação da criação, manifestação e difusão do pensamento, considerando o conteúdo dos incisos IV, V, IX, XII, e XIV do art. 5º assim como os arts. 220 a 224 da Constituição.

No entendimento de Alexy (2015), a liberdade de expressão deve ser a mais ampla possível, pois como outros direitos fundamentais é compreendida como princípio constitucional, e nesta condição, eventualmente colidem com outros princípios.

Assim, sendo parte de um conjunto de regras princípio, é essencial que se dê à liberdade de expressão uma interpretação sistemática para entendimento de sua amplitude.

4.1 Limites à liberdade de imprensa

Ainda que se considere a divulgação de fatos públicos e verdadeiros, sua publicação pela imprensa pode causar enormes danos à honra, à dignidade e à imagem, porém a regra é de que a liberdade de expressão deve prevalecer, tratando-se de uma presunção relativa em favor da liberdade de expressão que só será mitigada diante de um ônus probatório que demonstre séria afronta a outros direitos fundamentais.

Assim, no mesmo sentido em que os direitos fundamentais oferecem limitações ao poder do estado, considerando a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, também o fazem em relação à liberdade de imprensa. Desta forma, a liberdade de expressão e informação pode ser exercida nos limites impostos pela honra, dignidade e privacidade.

Como exposto alhures, os direitos fundamentais possuem um carácter subjetivo e objetivo, não sendo diferente com o direito de imprensa, que em seu aspecto subjetivo é um direito assegurado às pessoas e instituições que atuam na área, garantindo-lhes a liberdade contra o poder do estado lhes assegurando uma posição jurídica privilegiada.

Quanto a sua dimensão objetiva do direito de imprensa, esta determina que o Estado deve proteger a liberdade de imprensa em todos os momentos e lugares em que a validade de uma lei o emprego do poder recaia sobre o direito de imprensa. Tal carácter vem proteger também a liberdade de criação de instituições de imprensa assim como o livre exercício de profissão de imprensa, assim como a proteção destes e de suas fontes de informação.

Desta forma, em sua dimensão objetiva o direito de imprensa deve ser protegido pelo estado, assim como os demais direitos fundamentais em sua dimensão objetiva são protegidos pelo estado da própria imprensa. Assim, a dimensão objetiva, tanto protege quanto limita os direitos fundamentais nas relações particulares.

A constituição não é diferente, pois ao mesmo tempo em que garante a liberdade de imprensa, garante também a proteção em relação à própria imprensa. E essa proteção não decorre senão da dimensão objetiva dos direitos fundamentais que permeiam as relações sociais entre os particulares, pois delas também decorrem violações de direitos fundamentais. Daí decorre o dever de proteção em que o estado deve inserir-se nas relações particulares de forma a defender os direitos fundamentais que eventualmente venham a ser lesados.

Visto que os direitos fundamentais se processam também nas relações privadas, projetando-se numa perspectiva horizontal. Por essa razão a autonomia privada dos "sujeitos de imprensa" não

pode ser exercida com prejuízo aos direitos e às garantias das demais pessoas, pois a autonomia privada não confere o direito de transgredir as restrições estabelecidas pela constituição cuja força normativa também se aplica aos particulares.

4.2 Resolução de conflitos aparentes entre liberdade de imprensa e outros direitos fundamentais

Como visto, os princípios fundamentais atuam como limites à capacidade de autorregulação social ao passo que se deva dar eficácia aos direitos fundamentais frente aos poderes privados, o que se faz por um controle judicial dos atos privados que afrontam os direitos fundamentais.

A própria constituição anteviu no art. 220, que grandes são as possibilidades das colisões de direitos entre liberdade de imprensa e direitos da personalidade. Portanto, a não existência de limites infra-legais à liberdade de imprensa significa que suas limitações devem decorrer da própria constituição, pois a liberdade de imprensa como integrante do sistema de valores composto pela constituição esta subordinado ao princípio supremo da dignidade humana.

A ausência do regramento legislativo não faz com que os ataques exercidos por meio dos abusos da liberdade de imprensa aos direitos da personalidade escapem ao poder judiciário, pois o juiz não pode se afastar da lesão ou ameaça de lesão a direito. Desta forma, a ausência da norma infraconstitucional, em razão do princípio da inafastabilidade da jurisdição não deixara de ser julgado, pois o juiz ainda terá às suas mãos ferramentas suficientes para suprir tais lacunas, com base na razoabilidade, na proporcionalidade e igualdade, aplicando a constituição de forma direta ao caso concreto.

Foi com esse entendimento, demonstrado nos parágrafos anteriores, que a ADPF 130 foi julgada, demonstrando a adesão do

STF à teoria da aplicação imediata dos direitos em sede de eficácia horizontal.

A partir deste ponto, incumbe destacar que a suplantação das adversidades entre princípios constitucionais como o da liberdade de expressão e a preservação da honra, resulta do emprego pelo judiciário de mecanismos que lhe permitam avaliar sob uma perspectiva axiológica contextual qual dos princípios em conflito deverá preponderar, desde que essa ponderação não importe em esvaziamento do conteúdo dos direitos fundamentais.

Assim, quando a liberdade de imprensa vier a confrontar os direitos da personalidade, esses princípios devem ser conciliados. O interprete deverá encontrar um ponto de equilíbrio entre os princípios constitucionais em razão do princípio da unidade da constituição pelo qual não se admite uma norma constitucional em conflito com a própria constituição. E, o meio mais adequado pelo qual se chega a este ponto de equilíbrio é o princípio da proporcionalidade.

Nesse processo de solução de conflitos, o juiz, por meio de uma ponderação aplicada ao conflito de direitos individuais não deve considerar qualquer um deles como absoluto, mas sim buscar a aplicação concomitante de ambas as normas, já que, como princípios constitucionais, não podem ser fulminados, senão atenuados.

Nesse contexto, necessita-se de uma construção e compreensão razoável dos critérios de ponderação a serem considerados nos casos concretos. Assim, No caso de colisão entre a liberdade de expressão, os direitos da personalidade e a própria dignidade estabelecem importantes critérios de ponderação para os juízes na análise do caso concreto.

A veracidade do fato é critério que precisa ser considerado, porém ainda que verdadeiro, o discurso deve ser harmonizado com a proteção estabelecida aos direitos da personalidade. A licitude

do meio utilizado na obtenção da informação também é critério a ser considerado. Outro critério relaciona-se à menor intensidade da proteção quando se relaciona a personalidades públicas conscientemente expostas ao julgamento público. Assim como o tempo e o local do fato, o interesse público na informação. Estes, entre outros critérios forma um sistema de ponderação.

Após o julgamento da ADPF 130, o STF enfrentou questão parecida na ADI 4.815/DF, em que, mais uma vez, o bloco da liberdade de imprensa conflitava com o bloco dos direitos da personalidade (honra, imagem e intimidade). O autor requeria a interpretação conforme a Constituição dos artigos 20 e 21 do Código Civil, afim de que se permitisse a edição e publicação de biografias sem autorização do biografado ou de seus representantes legais. Assim como na ADPF 130, prevaleceu a liberdade de expressão tornando prescindível a dita permissão. A relatora considerou que a autorização seria espécie de censura privada e que eventuais danos deveriam ser reparados posteriormente.

Assim verificou-se a tendência de privilegiar a liberdade de expressão em todas as suas vertentes, no seu mais amplo sentido, de forma a prestigiar o direito de informação por parte de toda a sociedade e estabelecendo uma ordem de primária de preferencia em relação aos direitos da personalidade, de forma que somente tal ponderação permitiria os incisos IX e X do artigo 5º e aos artigos 220 a 223 coexistirem no ordenamento com os incisos IV, IX e X do artigo 5º da Constituição Federal de 1988. Desta forma, só secundariamente, o cidadão poderia exercer seu direito de ação contra eventual abuso.

5 Conclusões

Conforme apresentado busca-se uma maior desempenho eficaz da constituição no ordenamento jurídico por meio da

promoção dos direitos fundamentais como princípios essenciais, garantindo assim uma maior eficácia social da constituição.

Entre os princípios, o de maior valia à eficácia social da constituição em razão de sua amplitude é o princípio da dignidade humana, que condiciona todo o sistema normativo incluindo os direitos fundamentais constitucionais. Não que se possa afirmar que os direitos fundamentais em sua totalidade estão erigidos sobre o princípio da dignidade humana, mas é cediço que negando os direitos fundamentais, de alguma forma estamos afrontando a dignidade humana.

Neste mesmo sentido de busca pela eficácia das normas constitucionais, em razão de sua supremacia e fundando-se no princípio da dignidade humana passou-se a reconhecer duas dimensões decorrentes dos direitos fundamentais: Subjetiva e Objetiva. Assim o cidadão não só pode fazer valer o seu direito fundamental contra o estado como uma forma de limite (dimensão subjetiva), mas também pode exigir do estado a proteção adequada a violações de seus direitos fundamentais (dimensão objetiva).

Neste sentido, em análise à dimensão objetiva dos direitos fundamentais, assim como dos seus efeitos, buscou-se expor resumidamente cada um deles, assim como um rápido conceito de cada teoria relativa à vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. O que evidenciou não só a possibilidade como também a necessidade de se admitir aceitar a dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

E diante da exposição dos seus efeitos, assim como das teorias apresentadas para vinculação dos direitos fundamentais aos particulares, conclui-se que a teoria mais apta a ser adotada no Brasil é a teoria da eficácia imediata ou direta, sendo a mais compatível com a força normativa da constituição e com o texto do parágrafo 1º do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, que determina a

aplicação imediata dos direitos fundamentais. Também porque, com ela também se faz possível a ponderação dos direitos fundamentais em conflito para solução dos litígios sem que se fulmine os direitos. Além de se fazer compatível com a teoria da eficácia mediata e com a teoria dos deveres de proteção.

No que concerne à liberdade de imprensa, fora demonstrado que se constitui num direito fundamental. Entretanto as instituições e os meios de mídia são dominados por poucos agentes, constituindo-se num poder quase tão forte quanto o estatal. Poder que obteve maior crescimento após a declaração de não-recepção da lei de imprensa.

Em consequência desses novos limites e sob a perspectiva da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, a regulação da liberdade de imprensa passou a ser direta e imediatamente constitucional nas relações entre particulares.

Desta forma, as eventuais colisões entre a liberdade de imprensa e outros direitos fundamentais deverão ser solucionadas por meio de uma ponderação axiológica proporcional e razoável entre os direitos. No entanto, em relação aos conflitos entre direitos fundamentais que envolvem também a liberdade de expressão em sentido amplo há um diferencial a ser considerado nesta ponderação: a preferência pela manutenção da liberdade de expressão, dando-se espaço a eventual atenuação somente a *posteriori* e quando realmente se provar a lesão a outro direito fundamental.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros 2015.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2006.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

DA SILVA, Virgílio Afonso. Direitos Fundamentais e Relações entre Particulares. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 173-180, maio 2005. Disponível em: <<http://direitosp.fgv.br/publicacoes/revista/revista-direito-gv>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

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

FACHIN, Luiz Edson. *Virada de Copérnico: um convite à reflexão sobre o Direito Civil brasileiro contemporâneo*. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Repensando os Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FARIAS, Edilsom. *Liberdade de expressão e comunicação*. Teoria e proteção constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GONTIJO, André Pires. Contratos Bancários e Relação de Consumo: Análise Propedêutica da Eficácia Dos Direitos Fundamentais Nas Relações entre Particulares. *Brazilian Journal of International Law*, v. 4, n. 1, 2007.

HECK, Luís Afonso. Direitos fundamentais e sua Influência no Direito Civil. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Rio Grande do Sul, n. 16, p. 45, 1999.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1998.

MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos individuais e suas limitações: breves reflexões. In: MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. São Paulo: Celso Bastos Editora, 1999.

MIRANDA, Darcí. *Comentários à Lei de Imprensa*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *A Constituição Concretizada – Construindo Pontes para o Público e o Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

STEINMETZ, Wilson Antônio. *A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

O direito ao casamento na Lei n. 13.146/2015 como efetivação do direito à vida privada da pessoa com deficiência

Juliano Serpa¹

1 Introdução

Os direitos da personalidade mostram-se ser um grande avanço para a consideração do ser humano na sua totalidade.

Dignam-se a tutelar a pessoa natural na sua essência. Eles constituem os atributos do ser humano necessários para seu pleno desenvolvimento físico, moral e intelectual. Com efeito, estão relacionados aos direitos existenciais do ser humano, em contraposição aos direitos patrimoniais.

É certo que o exercício do direito de personalidade deve ser observado em função do requisito atinente à capacidade.

Durante muito tempo as pessoas com deficiência foram excluídas da fruição de alguns direitos, não podendo exercer, em sua plenitude, os direitos fundamentais e liberdades que lhe eram assegurados no texto constitucional.

A fim de amenizar essa situação deve ser incentivada a criação de medidas públicas que venham conferir uma maior acessibilidade às pessoas com deficiência. O acesso não deve se restringir tão somente a locomoção nas ruas, mas também deve garantir um emprego formal, possibilitar a constituição de família e, sobretudo, dar maior autonomia para que possam fazer suas próprias escolhas.

¹ Mestrando pelo Programa de Mestrado em Direitos Fundamentais da Universidade do Oeste de Santa Catarina.

É nesse cenário que foi promulgada a Lei nº 13.146/2015, conhecida como o “Estatuto da Pessoa com Deficiência”, que veio, acima de tudo, para priorizar as pessoas com deficiência como capazes, atribuindo-lhes plena capacidade, provocando inúmeras reflexões na legislação civil brasileira.

Entre vários comandos que representam notável avanço para a proteção da dignidade da pessoa com deficiência, a nova legislação revoga e altera alguns artigos do Código Civil, trazendo grandes mudanças estruturais e funcionais na antiga teoria das incapacidades, vindo a repercutir diretamente nos institutos do Direito de Família, em especial a possibilidade da pessoa com deficiência contrair matrimônio e constituir família.

O presente trabalho tem por objetivo, assim, apresentar as alterações introduzidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015) na Teoria das Incapacidades e, conseqüentemente, no gozo e exercício dos seus direitos de personalidade, promovendo os direitos humanos e propiciando a inclusão destas na sociedade. O objetivo desse estudo é analisar o exercício dos direitos da personalidade pelas pessoas com deficiência, a partir das alterações introduzidas no Código Civil pela Lei nº 13.146/2015, como forma de amparo da liberdade e valorização da autonomia privada, garantindo uma livre autodeterminação pessoal. A hipótese a ser desenvolvida é de que direito ao casamento na Lei nº 13.146/2015 conduz à efetivação do direito à vida privada da pessoa com deficiência.

Para tanto, este trabalho, elaborado a partir do método dedutivo, será dividido em três partes. Na primeira, buscar-se-á apresentar o conceitos e características dos direitos da personalidade.

Num segundo momento, serão demonstradas as alterações introduzidas pela Lei nº 13.146/2015 no Código Civil, os quais garantiram a todas as pessoas com deficiência o exercício de seus

direitos e liberdades fundamentais, a partir do reconhecimento de sua capacidade plena.

Por fim, será enfatizado que as modificações introduzidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência influenciaram diretamente no seu livre exercício ao casamento, que consiste em uma ramificação do direito à intimidade e vida privada, fazendo com que este grupo de pessoas passe a viver com dignidade.

2 Os direitos da personalidade

O estudo da evolução teórica e prática dos Direitos de Personalidade mostra-se útil na medida em que se discute a correta aplicação das atuais teorias sobre o tema. A doutrina especializada sobre o assunto destaca que este instituto jurídico é relativamente novo no curso histórico do Direito, porém há registros de que as sociedades antigas já dispunham de mecanismos de proteção da personalidade.

Para Bittar (1989, p. 18), a teoria dos "Direitos de Personalidade" é de construção recente e, por isso, se busca superar divergências e dificuldades na caracterização desses direitos, tendo em vista seu grau de generalidade, sendo que a indeterminação de sua extensão tem prejudicado sua positivação.

Contudo, apesar de alguns doutrinadores afirmarem que sua construção teórica é recente, sua tutela, porém, remonta à antiguidade. A tutela da personalidade humana já existia na Grécia antiga, através da *hubris*, e no Império Romano, por meio da *iniura* (SZANIAWSKI, 2005, p. 23).

Mais adiante, na Idade Média, a tutela dos direitos da personalidade pouco se desenvolveu, porém foi nessa época que foram lançadas as bases para concretização teórica da dignidade da pessoa humana, que veio, mais tarde, a se tornar a espinha dorsal dos direitos da personalidade (SZANIAWSKI, 2005, p. 34-37).

Contudo, os direitos da personalidade somente receberam inicial positivação na Declaração norte-americana, que refletia a tradição das antigas colônias formadas por cidadãos ingleses, de liberdade de consciência frente ao Estado por sofrerem perseguição religiosa em sua terra, bem como o liberalismo acentuado do povo inglês demonstrados no *Bill of Rights* de 1689, que continha restrições à Coroa e reforço ao Parlamento (BITAR, 1989, p. 19).

Segundo lição de Szaniawski (2005, p. 39), os primeiros conceitos de direitos da personalidade atual foram desenvolvidos já no século XVI, por Hugo Donello. Todavia, foi a Doutrina do Direito Natural, nos séculos XVII e XVIII, que desenvolveu o conceito de tutela dos direitos individuais e a noção de dignidade da pessoa humana, culminando na moderna doutrina do direito geral de personalidade em meados do século XX.

Mas foi na Declaração do Bom Povo de Virgínia, de 1789, onde surgiram as primeiras positivacões dos direitos de personalidade, prevendo que os homens são livres e independentes por natureza, com garantia a vida, a liberdade própria, em busca de felicidade e segurança (BITAR, 1989, p. 20).

Até o século XX, por influência do positivismo, os direitos da personalidade passaram de cláusula geral de proteção para vários tipos fragmentados positivados no ordenamento jurídico, vindo a se desenvolverem de forma autônoma apenas no curso do século XX, em face das atrocidades vividas pela humanidade nas duas grandes guerras (CANTALI, 2009, p. 53).

Com a inserção do valor da dignidade humana nas Constituições do século XX, das quais se pode extrair a cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, aponta-se para o efetivo reconhecimento da tutela geral da personalidade.

Assim, o marco da consagração dos direitos da personalidade é a modificação que se operou nos sistemas jurídicos do pós-guerra do século XX, a partir da efetivação da dignidade da pessoa humana como valor fundante dos Estados democráticos. Para Szaniawski (2005, p. 126), “a preocupação em valorizar o sujeito como ser humano e salvaguardar a sua dignidade, colocando o indivíduo como centro, como principal destinatário da ordem jurídica, tem sido denominada de *repersonalização do direito*.”

Após apresentação, ainda que de forma sintética, de um histórico da tutela da personalidade, mostra-se salutar traçar uma definição do que é personalidade, já que os Direitos da Personalidade são aqueles que têm um vínculo fundamental e estrito à personalidade humana e seu pleno desenvolvimento.

A personalidade, tanto para o direito pátrio quanto para o direito estrangeiro, figurou por vários anos como mero atributo jurídico e, nesse aspecto, tem como definição a capacidade da pessoa ser sujeito de direitos e deveres na ordem civil, ou seja, aptidão de “desempenhar papéis” no cenário jurídico (LOTUFO, 2002, p. 80).

Porém, a definição de personalidade sob esse aspecto é meramente formal, não dotando o homem de qualquer conteúdo substancial, colocando-o apenas como mero sujeito de relações jurídicas (BORGES, 2007, p. 10).

A personalidade sobre o aspecto meramente formal, na visão de Renal Latufo (2002, p. 9-10), desconsidera o mandamento constitucional de prezar pela pessoa humana como fundamento da ordem jurídica, uma vez que pessoa e ser humano nem sempre são sinônimos na ordem civil.

Desta forma, a personalidade, na atualidade, pode ser resumida “no conjunto de caracteres do próprio indivíduo: consiste na parte intrínseca da pessoa humana. Trata-se de um bem, no sentido

jurídico, sendo o primeiro bem pertencente à pessoa, sua primeira utilidade." (SZANIAWSKI, 2005, p. 70). Para De Cupis (1961, p. 15), "a personalidade seria uma ossatura destinada a ser revestida de direitos, assim como os direitos seriam destinados a revestir a ossatura."

Na definição de Iglesias (2002, p. 1),

A personalidade é um complexo de características interiores com o qual o indivíduo pode manifestar-se perante a coletividade e o meio que o cerca, revelando seus atributos materiais e morais. Com efeito, no sentido jurídico, a personalidade é um bem, aliás, o primeiro pertencente à pessoa. Entendida como bem, a personalidade subdivide-se em categorias imateriais de bens: a vida, a liberdade, a honra, a intimidade, entre outros. Em torno destes gravitam todos os bens materiais, dado o caráter de essencialidade e qualidade jurídica atribuída ao ser [...]

Já Diniz (2005, p. 121) enfatiza que

[...] a personalidade consiste no conjunto de caracteres próprios da pessoa. A personalidade não é um direito, de modo que seria errôneo afirmar que o ser humano tem direito à personalidade. A personalidade é que apóia os direitos e deveres que dela irradiam, é objeto de direito, é o primeiro bem da pessoa, que lhe pertence como primeira utilidade, para que ela possa ser o que é, para sobreviver e se adaptar às condições do ambiente em que se encontra, servindo-lhe de critério para aferir, adquirir e ordenar outros bens.

Nos ensinamentos de Gomes (1996, p. 131), os direitos de personalidades são aqueles essenciais ao desenvolvimento da pessoa humana, considerados absolutos pela doutrina, sendo insusceptíveis de livre disposição, visando proteger a dignidade da pessoa humana, "preservando-a dos atentados que pode sofrer por parte de outros indivíduos." Gomes (1999, p. 148) identifica três aspectos que marcam

e definem a personalidade: o nome, o estado e o domicílio. Para referido civilista, "Pelo nome, identifica-se a pessoa. Pelo estado, a sua posição na sociedade política, na família, como indivíduo. Pelo domicílio, o lugar de sua atividade social."

A partir dos conceitos acima descritos, conclui-se que a personalidade é intrínseca ao ser humano e a sua existência, sendo que dela irradiam-se inúmeros direitos e deveres, que são os Direitos da Personalidade, os quais visam a tutela da vida, da integridade física e psíquica, da intimidade, da honra, etc.

Desta forma, diante da valorização da pessoa humana, principalmente pela evolução do Estado de Direito para o Estado Social e Democrático de Direito, o próprio conceito de personalidade sofreu um alargamento, passando a ser considerado, para além da identificação com a capacidade de ser sujeito de direitos, como valor que emana da própria pessoa. Por isso, se a personalidade deve ser considerada como uma expressão da própria pessoa, está ela diretamente ligada à dignidade e, assim, é também valor.

Por consequência, os direitos da personalidade são titularizados por todos os seres humanos, pelo simples fato de deterem essa condição, e todos os atores sociais, do Estado aos demais seres humanos, devem respeitá-los.

Seguindo esta linha de pensamento, Farias e Rosenvald (2013, p. 177) conceituam os direitos da personalidade como "aquelas situações jurídicas reconhecidas à pessoa, tomada em si mesma e em suas necessárias projeções sociais", ou seja, "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."

Pode-se afirmar, então, que os direitos de personalidade, na visão clássica, consistem em um “direito geral à abstenção, em proveito de seu titular, pelo qual todos os demais sujeitos de direito ficariam adstritos ao dever de não violar os bens jurídicos que integram a sua personalidade”, bens estes que se agrupam com relação ao aspecto físico – vida, corpo, voz e outros – e ao aspecto moral – imagem, intimidade, nome, reputação, dentre outros (SARMENTO, 2004, p. 123-124).

A tutela contemporânea da personalidade passa pelos direitos de personalidade, estes, por sua vez, se erradicam na dignidade da pessoa humana (LACERDA, 2010, p. 40-53). Por isso, os “direitos de personalidade são considerados essenciais à pessoa humana, visando a proteção de sua dignidade”, motivo pelo qual, no direito brasileiro, cada vez mais o conceito de ‘personalidade’ aproxima-se do valor ‘dignidade’ (BORGES, 2007, p. 13).

Verifica-se, então, que a dignidade da pessoa humana indubitavelmente fundamenta toda a teoria dos direitos de personalidade, de tal modo que, Roxana Cardoso Brasileiro Borges (2007, p. 16), enfatizando uma tutela cada vez maior ao ser humano, afirma que esses direitos “talvez um dia venham a ser chamados de direitos da dignidade.”

Na mesma linha de pensamento, Orlando Gomes (1999, p. 148) define os Direitos de Personalidade como sendo os “considerados essenciais à pessoa humana, que a doutrina moderna preconiza e disciplina, a fim de resguardar a sua dignidade.”

Também vinculando ao conceito de dignidade, Beltrão (2005, p. 50) distingue direitos pessoais dos direitos da personalidade, lecionando que

[...] os direitos da personalidade distinguem-se dos direitos pessoais, pois a base dos direitos da personalidade é o

fundamento ético da dignidade da pessoa humana, enquanto que os direitos pessoais são desprovidos deste fundamento, e acabam por significar um direito não patrimonial, em relação aos direitos suscetíveis de avaliação em dinheiro, com um campo muito mais vasto de incidência do que os dos direitos da personalidade.

Ainda, de salutar importância o ensinamento de Barroso (2010, p. 253), ao afirmar que “a doutrina civilista [...] extrai do princípio da dignidade da pessoa humana os denominados direitos da personalidade, reconhecidos a todos os seres humanos e oponíveis aos demais indivíduos e ao Estado.”

Conclui-se, assim, que os direitos da personalidade têm como objeto os bens relacionados à personalidade, às atribuições físicas e morais do indivíduos vinculadas à uma existência humana digna.

Por este motivo, estando o conceito de direitos de personalidade intimamente ligado ao conceito de dignidade, é que, não obstante entendimentos contrários, tem-se entendido pela existência de um direito geral de personalidade, a fim de possibilitar a proteção de um maior número de interesses jurídicos da pessoa, ainda que não previstos em textos legais.

Neste sentido, Andrade (2013, p. 85) leciona

Entre as questões debatidas, quanto à disciplina dos Direitos da Personalidade, no Direito brasileiro atual, a primeira delas consiste em saber se ele contempla uma tutela geral ou se adotou uma estrutura tipificada, no sentido de considerar passível de proteção apenas determinados direitos. O artigo 12 não contém preceito expresso acerca da existência de um Direito geral da Personalidade, no sentido, portanto, de permitir uma proteção a interesses jurídicos da pessoa não determinados em lei.

De Marco (2017, p. 52), ao comentar acerca da existência de um direito geral da personalidade, assevera que

No Brasil, mesmo não havendo texto expresso, asseverando um *direito geral ao desenvolvimento da personalidade*, tem-se como fundamento da República (art. 1º, III), a dignidade da pessoa humana. Assim, da mesma forma que a Constituição italiana, a brasileira também possui um regime de direitos fundamentais, com amplo catálogo constante de seu artigo 5º, que, tanto tutela um *direito geral da personalidade*, como direitos específicos em seu *caput* e incisos, tais como: vida, liberdade, igualdade, integridade física, vida privada, honra e imagem, dentre outros.

Como demonstrado, os direitos de personalidade são o conjunto de caracteres e atributos da pessoa humana, referentes ao seu desenvolvimento físico, moral, espiritual e intelectual, englobando a integridade física (abrange o direito à vida, à saúde e ao próprio corpo), a integridade intelectual (abrange a liberdade de pensamento e os direitos morais do autor) e a integridade moral (abrange a proteção à honra, ao recato e à identidade pessoal.

Contudo, uma exata classificação dos Direitos da Personalidade é objeto de discussão, já que inúmeras são as classificações e subdivisões desses direitos. A finalidade de se enumerar quais os direitos atinentes à personalidade é de reconhecer as inúmeras dimensões desses direitos, ou seja, sua extensão.

Na doutrina estrangeira, a classificação tida como uma das mais aceitas é a de De Cupis (1961, p. 53), o qual decompõe os direitos da personalidade em seis espécies:

- I – Direito à vida e à integridade física;
- II – Direito sobre as partes destacadas do corpo e do direito sobre o cadáver;
- III - Direito à liberdade;
- IV – Direito ao resguardo (direito à honra, ao resguardo e ao segredo);

- V – Direito à identidade pessoal (direito ao nome, ao título e ao sinal pessoal)
- VI – Direito moral de autor.

Por sua vez, Bittar (1999, p. 17) apresenta a seguinte classificação acerca dos direitos da personalidade direitos físicos, direitos psíquicos e direitos morais, esclarecendo que

os primeiros referentes a componentes materiais da estrutura humana (a integridade corporal, compreendendo: o corpo, como um todo; os órgãos; os membros; a imagem, ou effigie); os segundos, relativos a elementos intrínsecos à personalidade (integridade psíquica, compreendendo: a liberdade; a intimidade; o sigilo) e os últimos, respeitantes a atributos valorativos (ou virtudes) da pessoa na sociedade (o patrimonial moral, compreendendo: a identidade; a honra; as manifestações do intelecto).

Na doutrina nacional, pode-se destacar, ainda, a classificação de Gomes (1999, p. 153), o qual divide os direitos da personalidade da seguinte maneira:

Consideram-se atualmente direitos à integridade física:

- a) o direito à vida;
- b) o direito sobre o próprio corpo.

O direito sobre o próprio corpo subdivide-se em direitos sobre o corpo inteiro e direito sobre partes separadas, compreendendo os direitos de decisão individual sobre tratamento médico e cirúrgico, exame médico e perícia médica.

Admitem-se como direitos à integridade moral:

- a) o direito à honra;
- b) o direito à liberdade;
- c) o direito ao recato;
- d) o direito à imagem;
- e) o direito ao nome;
- f) o direito moral do autor,

Contra as diversas classificações e defendendo que as mesmas dificultam o estudo na doutrina e a sistematização na legislação, França (1999, p. 939) entende que todos são direitos da personalidade, mas que guardam entre si características que proporcionam seu agrupamento, que no caso, são os três “aspectos determinados”: o físico, o intelectual e o moral:

I – Direito à integridade física: 1) direito à vida e aos alimentos; 2) direito sobre o próprio corpo, vivo; 3) direito sobre o próprio corpo, morto; 4) direito sobre o corpo alheio, vivo; 5) direito sobre o corpo alheio, morto; 6) direito sobre as partes deparadas do corpo, vivo; 7) direito sobre partes do corpo, morto.

II – Direito à integridade intelectual: 1) direito à liberdade de pensamento; 2) direito pessoal de autor científico; 3) direito pessoal de autor artístico; 4) direito pessoal de inventor.

III – Direito à integridade moral: 1) direito à liberdade civil, política e religiosa; 2) direito à honra; 3) direito à honorificiência; 4) direito ao recato; 5) direito ao segredo pessoal, doméstico e profissional; 6) direito à imagem; 7) direito à identidade pessoal, familiar e social.

Não obstante as diversas classificações existentes, importante salientar que os direitos da personalidade apresentam particularidades que, além de reforçar a sua importância na existência humana, identificam e destacam os direitos de personalidade no ordenamento jurídico.

O artigo 11 do Código Civil estabelece que “com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.”

A partir da normativa acima, Farias (2005, p. 105) ressalta que “caracterizam-se os direitos da personalidade por serem absolutos, indisponíveis relativamente, imprescritíveis e extrapatrimoniais.”

Para Diniz (2005, p. 122-123), os direitos da personalidade são "absolutos, intransmissíveis, indisponíveis, irrenunciáveis, ilimitados, imprescritíveis, impenhoráveis e inexportáveis [...] extrapatrimoniais."

Gomes (1999, p. 152) acrescenta, ainda, a vitaliciedade e a necessidade como aspectos dos direitos da personalidade, ao passo que Bittar (1999, p. 11) trata, também, os direitos da personalidade como direitos inatos (originários).

Ainda que se possa indagar acerca da necessidade e conveniência de se fixar no texto legal as características dos direitos da personalidade, Andrade (2013, p. 90) ressalta ser prudente este "zelo excessivo no ordenamento brasileiro em assegurar qualidades aos direitos da personalidade, a fim de prevenir qualquer possibilidade de subtração de suas potencialidades."

No ordenamento jurídico brasileiro, os artigos 11 a 21 do Código Civil² elencam os direitos da personalidade, apesar de, como

² CAPÍTULO II

DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

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

Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.

Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes.

Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial.

Art. 14. É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte.

Parágrafo único. O ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer tempo.

Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.

Art. 16. Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome.

Art. 17. O nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória.

Art. 18. Sem autorização, não se pode usar o nome alheio em propaganda comercial.

Art. 19. O pseudônimo adotado para atividades lícitas goza da proteção que se dá ao nome.

demonstrado anteriormente, não se poder falar que se trata de rol fechado, uma vez que, por estarem claramente lastreados no princípio da dignidade da pessoa humana, deve-se relacioná-los aos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, cabendo ao Estado uma atuação positiva, promovendo-os em sua totalidade.

3 Capacidade civil da pessoa com deficiência: alterações introduzidas pela Lei n. 13.146/2015 (estatuto da pessoa com deficiência)

Na atualidade, em que a deficiência não é mais sinônimo de incapacidade, como previsão antiga constante na redação original do artigo 20, § 2º, da Lei Orgânica da Assistência Social,³ o conceito válido de pessoa com deficiência é, portanto, aquele trazido pela Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015, que, alterando o mencionado dispositivo legal, reproduziu o conceito previsto na Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência,⁴ assinada em Nova Iorque no ano de 2007:

Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.

Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

³ Lei nº 8.742/93:

Art. 20. [...]

[...]

§ 2º Para efeitos de concessão deste benefício, a pessoa portadora de deficiência é aquela incapacitada para o trabalho e para a vida independente.

⁴ O referido conceito foi constitucionalizado pelo Brasil ao ratificar a mencionada Convenção, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 186/2008, de acordo com o procedimento previsto no artigo 5º, § 3º, da Constituição Federal, e promulgada pelo Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009.

Art. 20. [...]

[...]

§ 2º Para efeito de concessão do benefício de prestação continuada, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

Verifica-se, a partir do conceito acima trazido, que a deficiência é tida como uma limitação de carácter instrumental, cientificamente qualificada, possibilitando uma real aferição da matéria a ser tutelada pelo Direito e os limites físicos, fisiológicos, sensoriais ou mentais que deverão merecer suplementação por intermédio de instrumentos ou ações positivas que visem, acima de tudo, a efetivação dos direitos fundamentais e, conseqüentemente, a proteção e realização da dignidade da pessoa humana.

Merece destaque, ainda, outro avanço implementado a partir do conceito introduzido pela Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que foi o de não restringir o conceito de deficiência ao aspecto médico, incorporando, também, o aspecto social.

Até então, vigorava exclusivamente o conceito biomédico de deficiência, que sustentava uma posição discriminatória e não inclusiva da sociedade como um todo. Segundo Leite (2012, p. 46), o modelo médico considera a deficiência como um problema do indivíduo, diretamente causado por uma doença, trauma ou condição de saúde, que requer cuidados médicos, a partir de um tratamento individual, visando conseguir a cura ou uma melhor adaptação da pessoa.

Contudo, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, a partir de um novo conceito, traz ao mundo jurídico um modelo social da deficiência, de modo que, a partir

desta nova leitura, a deficiência não está restrita exclusivamente a catalogação das doenças por meio da medicina, estando relacionada, também, com as barreiras impostas pela própria sociedade.

A respeito do aspecto social, incorporado no conceito de deficiência, observa Fonseca (2008, p. 263) que o próprio conceito de pessoa com deficiência inserido pela referida Convenção Internacional carrega forte relevância jurídica, haja vista que incorporou na tipificação das deficiências, além dos aspectos físicos, sensoriais, intelectuais e mentais, relacionados ao aspecto médico, a conjuntura social e cultural em que o cidadão com deficiência está inserido, sendo nestas o principal fator de cerceamento dos direitos humanos que lhe são inerentes.

De acordo com este novo conceito, além da deficiência sob o aspecto médico, que é o impedimento de natureza física, mental, intelectual ou sensorial que está na própria pessoa, há a deficiência da sociedade, cujas barreiras podem impedir a participação em condições de igualdade com as demais pessoas.

A partir desta nova visão acerca do conceito de deficiência, inserindo, além dos aspectos biomédicos, as questões sociais, verifica-se que a deficiência em si não torna a pessoa com deficiência incapacitada, mas, sim, o meio em que ela está inserida, por vezes deficiente, não possibilitando o acesso de forma plena a essas pessoas, deixando, por consequência, de proporcionar equiparação de oportunidades (LEITE, 2012, p. 51).

Nussbaum (2013, p. 130), compartilhando deste mesmo entendimento, enfatiza que na maioria das vezes o que transforma uma pessoa com impedimentos em uma pessoa com deficiência, ou que impede que produza ou coopere com a sociedade, são as barreiras impostas pela própria sociedade.

Todas as pessoas têm o direito às capacidades humanas, incluindo-se neste contexto as pessoas com deficiência que, acima de cidadãos, são detentores do direito de viver dignamente. Assim,

uma abordagem satisfatória da justiça humana requer reconhecer a igualdade de cidadania para as pessoas com impedimentos, inclusive impedimentos mentais, e apoiar apropriadamente o trabalho de sua assistência e educação, de tal maneira que também ajudem a lidar com os problemas causados pelas deficiências associadas. (NUSSBAUM, 2013, p. 121).

Como forma de adaptar o sistema legal brasileiro às exigências da Convenção de Nova York de 2007, foi promulgada, na data de 6 de julho de 2015 a Lei nº 13.146, que teve por objetivo promover os direitos humanos das pessoas com deficiência, propiciando a integração e inclusão destas na sociedade.

Com a entrada em vigor da referida norma passaram a vigor novos instrumentos legais, que buscam proporcionar igualdade, acessibilidade, o respeito pela dignidade e autonomia individual, o que inclui a liberdade de fazer suas próprias escolhas.

A Lei nº 13.146/2015 concretizou, assim, as disposições da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, promulgada pelo Decreto nº 6.949/2009, que, em seu artigo 4º, visa “assegurar e promover o pleno exercício de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência, sem qualquer tipo de discriminação por causa de sua deficiência.”

Ainda, o artigo 12 da mencionada Convenção Internacional estabelece que “as pessoas com deficiência gozam de capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida”.

Semelhante dispositivo foi inserido na Lei nº 13.146/2015, já que o seu artigo 84 prevê que “a pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas.”

A partir da nova conceituação de pessoa com deficiência e, principalmente, como consequência destes objetivos, qualificando as pessoas com deficiência como capazes, atribuindo-lhes plena capacidade, foram revogados e alterados diversos dispositivos no Código Civil de 2002, principalmente no tocante à teoria das incapacidades.

A capacidade encontra-se abordada, primeiramente, no artigo 1º do Código Civil, que estabelece que “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.”

Analisando-se a previsão normativa acima referida, verifica-se que a regra é a capacidade civil plena. Para compreendê-la, a doutrina costuma repartir em duas partes: capacidade de direito ou de gozo e capacidade de fato ou de exercício. Aquela é irrestrita e afirma que todos são sujeitos de direitos e deveres. Esta, por sua vez, compreende o ato de exercer o direito e nem todos possuem tal aptidão (TARTUCE, 2011, p. 65-66).

Logo, a partir desta divisão, a pessoa pode ser capaz ou incapaz, sendo que a incapacidade poderá ser absoluta, cabendo neste caso a representação, ou relativa, fazendo-se necessária a assistência.

Partindo-se desta conceituação, o Código Civil, em seu Livro I, que dispõe acerca das pessoas, apresentava, anteriormente a edição da Lei n. 13.146/2015, o seguinte rol taxativo, separando um grupo do outro, senão vejamos:

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

- I – os menores de dezesseis anos;
- II – os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;
- III – os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

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

- I – os maiores de dezesseis anos e menores de dezoito anos;
- II – os ébrios habituais, os viciados em tóxico, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;
- III – os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;
- IV – os pródigos.

Parágrafo único. A capacidade dos índios será regulada por legislação especial.

Verifica-se que, na redação original, os deficientes foram classificados como incapazes. Contudo, esse raciocínio mudou com a entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência, uma vez que este, em seu artigo 6º, assegura que o fato de uma pessoa apresentar uma deficiência não afeta a sua plena capacidade civil.

Os artigos 3º e 4º do Código Civil, com as alterações introduzidas pela Lei nº 13.146/2015, passaram a apresentar as seguintes redações:

Art. 3º São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos.

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

- I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;
- II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico;
- III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;
- IV - os pródigos.

Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial.

No tocante ao regime das incapacidades, verifica-se que o artigo 3º do Código Civil atualmente prevê apenas a incapacidade absoluta do menor de 16 (dezesseis) anos, o que demonstra que para fins de incapacidade absoluta foi utilizado apenas o critério cronológico, abolindo-se o critério biológico/psíquico/intelectual, o qual rotulava como absolutamente incapazes os indivíduos com alguma enfermidade mental.

Portanto, não mais subsiste no ordenamento jurídico brasileiro a incapacidade absoluta das pessoas com deficiência mental.

O artigo 4º do Código Civil também sofreu relevantes modificações, uma vez que foram revogados os incisos II e III do aludido dispositivo, que tratavam a respeito da incapacidade relativa dos enfermos mentais (pessoa com deficiência mental que tenha o discernimento reduzido e excepcionais, sem desenvolvimento mental completo).

Constata-se, assim, que a partir das alterações introduzidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, que deram origem às atuais redações dos artigos 3º e 4º do Código Civil, a regra geral, a princípio, é que a pessoa com deficiência ou enfermidade mental é plenamente capaz.

Trata-se de uma materialização dos objetivos da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, introduzida no ordenamento brasileiro com *status* de Emenda Constitucional, na forma do artigo 5º, § 3º, da Constituição Federal de 1988, na legislação infraconstitucional.

Como já enfatizado anteriormente, a Convenção Internacional tem por objetivo a promoção do exercício pleno e equitativo de todos os direitos fundamentais pelas pessoas com deficiência. Para isso, imperioso que estas sejam plenamente capazes

para o exercício desses direitos, não dependendo de terceira pessoa para praticar atos jurídicos.

O que se verifica, a partir de uma simples análise das alterações introduzidas pela Lei nº 13.146/2015, é que não existe mais uma correlação entre incapacidade jurídica e deficiência, como anteriormente estabelecia o Código Civil, de modo que o indivíduo com deficiência mental ou física, pelo simples fato de ser portador destas deficiências, não é considerado incapaz. Assim, a pessoa com deficiência, mas que tenha condições de expressar sua vontade, é considerada plenamente capaz.

A regra, com as alterações legislativas, é a capacidade da pessoa com deficiência, sendo considerado relativamente incapaz apenas o indivíduo que não puder exprimir a sua vontade de forma livre e consciente (art. 4º, inciso III, CC/02). Neste caso, a incapacidade fundamenta-se apenas no aspecto volitivo, não havendo correlação direta com a deficiência mental ou física da pessoa, devendo-se analisar se o indivíduo, em razão da situação que se encontra, não pode exprimir a sua vontade de forma consciente.

Ainda que as referidas legislações apresentem por objetivo a inclusão das pessoas com deficiência, é latente que a norma possui, também, um caráter protetivo, haja vista que ao indivíduo, que se encontra em condição de vulnerabilidade, por não poder expressar a sua vontade, deve-se garantir uma maior proteção, possibilitando-lhe continuar o exercício de seus direitos e deveres na sociedade com o auxílio de um terceiro.

Portanto, conclui-se que não subsiste mais no ordenamento jurídico brasileiro a incapacidade absoluta dos enfermos/deficientes mentais, tendo em vista que esta, por muitas vezes, implicava no aniquilamento da pessoa e de todos os seus direitos, indo de encontro aos objetivos do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Verificadas as alterações, é visível que o sistema das incapacidades, que não mais privilegia, para fins de incapacidade, as características da pessoa em si, mas se esta pode ou não expressar a sua vontade, deixou de ter um modelo rígido, passando a ser mais maleável, pensado a partir das circunstâncias do caso concreto e em favor da inclusão das pessoas com deficiência, tutelando a sua dignidade e a sua interação social.

4 Direito da pessoa com deficiência ao casamento e constituição de família frente a nova legislação: concretização do direito à vida privada

São núcleos essenciais dos direitos de personalidade, de acordo com a Constituição Federal, a vida/integridade física, honra, imagem, nome e intimidade e vida privada. O direito ao casamento, foco do presente trabalho, é uma ramificação do direito à intimidade e vida privada.

Para Russo (2009, p. 91) o direito à vida “é o bem mais relevante de todo o ser humano e a dignidade da pessoa humana é um fundamento da República Federativa do Brasil e não há dignidade sem vida.”

Godoy (2006, p. 514) enfatiza que *“el derecho a la vida – vida corporal –, se refiere al mayor de los bienes que tenemos en el orden temporal los hombres, fuente de todos los demás, y que se identifica parcialmente con la propia persona humana, pues como dice Aristóteles **para los vivientes el vivir es su ser.**”*

Mais precisamente a respeito das pessoas com deficiência, Godoy (2006, p. 516) enfatiza que

Quienes no pueden ejercitar las facultades superiores y específicas de la personalidad, que son las facultades intelectuales, bien porque no han llegado a la etapa

de desarrollo en que ello es posible, bien porque tienen alguna enfermedad que les prive de ese ejercicio, bien por haber sufrido um detrimento em sus órganos: cerebro, sistema nervioso, etc., o por outra causa cualquiera, gozan, com todo, del derecho a la vida, porque lo que los constituye em personas es el tener um alma espiritual o inmaterial y subsistente, dotada de inteligencia y voluntad, y no el actual ejercicio de tales facultades.

O novo Código Civil dedicou o capítulo II, do Livro I, aos Direitos da Personalidade, tratados nos artigos 11 a 21, protegendo, de forma efetiva, os direitos ao nome, à imagem, à vida privada e ainda, cuidou da possibilidade de o ser humano dispor do próprio corpo para fins científicos ou altruísticos, para depois da morte (art. 14, Código Civil).

Assim, o sujeito ativo do direito de personalidade possui não apenas o direito de usar e usufruir de sua personalidade, como também, paralelamente, a este, exigir que os demais respeitem tal direito, permitindo que todos participem da vida social com as mesmas condições de igualdade.

Como demonstrado no item anterior, a Lei nº 13.146/2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência) teve por objetivo promover os direitos humanos das pessoas com deficiência, propiciando a integração e inclusão destas na sociedade, garantindo-lhes dignidade e proteção do indivíduo, reconhecendo que estas “tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas.” (art. 84).

Partindo destes pressupostos de inclusão e igualdade, o artigo 6º do Estatuto da Pessoa com Deficiência disciplina que “a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para: I - casar-se e constituir união estável.”

A atribuição da plena capacidade às pessoas com deficiência provocou significativas mudanças na legislação civil brasileira, garantindo uma maior integração deste grupo de pessoas, por muito tempo excluídas e marginalizadas, na sociedade, dentre as quais a oportunidade de casar, constituir união estável, exercer direitos sexuais e reprodutivos, decidir número de filhos, conservar a fertilidades, etc.

A regra, a partir das alterações introduzidas pela Lei nº 13.146/2015, é a capacidade plena da pessoa com deficiência, de modo que apenas quando o indivíduo não puder exprimir a sua vontade livre e consciente deve ser reconhecida a sua incapacidade relativa.

Por consequência, estas modificações interferiram diretamente na liberdade da pessoa com deficiência contrair matrimônio e, por consequência, constituir uma família. Isto é, a principal mudança trazida pelo Estatuto ao casamento foi a inclusão familiar plena da pessoa com deficiência, não precisando, portanto, mais de qualquer autorização para se casar ou ter filhos.

No tocante à capacidade para o casamento, o Código Civil, em seu artigo 1.517, prevê a idade núbil de 16 (dezessex) anos, exigindo-se, para tanto, “autorização de ambos os pais, ou de seus representantes legais, enquanto não atingida a maioridade civil.”

O artigo 1.518 do Código Civil facultava aos pais, curadores e tutores revogarem até a celebração do casamento a permissão outrora outorgada. Contudo, o Estatuto da Pessoa com Deficiência excluiu dessa relação a curatela, já que, a partir desta nova legislação, ela se destina a proteção específica dos direitos de natureza patrimonial e negocial, conforme preconizado em seu artigo 85.

Importante ressaltar, ainda, que a curatela é uma medida excepcional que tem por objetivo eleger, uma pessoa, denominada

curador, para prestar auxílio aos interesses de maiores incapazes, estando esta assistência adstrita ao âmbito patrimonial e negocial.

Não obstante o rol dos sujeitos passíveis de interdição previstos originariamente no artigo 1.767 do Código Civil, o Estatuto da Pessoa com Deficiência remoldou este rol, reduzindo a curatela apenas àqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; aos ébrios habituais e aos viciados em tóxicos.

Ainda no tocante ao casamento, prelecionava a antiga redação do artigo 3º, inciso II, do Código Civil, que seria nulo o matrimônio do doente mental, sem o necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil. Todavia, com as alterações introduzidas no sistema de capacidades, fixando-se a incapacidade absoluta apenas aos menores de 16 (dezesesseis) anos, não existe mais a possibilidade de se decretar a nulidade do casamento nessa hipótese, já que o casamento do enfermo mental, sem discernimento, passa a ser plenamente válido.

Seguindo na análise das modificações do sistema de capacidades, o artigo 1.550 do Código Civil, que trata da nulidade relativa do casamento, ganhou um novo parágrafo, preceituando que a pessoa com deficiência mental ou intelectual em idade núbil poderá contrair matrimônio, expressando sua vontade diretamente ou por meio de seu responsável ou curador (§ 2º).

Como decorrência natural da possibilidade de a pessoa com deficiência mental ou intelectual se casar, foram alterados dois incisos do artigo 1.557 do Código Civil, dispositivo que elenca as hipóteses de anulação do casamento por erro essencial quanto à pessoa. O seu inciso III passou a apresentar uma ressalva, eis que é anulável o casamento por erro no caso de ignorância, anterior ao casamento, de defeito físico irremediável que não caracterize deficiência ou de

moléstia grave e transmissível, por contágio ou por herança, capaz de pôr em risco a saúde do outro cônjuge ou de sua descendência.

Em continuidade, foi revogado o antigo inciso IV do artigo 1.557 do Código Civil que possibilitava a anulação do casamento em caso de desconhecimento de doença mental grave, o que era tido como ato distante da solidariedade.

Verifica-se, assim, que as alterações introduzidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência flexibilizaram a Teoria das Incapacidades, atribuindo, via de regra, capacidade plena às pessoas com deficiência, na busca da evolução da sua inclusão social, possibilitando-lhes a prática de atos da vida civil, sem a intervenção de curador, especialmente com a possibilidade de contrair matrimônio e constituir família, buscando-se, acima de tudo, a concretização do direito à vida privada.

A intimidade e a vida privada são valores que, após anos de proteção reflexa por outros institutos jurídicos, o direito começa a tutelar autonomamente, a partir do final do Século XIX.

Os institutos que lhes emprestaram seus reflexos jurídicos, até o direito à intimidade e à vida privada serem autônomos, foram os direitos fundamentais individuais de primeira geração, através da inviolabilidade da pessoa, inviolabilidade da casa e da inviolabilidade das correspondências (SAMPAIO, 1998, p. 33-48).

A partir desta nova perspectiva, verificou-se a inclusão, em inúmeras declarações, pactos e convenções internacionais sobre direitos humanos, de normas que protegem, autonomamente, o direito à intimidade e à vida privada.

Neste sentido, o artigo 12 da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 estabelece que "ninguém sofrerá intormissões arbitrárias na sua vida privada, na família, no seu domicílio ou na sua

correspondência, nem ataques à sua honra e reputação. Contra tais intromissões ou ataques toda a pessoa tem direito à proteção da lei."

No direito brasileiro, o direito à intimidade e à vida privada é reconhecido no artigo 5º, inciso X, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988,⁵ bem como na cláusula geral no artigo 21 do Código Civil brasileiro.⁶

Além da concretização da dignidade da pessoa humana como um princípio fundamental do Estado Democrático de Direito brasileiro, no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal, os valores intimidade e vida privada são positivados pelo Poder Constituinte Originário em 1988 por terem sido considerados fundamentais pela nossa sociedade política.

A vida privada, como direito, decorre da personalidade, e faz parte do direito à vida. Como todos os direitos gravitam em torno o direito à vida, é importante ter presente que a Carta Magna lhe atribui especial relevo jurídico, proclamando-o imperativo fundamental da convivência social.

Quanto ao conceito de proteção à vida privada, extrai-se da obra de Barros (1997, p. 147) como "o poder determinante que todo o indivíduo tem de assegurar a proteção de interesses extrapatrimoniais através de oposição a uma investigação na vida da privada com a finalidade de assegurar a liberdade e a paz da vida pessoal e familiar."

Sampaio (1998, p. 277-359) ressalta que o direito à vida privada seria composto pela liberdade sexual, pela liberdade da vida

⁵ 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:
[...] X - 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;

⁶ Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

familiar e pela intimidade, além de outros aspectos de intersecção com outros bens ou atributos da personalidade.

Já Lorenzetti (1998, p. 492), ao tratar da intimidade através da teoria das esferas, compreende que intimidade e vida privada são sinônimas, concentuando-as como “uma esfera íntima da pessoa, na qual a conduta do sujeito ou sua família não influencia sobre os demais e os demais podem influenciar sobre ela.”

Ainda, no entendimento de Silva (1992, p. 205-206), a vida privada significa o direito do indivíduo de ser e viver a própria vida, relacionando-se com quem bem entender. Relata que a Carta Magna, ao proteger a vida privada, se refere à vida interior, “como conjunto de modo de ser e viver, como direito de o indivíduo viver a própria vida” e não à vida exterior, que envolve a pessoa nas relações sociais e nas atividades públicas.

Outro pensamento interessante é o manifestado por Simón (2000, p. 84), para quem a vida privada e a intimidade são direitos individuais de primeira geração, contidos nas liberdades públicas. Derivados de concepção liberal, tais direitos passaram, mais tarde, a ser considerados não apenas no relacionamento do Estado com os indivíduos, mas também para afastar ingerências no relacionamento entre os próprios indivíduos componentes da sociedade.

Verifica-se, assim, que o direito à vida, tipificado como direito à personalidade, inerente, pois, ao próprio homem, tem por objetivo resguardar a dignidade e integridade da pessoa humana

Por isso, as pessoas com deficiência devem ter seus direitos amplamente resguardados e tutelados se o que se pretende é uma sociedade justa, livre e solidária que fomenta a igualdade de oportunidades aos membros desse grupo, especialmente quando o assunto se infere sobre sua manifestação de vontade.

Apenas com o reconhecimento de sua capacidade plena, com a possibilidade da prática de atos da vida civil, como o casamento, é que se assegurará à pessoa com deficiência viver em igualdade de condições e oportunidades com as demais pessoas, exercendo plenamente seus direitos da personalidade, vivendo uma vida com dignidade.

5 Conclusão

A partir da exposição feita, verifica-se que a tutela contemporânea da personalidade encontra forte sustentáculo na teoria dos direitos da personalidade, os quais são fruto de evolução histórica, sobretudo a partir do período pós-guerra, em documentos internacionais de proteção aos direitos humanos.

Independentemente de onde estejam positivados, devido o reconhecimento de um direito geral da personalidade, os direitos da personalidade visam a tutela da personalidade humana, considerada esta como um conjunto de características próprias de cada indivíduo, desde a sua concepção, abrangendo elementos essenciais para viver com dignidade, tais como a vida, a liberdade, a intimidade, a imagem, entre outros.

Importante destacar que não se faz necessária a positivação de alguns desses elementos da personalidade, haja vista que os direitos da personalidade encontram em seu núcleo a dignidade da pessoa humana, sendo esta o valor fundamental do ordenamento jurídico pátrio que serve de alicerce para o reconhecimento e proteção de todos os elementos indispensáveis ao livre desenvolvimento da personalidade.

Contudo, por décadas as pessoas com deficiência foram consideradas incapazes para os atos da vida civil, com o consequente cerceamento à sua autonomia e ao exercício de direitos atinentes à sua personalidade, por que não dizer, à sua dignidade.

Com o passar dos anos muitas legislações foram introduzidas no ordenamento brasileiro, como forma de possibilitar a inclusão deste grupo na sociedade.

Com a Lei nº 13.146/2015, conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência não foi diferente, uma vez que introduziu inúmeras alterações na legislação civil pátria quanto ao exercício dos atos da vida civil, especialmente com a possibilidade de a pessoa com deficiência mental ou intelectual se casar ou constituir união estável, sendo estes uma ramificação do direito à intimidade e vida privada.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência, ao revogar inúmeros artigos do Código Civil relativos à incapacidade da pessoa, justificou as suas inovações na busca da evolução da inclusão social da pessoa com deficiência, de forma a destacar o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, dentre outros.

A Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015) assegurou e promoveu o exercício pleno dos direitos da personalidade, dentre eles destacamos o casamento ou união estável, por ser o objeto deste trabalho, e liberdades fundamentais às pessoas com deficiência, constituindo-se num meio efetivo de inclusão social e, principalmente, concretização do direito à vida privada.

Referências

ANDRADE, Fabio Siebeneichler de. A tutela dos direitos da personalidade no direito brasileiro em perspectiva atual. *Revista de Derecho Privado*, n. 24, p. 81-111, ene./jun. 2013.

BARROS, Alice Monteiro de. *Proteção à intimidade do Empregado*. São Paulo: LTr, 1997.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BELTRÃO, Sívio Romero. *Direitos da personalidade: de acordo com o novo código civil*. São Paulo: Atlas, 2005.

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

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

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/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 15 jan. 2018.

BRASIL. Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). *Diário Oficial da União*, 08 jul. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm>. Acesso em: 15 jan. 2018.

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

CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. Lisboa: Moraes, 1961.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 22. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 1.

FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito Civil – Teoria Geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil – Volume I*. Salvador: JusPodivm, 2013.

FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. A ONU e o seu conceito revolucionário de pessoa com deficiência. *Revista LTr: Legislação do Trabalho*, São Paulo, v. 72, n. 3, p. 263-270, mar. 2008.

FRANÇA, Rubens Limongi. *Instituições de direito civil*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1999.

GODOY, José Joaquin Ugarte. El derecho a la vida y la Constitución. *Revista Chilena de Derecho*, v. 33, n. 3, 2006, p. 509-527. Disponível em: <http://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/rechil-de33&div=33&start_page=509&collection=journals&set_as_cursor=1&men_tab=srchresults>. Acesso em: 05 de março de 2018.

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

LACERDA, Dennis Otte. *Direitos da personalidade na contemporaneidade: a repactuação semântica*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2010.

LEITE, Flavia Piva Almeida. A convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência: amplitude conceitual. *Revista de Direito Brasileiro*, Florianópolis, v. 3, n. 2, p. 31-53, jul./dez. 2012.

LORENZETTI, Ricardo Lins. *Fundamentos do direito privado*. Tradução Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: RT, 1998.

LOTUFO, Renan. *Curso Avançado de direito civil: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARCO, Cristhian Magnus de; CRUZ, Marco Aurélio Cunha e. *Considerações sobre o direito à própria imagem*. Joaçaba: Editora Uno-esc, 2017.

NUSSBAUM, Martha. *Fronteiras da justiça: deficiência, nacionalidade e pertencimento à espécie*. Tradução: Susana de Castro. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2013.

RUSSO, Luciana. *Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

SAMPAIO, José Adérico Leite. *Direito à intimidade e à vida privada: uma visão jurídica da sexualidade, da família, da comunicação e informações pessoais, da vida e da morte*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1992.

SIMÓN, Sandra Lia. *A proteção constitucional da intimidade e da vida privada do empregado*. São Paulo: LTr, 2000.

SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. *Responsabilidade civil por danos à personalidade*. São Paulo: Manole, 2002.

SZANIAWSKI, Elimar. Da tutela dos direitos de personalidade no Brasil. In: SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 129-244.

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*. Vol. Único. 1. ed. São Paulo: Método, 2011.

União estável: um olhar a partir da Constituição Federal de 1988

Michele Martins da Silva¹

1 Introdução

A união afetiva estável entre duas pessoas sempre existiu, contudo em diversos períodos, existiu sem reconhecimento e sem direitos garantidos pelo ordenamento jurídico.

Ao longo do tempo, com o desenvolvimento cultural e social, a união estável passou a ser gradualmente reconhecida e aceita pela sociedade, fato este que gerou a necessidade de mudanças na legislação para maior proteção destas famílias geradas pela união estável; uma das mais importantes, senão a mais importante, foi o reconhecimento da união estável como entidade familiar, que ocorreu pela Constituição Federal de 1988.

Esse reconhecimento possibilitou a conquista de vários outros direitos para os indivíduos que optaram pela constituição de sua família através desta entidade familiar.

Outra transformação importante, trazida pela Constituição Federal de 1988, foi a mudança na concepção de 'família', passando a considerar a individualidade de seus membros, dando prioridade a dignidade da pessoa humana. Esta igualmente ensejou no reconhecimento de direitos para os indivíduos que optaram pela união estável.

Alguns destes direitos serão apontados neste artigo; em especial, o direito de a união estável utilizar o regramento previsto para a sucessão legítima do casamento, disposta no art. 1829 e seguintes

¹ Mestranda em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina de Chapecó.

do CC 2002, cuja decisão do STF, no julgamento de dois Recursos Extraordinários (REs) 646721 e 878694, foi recente.

Assim, este trabalho objetiva analisar se atualmente a união estável é considerada uma entidade familiar com direitos garantidos pelo ordenamento jurídico.

2 Família

A Família, segundo a Constituição Federal de 1988, é a base da sociedade. E não poderia ser diferente, pois a família é onde o indivíduo se desenvolve individual e coletivamente, e onde deve ser, inicialmente, promovida a dignidade da pessoa humana.

A proteção da família abrange tanto o vínculo entre homem e mulher, entre pessoas do mesmo sexo, quanto a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes; pois a família é um fato social preexistente ao casamento (VENOSA, 2007, p. 35); a união regular que existiu desde as civilizações antigas.

Todavia, nem sempre o conceito de família teve esta abrangência.

Muito embora, na Grécia e na Roma antiga, as uniões estáveis fossem aceitas e reguladas pelo ordenamento jurídico, posteriormente, o Concílio de Trento, realizado pela Igreja Católica, dentre outros eventos, proibiu estas relações de união, igualmente através do ordenamento jurídico (DANTAS, 2008, p. 133).

Assim, antes da República a única entidade familiar que era aceita pelo sistema jurídico brasileiro era o casamento, em razão da influência da Igreja Católica no Estado (WALD, 2006, p. 163).

De forma que apenas na década de 80, um novo perfil da sociedade se tornou contrastante com o ordenamento então vigente, quando se fez necessária uma revolução normativa, com

reconhecimento de outras entidades familiares para a formação de uma família.

Neste sentido Dantas (2008, p. 6) ressalta que:

O Brasil submeteu-se às disposições do Concílio de Trento mediante a determinação de vigência no país das Ordenações Filipinas portuguesas, acentuada a reprovação àquelas uniões já ao tempo de República, com a edição do Decreto n. 181/1890, instituidor do casamento civil no país. Aos poucos, as legislações previdenciárias, securitárias e acidentárias passaram a reconhecer os efeitos dessas uniões. Também a jurisprudência, principalmente por meio da Súmula n. 380 do STF, passou a acolher o concubinato puro, apesar do silêncio constitucional. O reconhecimento explícito sob a denominação de união estável veio da Constituição Federal de 1988, da qual as Leis ns. 8.971/1994 e 9.278/1996 são consequências. O Código Civil de 2002, então, veio coroar a aceitação desse relevante fato social pelo legislador.

De modo que, com a Constituição Federal de 1988 foi adotado um poliformismo familiar em que arranjos multifacetados se tornaram aptos a constituir o núcleo doméstico chamado “família”, recebendo todos eles a “especial proteção do Estado”, com a proteção da pessoa humana em sua inalienável dignidade.

Importante acrescentar que a autonomia de vontade dos cidadãos na escolha da entidade familiar quando da constituição da unidade familiar foi assegurada.

Salienta-se que o conceito de família, antes da CF88, estava associado ao casamento, entendendo que só a partir deste era constituída uma família legítima. A família não era considerada como um ambiente de desenvolvimento dos indivíduos e era tutelada pelo Estado independentemente da vontade destes.

A visão tradicional de família, dessa forma, com preponderância da proteção patrimonial foi ao longo da história transformando-se, passando a identificar e a proteger a dignidade individual de cada partícipe.

Não mais a família como entidade familiar passou a ser protegida; conforme mencionado acima, a partir da Constituição Federal de 1988, o indivíduo passou a ser protegido na sua individualidade; passaram a ser considerados e protegidos pela CF88 seus direitos fundamentais no âmbito familiar.

A proteção à família, direcionada à pessoa de cada um dos seus integrantes, passou a ser garantida independentemente da forma de sua constituição.

Assim, devido a evolução cultural e histórica da sociedade, a entidade familiar sofreu adaptações pela influência de novos padrões de vida e pela própria mutabilidade do ser humano; donde surgiram conflitos e situações que impuseram regramentos para suas soluções, razão pela qual a família encontra-se em constante transformação.

E não poderia ser diferente, pois como dito acima, a família é a base da sociedade, onde o indivíduo se desenvolve individual e coletivamente, onde deve ser, inicialmente, promovida a dignidade da pessoa humana.

Importante ressaltar, diante o exposto, que a Constituição Federal de 1988 inspirou a repersonalização do Direito Civil, fazendo com que as normas civilistas passassem a ser lidas a partir da premissa de que a pessoa humana, dotada de dignidade, é o centro das preocupações do Direito.

A concepção de 'família', protegida pela CF88, passou a ser vinculada à dignidade da pessoa humana e sem encontrar limites formais para sua constituição e nem hierarquia ou diferença de

qualidade jurídica entre as formas de constituição, pois deve proteger o indivíduo e os vínculos de afetividade.

De forma que a mudança de paradigma conceitual da 'família', com a proteção ao indivíduo, contribuiu para a conquista de direitos de casais que optaram e optam pela união estável.

Assim, atualmente o casal poderá optar pela constituição da família utilizando-se da instituição do casamento, da união estável ou como uma família monoparental.

3 União estável

Como já mencionado, a união estável é um fato social preexistente ao casamento, porém, anteriormente a CF88, possuía poucos direitos reconhecidos, pois não era considerada uma entidade familiar, embora a união afetiva regular de duas pessoas tenha existido desde as civilizações antigas.

Apenas a partir de 1994 que a lei definiu direitos aos companheiros. Em 1994, através da Lei 8971/1994, foi estabelecido que o companheiro seria o terceiro na ordem sucessória (atrás dos descendentes e dos ascendentes); que teria direito de usufruto idêntico ao do cônjuge sobrevivente, e que o companheiro teria o direito à meação. Todavia, esses direitos concedidos vinham com várias ressalvas, como a convivência por mais de cinco anos ou prole comum.

Então, em 2002 entrou em vigor o Código Civil, com várias modificações trazidas pelas Leis 8.971/94 e 9.278/96, prevendo e regulando a união estável nos arts. 1.723 a 1.727 do CC.

Salienta-se que a partir de então passou a vigorar o princípio da igualdade de direitos entre os cônjuges e os companheiros.

Neste contexto se faz imprescindível a conceituação de 'união estável', que de acordo com o Código Civil de 2002: "é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e

a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família", conforme preceitua o art. 1723 do CC.

Este conceito traz requisitos para a configuração da união estável, como: o intuito de constituir família, que poderá ser provado por meio de um contrato de convivência realizado entre os companheiros ou os indícios (coabitação, a prole comum); a convivência duradoura; a convivência contínua, a convivência pública e notória; o desimpedimento, os mesmos aplicados ao casamento constantes no art. 1521 do CC.

Salienta-se, todavia, que o vínculo entre os companheiros precisa ser apenas duradouro, o que definirá a solidez da relação, não havendo mais limite de tempo preestabelecido para a caracterização da união.

Na união estável, segundo a legislação vigente, comunicam-se os bens adquiridos onerosamente na constância da união, os bens adquiridos por fato eventual, os frutos percebidos e as benfeitorias realizadas em qualquer bem dos cônjuges na constância da união, ou pendentes ao tempo da dissolução.

Optando o casal pela união estável, poderá formalizá-la ou não. A formalização da união estável, que trará mais segurança jurídica e oposição em face de terceiros, poderá ocorrer judicial ou extrajudicialmente. Judicial por meio de uma Declaração de União Estável, demonstrando o preenchimento dos requisitos necessários a sua configuração; extrajudicialmente, por meio de um contrato de união estável, chamado de Contrato de Convivência.

O contrato de união estável poderá ser feito por instrumento particular ou por escritura pública, esta elaborada por um cartório extrajudicial. O contrato particular valerá entre as partes. O contrato elaborado por escritura pública poderá ser registrado no Cartório Civil

de Pessoas Naturais, na certidão de nascimento, o que fará com que o contrato seja válido entre as partes e perante terceiros.

O contrato de convivência será regido pelo regramento estipulado ao negócio jurídico e, para tanto, deverá conter os mesmos requisitos para sua validade, quais sejam, agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita em lei ou não defesa em lei, conforme o art. 104 do CC, em que os conviventes poderão estipular o que desejarem, desde que não contrário à lei.

De forma que poderá haver outras estipulações, além do regime de bens, no contrato de convivência para reger a relação do casal, como inclusão ou exclusão de determinados bens, estipulações relativas à guarda de filhos, existência de filhos, alimentos.

Ressalta-se que para reger a relação de família, o casal poderá optar pelo regime de bens que desejar, podendo inclusive mesclar mais de um regime de bens, fazendo constar esta opção no contrato de convivência ou no pedido judicial. Caso não opte por um regime de bens, o regime que irá reger a relação será o da comunhão parcial de bens, conforme determina a lei.

Caso os companheiros não celebrem nenhum contrato de convivência, convencionando regime diverso do legal, conforme o art. 1725 do CC, as relações advindas dessa dissolução serão resolvidas com base no regime da comunhão parcial de bens.

Imprescindível acrescentar, de acordo com Cahali, que não pode ser objeto de tais contratos "bens a serem recebidos por herança", pois tal estipulação "encontra óbice na vedação do *pacta corvina*, prevista no artigo 426 do Código Civil de 2002, sendo qualquer estipulação, nesse sentido, passível de ser declarada nula."

A união estável poderá ser convertida em casamento. Os companheiros poderão de comum acordo e a qualquer tempo, requerer a conversão da união estável em casamento, por requerimento

ao Oficial do Registro Civil da Circunscrição de seu domicílio. Da mesma forma, é vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo.

Qualquer questão relacionada à união estável poderá ser dirimida utilizando-se as estipulações presentes no contrato de convivência que não forem contrárias a legislação vigente. Importante acrescentar que o contrato de convivência utiliza-se, via de regra, quando da dissolução e quando da sucessão (de acordo com recente decisão do STF, aplicando o direito sucessório do casamento na união estável).

Poderá ser dissolvida a união estável por meio de decisão judicial ou acordo entre as partes, convencionando-se a partilha dos bens, alimentos dos filhos, alimentos. O acordo poderá ser verbal; porém, se escrito poderá ser homologado pelo juiz a pedido dos companheiros. Caso não haja acordo na dissolução da união estável, qualquer dos companheiros poderá ajuizar ação declaratória para tal fim, em que o juiz decidirá as questões controversas e declarará o término da união.

Ainda, o companheiro que, após a dissolução da união, não tiver bens suficientes, nem puder prover, pelo seu trabalho, à própria manutenção, e o outro companheiro, puder fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento poderá pedir alimentos para o outro companheiro, conforme expressam os art. 1694 e 1695 do CC.

Não obstante, em 2011 ocorreu uma significativa transformação, diante de situações fáticas da sociedade (desenvolvimento cultural e histórico), através de um julgado do STF, que declarou, ao julgar procedente a ADPF 132 e a ADI 4277, que o regime da união estável deveria ser aplicado às uniões homoafetivas.

Além disso, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento conjunto da ADI 4.277 e da ADPF 132, reconheceu a “inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico.”

Assim, atualmente,

inexiste fundamento constitucional para estabelecer-se diferenciação entre os múltiplos modelos de família, que, embora não constituídos pelo casamento, sejam caracterizados pelo vínculo afetivo e pelo projeto de vida em comum, incluindo-se aí as uniões entre pessoas do mesmo sexo [...] (BRASIL, 2017).

Na sequência, em 2017, diante de casos concretos e constantes transformações da sociedade, o STF, julgou inconstitucional o artigo 1.790 do Código Civil, que estabelecia diferenças entre a participação do companheiro e do cônjuge na sucessão dos bens, incluindo as uniões homoafetivas. A decisão foi proferida no julgamento dos Recursos Extraordinários (REs) 646721²

² Ementa: Direito constitucional e civil. Recurso extraordinário. Repercussão geral. Aplicação do artigo 1.790 do Código Civil à sucessão em união estável homoafetiva. Inconstitucionalidade da distinção de regime sucessório entre cônjuges e companheiros. 1. A Constituição brasileira contempla diferentes formas de família legítima, além da que resulta do casamento. Nesse rol incluem-se as famílias formadas mediante união estável, hetero ou homoafetivas. O STF já reconheceu a “inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico”, aplicando-se a união estável entre pessoas do mesmo sexo as mesmas regras e mesas consequências da união estável heteroafetiva (ADI 4277 e ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, j. 05.05.2011) 2. Não é legítimo desequiparar, para fins sucessórios, os cônjuges e os companheiros, isto é, a família formada pelo casamento e a formada por união estável. Tal hierarquização entre entidades familiares é incompatível com a Constituição de 1988. Assim sendo, o art. 1790 do Código Civil, ao revogar as Leis nº 8.971/1994 e nº 9.278/1996 e discriminar a companheira (ou o companheiro), dando-lhe direitos sucessórios bem inferiores aos conferidos à esposa (ou ao marido), entra em contraste com os princípios da igualdade, da dignidade humana, da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente e da vedação do retrocesso. 3. Com a finalidade de preservar a segurança jurídica, o entendimento ora firmado é aplicável apenas aos inventários judiciais em que não tenha havido trânsito em julgado da sentença de partilha e às partilhas extrajudiciais em que ainda não haja escritura pública. 4. Provedimento do recurso extraordinário. Afirmção, em repercussão geral, da seguinte tese: “No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regi-

e 878694,³ ambos com repercussão geral reconhecida.

Estas decisões estabeleceram que não é legítimo desequiparar o casamento da união estável para fins sucessórios, por ser incompatível com a Constituição Federal e sua sistemática protetiva, violando os princípios da igualdade, da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente e da vedação do retrocesso (BRASIL, 2017).

Assim, foi afirmada a tese de que no sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do CC/2002 (BRASIL, 2017) conforme segue:

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte: (Vide Recurso Extraordinário nº 646.721) (Vide Recurso Extraordinário nº 878.694)

I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se,

mes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do CC/2002." (BRASIL, 2017).

³ Ementa: Direito constitucional e civil. Recurso extraordinário. Repercussão geral. Inconstitucionalidade da distinção de regime sucessório entre cônjuges e companheiros. 1. A Constituição brasileira contempla diferentes formas de família legítima, além da que resulta do casamento. Nesse rol incluem-se as famílias formadas mediante união estável. 2. Não é legítimo desequiparar, para fins sucessórios, os cônjuges e os companheiros, isto é, a família formada pelo casamento e a formada por união estável. Tal hierarquização entre entidades familiares é incompatível com a Constituição de 1988. 3. Assim sendo, o art. 1790 do Código Civil, ao revogar as Leis nºs 8.971/94 e 9.278/96 e discriminar a companheira (ou o companheiro), dando-lhe direitos sucessórios bem inferiores aos conferidos à esposa (ou ao marido), entra em contraste com os princípios da igualdade, da dignidade humana, da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente, e da vedação do retrocesso. 4. Com a finalidade de preservar a segurança jurídica, o entendimento ora firmado é aplicável apenas aos inventários judiciais em que não tenha havido trânsito em julgado da sentença de partilha, e às partilhas extrajudiciais em que ainda não haja escritura pública. 5. Provenimento do recurso extraordinário. Afirmação, em repercussão geral, da seguinte tese: "No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do CC/2002."

no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III - ao cônjuge sobrevivente;

IV - aos colaterais.

De forma que tanto para as famílias formadas pela união estável como as formadas pelo casamento as normas aplicadas à sucessão legítima serão as mesmas.

4 Sucessão legítima

A Constituição Federal de 1988 previu, como direito fundamental, o direito à herança; não regulamentou este direito, nem tampouco previu limites a regulamentação infraconstitucional. Não obstante, esta regulamentação deveria respeitar a sistemática de proteção da CF88, os direitos fundamentais e demais direitos protegidos e disciplinados na Constituição, sendo estes verdadeiros limites a regulamentação infraconstitucional. (BODO, 2012)

Convém asseverar que a 'sistemática de proteção' mencionada equivale a um conjunto harmônico; de forma que a Constituição Federal deve ser interpretada como um conjunto harmônico de normas, no qual a finalidade é a concretização de valores nela adotados como princípios (BRASIL, 2017, p. 78).

Não obstante, importante frisar que a validade das regras depende de como elas se relacionam com outras regras e com os princípios do ordenamento jurídico (STRAPAZZON; INOMATA, 2017, p. 92); e que os princípios constitucionais alusivos a institutos típicos de direito privado passaram a condicionar a própria interpretação da legislação infraconstitucional.

Neste sentido, a norma infraconstitucional que regula o direito sucessório advindo da união estável realiza o direito fundamental do direito a herança; todavia, entra em conflito com outros direitos

e bens constitucionalmente protegidos, como o direito fundamental da igualdade, da dignidade da pessoa humana e o direito ao livre planejamento familiar, razão pela qual está em desacordo com a ordem constitucional de proteção a direitos fundamentais e foi declarada inconstitucional. -

Neste sentido, interessante o entendimento de Barroso (2010, p. 60), que percebe que a dignidade da pessoa humana assume dimensão normativa, e a Constituição passa a ser “o centro de todo o sistema jurídico, irradiando seus valores e conferindo-lhe unidade.”

Antes do julgamento dos Recursos Extraordinários (REs) 646721 e 878694, a sucessão legítima da união estável encontrava-se regulada pelo art. 1.790 do CC 2002, qual seja, *in verbis*:

Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:

I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;

II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;

III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;

IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.

Para entender melhor, quando o autor da herança deixasse filhos em comuns com a companheira, esta teria direito a quinhão igual aos dos filhos, contudo este quinhão que a companheira concorreria dizia respeito apenas à parte da herança que foi adquirida onerosamente na constância da união; quando os filhos fossem só do autor da herança, à companheira tocaria apenas a metade do quinhão que caberá aos filhos; Quando houvesse filiação híbrida,

pela regra estabelecida na doutrina dominante, a companheira teria direito a quotas iguais dos filhos; Quando os ascendentes e os colaterais até o 4º grau fossem os herdeiros, à companheira tocaria um terço da herança, não importando quantos herdeiros fossem; ainda, não sobrevivendo nenhum herdeiro além da companheira, esta teria direito a receber a totalidade da herança, conforme sustenta o artigo 1.844 do CC.

Porém, como já mencionado, foi o Código Civil de 2002, vigente atualmente, que regulamentou o direito à herança trazendo as normas para a sucessão legítima do casamento e da união estável. Ocorre que como tratado no julgamento dos Recursos Extraordinários (REs) 646721 e 878694, o regramento para a sucessão legítima da união estável não se encontrava em harmonia com a sistemática de proteção de direitos presentes na CF88, conforme segue ementa:

Direito constitucional e civil. Recurso extraordinário. Repercussão geral. Aplicação do artigo 1.790 do Código Civil à sucessão em união estável homoafetiva. Inconstitucionalidade da distinção de regime sucessório entre cônjuges e companheiros. 1. A Constituição brasileira contempla diferentes formas de família legítima, além da que resulta do casamento. Nesse rol incluem-se as famílias formadas mediante união estável, hetero ou homoafetivas. O STF já reconheceu a "inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico", aplicando-se a união estável entre pessoas do mesmo sexo as mesmas regras e mesmas consequências da união estável heteroafetiva (ADI 4277 e ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto, j. 05.05.2011) 2. Não é legítimo desequiparar, para fins sucessórios, os cônjuges e os companheiros, isto é, a família formada pelo casamento e a formada por união estável. Tal hierarquização entre entidades familiares é incompatível com a Constituição de 1988. Assim sendo, o art. 1790 do Código Civil, ao revogar as Leis nº 8.971/1994 e nº 9.278/1996 e discriminar a companheira (ou o companheiro), dando-lhe direitos sucessórios bem inferiores aos conferidos à esposa (ou

ao marido), entra em contraste com os princípios da igualdade, da dignidade humana, da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente e da vedação do retrocesso. 3. Com a finalidade de preservar a segurança jurídica, o entendimento ora firmado é aplicável apenas aos inventários judiciais em que não tenha havido trânsito em julgado da sentença de partilha e às partilhas extrajudiciais em que ainda não haja escritura pública. 4. Provimento do recurso extraordinário. Afirmação, em repercussão geral, da seguinte tese: "No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do CC/2002". (BRASIL, 2017).

Assim, a referida decisão ratificou que as famílias formadas por união estável, hetero ou homoafetivas, devem ser reconhecidas como entidades familiares legítimas pela Constituição Federal, e que, portanto merecem igual proteção, aplicando-se à união estável entre pessoas do mesmo sexo as mesmas regras e mesmas consequências da união estável heteroafetiva. Ainda, que não é legítimo desequiparar o casamento da união estável para fins sucessórios, por ser incompatível com a Constituição Federal de 1988 e sua sistemática protetiva, violando os princípios da igualdade, da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente e da vedação do retrocesso.

Concluiu, igualmente, que no sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do Código Civil de 2002.

Importante ressaltar, todavia, que essa decisão deverá ser aplicada somente às partilhas que ainda não foram estabelecidas, pois a modulação, para proteger a segurança jurídica, não atinge a partilha e as estruturas já estabelecidas, sendo aplicável apenas aos

inventários judiciais em que não tenha havido trânsito em julgado da sentença de partilha e às partilhas extrajudiciais em que ainda não haja escritura pública.

Por consequência, todo regramento compatível, pertinente à sucessão legítima do casamento, presente no Código Civil de 2002, deverá ser aplicado quando da sucessão legítima da união estável, salientando que a escolha do regime de bens, feita pelo casal, influenciará no direito sucessório dos companheiros.

Considerando a aplicação do regime sucessório do casamento quando da sucessão da união estável, de acordo com a decisão do STF, tratada neste artigo, o companheiro sobrevivente concorrerá com os descendentes, salvo se em união este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares; na falta de descendentes, em concorrência com os ascendentes, na falta de ascendentes, o convivente sobrevivente terá direito a herança, e na falta deste, herdarão os colaterais. Quanto às proporções, seguirão igualmente as regras dispostas no art. 1829 e seguintes do CC.

Neste momento, importante discorrer um pouco acerca da sucessão legítima da união estável após o julgamento dos Recursos Extraordinários (REs) 646721 e 878694, frisando que estes ratificaram a promoção de direitos fundamentais como igualdade e dignidade da pessoa humana, garantindo direitos à união estável.

A vida termina com a morte; da mesma forma termina a existência da pessoa natural. A partir da morte, abre-se a sucessão. A sucessão *causa mortis*, decorrente da transmissão de direitos e obrigações de uma pessoa que faleceu, visa realizar o direito fundamental à herança. Esta sucessão é tratada e estudada pelo

Direito das Sucessões, que encontra-se disciplinada no Código Civil, em vigor desde 2002.

A sucessão pode ser legítima ou testamentária. A legítima é regulada por lei e a testamentária, apesar de atender à lei no que couber, é um ato de última vontade. A sucessão legítima está prevista no art. 1829 e seguintes e a testamentária está prevista no art. 1857 e seguintes, ambos do CC 2002.

Conveniente salientar que existem dois graus de proteção, um aplica-se a parte disponível da herança, na qual há poder de disposição de acordo com a autonomia de vontade, que pode ser manifestada através de doação ou testamento. Caso não haja esta disposição, esta parte disponível será partilhada em conjunto com o restante do patrimônio, por meio da sucessão legítima. Outro grau de proteção aplica-se a parte indisponível da herança, que será considerada a legítima (que corresponde a metade dos bens da herança) e pertencerá aos herdeiros necessários (caso haja herdeiros necessários). Sobre esta parte não haverá exercício de autonomia de vontade, pois vigorará a norma cogente do direito sucessório. Apenas se não houver herdeiros necessários, não haverá legítima.

A lei vigente ao tempo da abertura da sucessão, que regulará a sucessão legítima e a legitimação para suceder, conforme dispõe o art. 1.787 do CC, definirá se o herdeiro terá capacidade para suceder; verificará se se trata de sucessão legítima ou testamentária, aplicando-se a cada uma o que dispôs a lei; disporá acerca da liquidação da herança; e, por fim, observada a capacidade, os herdeiros serão chamados à sucessão legítima, respeitada a ordem de vocação hereditária.

A ordem de vocação hereditária é uma relação com uma ordem preferencial, cuja ordem estabelece a preferência à herança e é determinada por lei infraconstitucional, no art. 1.829 do CC, qual seja, *in verbis*:

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III - ao cônjuge sobrevivente;

IV - aos colaterais.

Os herdeiros são chamados à sucessão na ordem que aparecem neste artigo, ressaltando-se que o mais próximo exclui o mais remoto.

Convém salientar que em relação à meação, deve ser respeitado o contrato de convivência, o que foi estipulado no mesmo em relação ao patrimônio dos companheiros.

Salienta-se que, na sucessão legítima dos companheiros, o contrato de convivência, que antes não tinha força ou validade para reger as relações advindas do direito sucessório, passou a ter importância e relevância para a sucessão de bens, pois com a declaração de inconstitucionalidade do artigo 1790 do CC, a sucessão legítima deverá seguir as regras constantes no art. 1.829 e seguintes do CC/2002; passando a importar a escolha do regime de bens.

Voltando a vocação hereditária, ressalta-se que esta é separada por classes, de modo que cada inciso do art. 1829 do CC deriva de uma classe específica de herdeiros (VENOSA, 2007, p. 104). Portanto os herdeiros são chamados à sucessão na ordem que aparecem neste artigo, ressaltando-se que o mais próximo exclui o mais remoto. Assim, se houver descendentes, os ascendentes não herdarão (VENOSA, 2007, p. 102). Contudo o companheiro sobrevivente irá

concorrer com os descendentes ou com os ascendentes (VENOSA, 2007, p. 105).

Em havendo concorrência do companheiro sobrevivente com os descendentes, aquele terá direito a quinhão igual ao dos descendentes que sucederem por cabeça, contudo se for pai ou mãe dos descendentes com quem concorrer, a ele caberá quota não inferior a quarta parte da herança, conforme preceituado no art. 1832 do CC.

Ainda, existem alguns requisitos para que o companheiro possa herdar em concorrência com os descendentes, quais sejam: não ser casado no regime de comunhão universal de bens ou no de separação obrigatória; ou se casado no regime de comunhão parcial de bens, o autor da herança houver deixado bens particulares; não estar separado judicialmente ou de fato há dois anos, salvo se prova neste caso de que a convivência se tornou impossível sem culpa sua, conforme o art. 1830 do CC.⁴

Assim, dependerá do regime de bens escolhido pelo companheiro e o autor da herança. O companheiro casado no Regime de Participação Final nos Aquestos, Regime de Comunhão Parcial de Bens com bens particulares, Regime de Separação Convencional de Bens poderá concorrer com os descendentes. Entretanto, os Regimes de Comunhão Universal de Bens, Separação Obrigatória de Bens e o de Comunhão Parcial de Bens sem bens particulares não gerarão concorrência.

Vislumbra-se, portanto, que o companheiro sobrevivente concorrerá na herança apenas em relação aos bens particulares do *de cuius*, quando se tratar do regime de comunhão parcial de bens

⁴ Art. 1.830. Somente é reconhecido direito sucessório ao cônjuge sobrevivente se, ao tempo da morte do outro, não estavam separados judicialmente, nem separados de fato há mais de dois anos, salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente.

e do regime de participação final nos aquestos. No que concerne ao regime de separação convencional de bens, o companheiro sobrevivente concorrerá com o total da herança deixada pelo *de cuius* (NICOLAU, 2009, p. 9).

Os ascendentes são os segundos na linha sucessória. Apenas serão chamados se o autor da herança não tiver deixado descendentes. Havendo ascendentes de mesmo grau e linhas diferentes, materna e paterna, cada um terá direito à metade da herança, ou seja, quando o autor da herança tiver pai e mãe pré-mortos, e avós paternos e maternos vivos, os avós da linha paterna receberão a metade da herança e os avós maternos receberão a outra metade da herança (VENOSA, 2007, p. 114).

Todavia, os ascendentes poderão concorrer com o companheiro sobrevivente, o que o farão em relação a toda a herança deixada pelo *de cuius* (NICOLAU, 2009, p. 11). Para que o companheiro concorra com os ascendentes, independerá do regime de bens escolhido, e deverá ser observado o art. 1.830 do CC, que dispõe que o companheiro para concorrer teria que estar em união, quando da abertura da sucessão, ou separado de fato há menos de dois anos.

Caso não haja descendentes nem ascendentes na linha sucessória do autor da herança, o companheiro sobrevivente terá direito ao total da herança.

Se não houver descendentes, ascendentes e/ou companheiro sobrevivente, os colaterais até o quarto grau serão chamados a suceder, com autorização do art. 1.839 do CC e conforme a ordem de vocação hereditária constante no art. 1.829, inciso IV do mesmo diploma (VENOSA, 2007, p. 137).

5 Dignidade da pessoa humana e igualdade

Importante salientar, ainda, que antes da CF88 o fundamento do Direito Sucessório no Brasil era a noção de continuidade patrimonial como fator de proteção, de coesão e de perpetuidade da família (HIRONAKA, 2002, p. 65). Contudo com o passar dos anos, a sociedade evoluiu cultural e historicamente, como também, o conceito social e jurídico de família, passando a CF88, conforme já mencionado, a reconhecer, como entidades familiares: a família constituída pelo casamento (art. 226, § 1º); a união estável entre o homem e a mulher (art. 226, § 3º); e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes, a chamada família monoparental (art. 226, § 4º), dando-se importância a pessoa individualmente, prevalecendo a proteção da possibilidade de autorrealização dos indivíduos.

Isto por que existe uma relação intersubjetiva entre as pessoas no que diz respeito à dignidade da pessoa humana quando esta procura o reconhecimento pelo outro; a dignidade da pessoa humana se encontra relacionada à condição humana de cada indivíduo e à convivência em sociedade (SARLET, 2013), existe uma relação interpessoal. Razão pela qual se torna importante o reconhecimento de direitos fundamentais individuais no âmbito familiar como também de direitos para a entidade familiar da união estável, em vista desta ser uma escolha praticada pelo casal quando exerce sua autonomia privada. Assim, a dignidade pressupõe liberdade, e não se tem dignidade sem liberdade.

Sendo assim, a concepção de família social e constitucional, a partir da CF 88 passou a ser vinculado à dignidade da pessoa humana, importando em considerável promoção de direitos às entidades familiares então reconhecidas.

Dentre estes direitos encontra-se o direito de escolha pela entidade familiar que mais se adequar ao casal para a constituição de sua família; considerado relevante decisão existencial, pois afeta a dignidade da pessoa humana, sendo por esta razão protegido constitucionalmente.

De forma que, considerando que “a finalidade da norma é garantir a proteção das famílias como instrumento para a própria tutela de seus membros [...] é natural concluir que o dever estatal de proteção não pode se limitar às famílias constituídas pelo casamento, estendendo-se a outras entidades familiares.” (BRASIL, 2017, p. 38).

Neste contexto, entende Franck Moderne (SARLET, 2013, p. 24) que a concepção de dignidade “parte do pressuposto da necessidade de promoção das condições de uma contribuição ativa para o reconhecimento e proteção do conjunto de direitos e liberdades indispensáveis ao nosso tempo”, de forma coletiva e individual.

Quanto ao princípio da igualdade, importante asseverar que este exige a igualdade de aplicação do direito (igualdade perante a lei) e a igualdade na criação do direito (igualdade da lei). O princípio da igualdade na criação do direito demanda vinculação da legislação aos direitos fundamentais, impedindo tratamentos desiguais sem justo fundamento (BODO, 2012). Contudo, no contexto estudado, o direito fundamental da igualdade está relacionado à concepção de entidade familiar.

De tal modo, equipara-se a entidade familiar do casamento à entidade familiar da união estável para conferir a esta os mesmos direitos (aqueles que forem compatíveis) daquela, o que faz com que o direito fundamental da igualdade seja respeitado, influenciando, indiretamente, na proteção e respeito à dignidade individual de cada membro da entidade familiar.

Outrossim, como já mencionado, o casamento era a única entidade familiar considerada legítima e que possuía proteção. Ao longo do tempo, com o desenvolvimento da sociedade, outras entidades familiares foram ganhando espaço e alcançando seu reconhecimento e proteção, como a união estável. A união estável foi equiparada ao casamento e considerada uma entidade familiar legítima; cuja principal distinção do casamento encontra-se na formalização da entidade familiar. Não trazendo diferenciação de afetividade, duração ou estabilidade da relação entre o casal e este e os filhos, dentre outros, razão pela qual deve ser respeitado o princípio da igualdade de direitos entre a entidade familiar do casamento e da união estável no que lhe for compatível.⁵

Por conseguinte, a principal diferença entre as entidades familiares do casamento e da união estável está na formalidade de sua constituição. Formalidade esta que não traz ou permite hierarquização entre elas, pois ambas decorrem da afetividade e sociabilidade do ser humano. Esta formalidade tem apenas a finalidade de trazer mais segurança jurídica às relações sociais, o que não retira o direito dos indivíduos, qualquer deles, a igualdade de direitos, dignidade e proteção estatal.

Convém acrescentar que as relações de conjugalidade entre cônjuges e companheiros são iguais, razão pela qual não se pode desigualar os direitos advindos destas. Salienta-se que tratar de modo distinto indivíduos em situações iguais, não encontra guarida no texto constitucional (BRASIL, 2017).

Dessa forma resta imprescindível considerar e interpretar a CF 88 como uma unidade que é e em harmonia, de forma sistemática. A proteção estatal da família, constante na CF 88, não traz diferenciação

⁵ Este raciocínio, dentre outros fundamentos utilizados, foi aplicado pelo STF em relação ao direito sucessório da união estável, disciplinado pelo Código Civil de 2002.

entre a família constituída pelo casamento e a pela união estável, assim a lei infraconstitucional não poderá fazê-la.

Importante apontar, igualmente, sem grandes digressões, o princípio da não intervenção ou da liberdade disposto no art. 1513 do CC e no art. 1565, §2º do CC, nos quais asseveram que o casal, cônjuges ou companheiros, terão liberdade na instituição da comunhão de vida pela família e no planejamento familiar, observando-se, contudo os ditames legais.

Por fim, oportuna a conclusão de Pinto (2014, p. 971): “a estrutura da família atual é composta pelos princípios da solidariedade, da igualdade substancial e da liberdade de escolhas, todos esses ligados à dignidade da pessoa humana.” Não obstante, a família encontra-se em constante transformação, exigindo, assim, constante mudança normativa para a proteção de direitos vinculados a esta e aos seus membros.

6 Considerações finais

A união estável é a união afetiva de um homem e uma mulher ou de pessoas do mesmo sexo configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

A união estável foi reconhecida como entidade familiar pela Constituição Federal de 1988, fato este que trouxe repercussões positivas na conquista de direitos individuais e familiares de pessoas que optaram por esta forma de constituição de sua família.

Fato igualmente importante para a conquista de direitos relacionados à união estável foi a concepção de ‘família’ trazida pela Constituição Federal de 1988, a qual promoveu a relevância da dignidade da pessoa humana em detrimento da relevância do patrimônio. Essa mudança de paradigma conceitual de ‘família’ e a

proteção ao indivíduo, trazida pela CF88, contribuiu consideravelmente para as transformações recentes da entidade familiar da união estável, com a conquista de direitos individuais e familiares.

Alguns destes direitos foram reconhecidos com base no direito fundamental da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Dentre os direitos reconhecidos à união estável, aponta-se, nesta pesquisa, aquele que trata da aplicação do art. 1829 e seguintes do CC 2002, referentes à sucessão legítima. Com esta alteração, importante salientar que a escolha do regime de bens, quando da constituição da entidade familiar, passou a importar quando da sucessão legítima dos companheiros, influenciando na partilha de bens da sucessão destes.

Portanto, a união estável é, atualmente, uma opção de entidade familiar com direitos garantidos pelo ordenamento jurídico brasileiro, tanto pelo Direito de Família quanto pelo Direito Sucessório.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BODO, Pieroth; SCHLINK, Bernhard. *Direitos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. RE 646721. Relator: Min. Marco Aurélio. Relator p/ Acórdão: Min. Roberto Barroso. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento em 10 maio 2017. *Diário de Justiça eletrônico*, 11 set. 2017.

BRASIL. RE 878694. Relator: Min. Roberto Barroso. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento em 10 maio 2017. *Diário de Justiça eletrônico*, 06 fev. 2018.

DANTAS, Fábio Henrique Cavalcanti. *A história da união estável: do código de Hamurabi ao código civil de 2002*. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização)–Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, DF, 26 fev. 2008. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/16526>>. Acesso em: 10 out. 2009.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Direito sucessório brasileiro: ontem, hoje e amanhã. *Revista Brasileira de Direito de Família*, a. III, n. 12, jan./mar. 2002.

NICOLAU, Gustavo René. Sucessão legítima no Novo Código Civil. *Flávio Tartuce*. Disponível em: <http://www.flaviotartuce.adv.br/secoces/artigosc/Gustavo%20Nicolau_Sucess%C3%A3oLeg%C3%ADtima.doc>. Acesso em: 10 out. 2009.

PINTO, Cristiano Vieira Sobral. *Direito civil sistematizado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

STRAPAZZON, Carlos Luiz; INOMATA, Adriana. Restrições, privações e violações de direitos constitucionais fundamentais. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n. 32, p. 87-106, maio/ago. 2017. Disponível em: <<http://npa.newtonpaiva.br/direito>>/. Acesso em: 10 out. 2009.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito de família*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: direito das sucessões*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007. v. 7.

WALD, Arnaldo. *Direito civil brasileiro: o novo direito de família*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

A liberdade de manifestação do pensamento em razão da crença religiosa no RHC 134682 (STF): um estudo do caso Padre Jonas Abib

Rodolfo Ferreira Pinheiro¹

1 Introdução

Os cristãos trabalham arduamente na tentativa de conquistar fiéis em razão da ordem de Jesus Cristo "Ide por todo o mundo, pregai o evangelho a toda criatura." (BÍBLIA, 1985, Marcos 16:15). O verdadeiro cristão é um missionário, leva o evangelho a todas as pessoas, pois entende que depois de pregado os ensinamentos de Jesus Cristo ao mundo, virá o fim dos tempos (BÍBLIA, 1985, Mateus 24:14).

Além disso, o temor da apostasia também é motivo de preocupação nas igrejas, pois os devotos acreditam que "nos últimos tempos, alguns apostatarão da fé, dando ouvidos a espíritos enganadores e a doutrina de demônios." (BÍBLIA, 1985, 1 Timóteo 4:1). Levando os sacerdotes a mensagens enérgicas objetivando evitar a perda dos devotos.

A pregação religiosa dos cristãos para conquistar seguidores e evitar a apostasia é muitas vezes depreciativa de doutrinas e ofensiva ao sentimento de outras pessoas, potencialmente configuradora de ódio, intolerância, discriminação e violência. Demonizando principalmente o espiritismo e as religiões de matriz africana.

Diante deste contexto, o problema tematizado é o limite do proselitismo, à luz da Constituição Federal, tendo como foco a análise

¹ Mestrando em Direito pelo Programa de Mestrado Acadêmico em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina; rodolfofpinheiro@hotmail.com

do julgamento do Recurso Ordinário em Habeas Corpus 134.682 - Bahia, pela 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, no qual o Padre Jonas Abib respondeu por RACISMO RELIGIOSO, em razão das ideias proferidas no livro “Sim, Sim! Não, Não! – Reflexões de Cura e Libertação.”

A relevância do tema merece uma investigação sobre os direitos fundamentais a liberdade religiosa (Art. 5º, VI-VIII, da CF-88) e de liberdade de expressão (Art. 5º, IV, da CF-88). Foi concretizada uma revisão bibliográfica da dogmática, com aplicação da técnica de documentação indireta, abrangendo a pesquisa documental e bibliográfica, para discorrer os conceitos e categorias hábeis a identificar e delinear o objeto de pesquisa. Para conseguir os objetivos, no primeiro tópico são detalhadas as razões de fato e ressaltados os fundamentos jurídicos dos julgados do Tribunal de Justiça da Bahia e do Superior Tribunal de Justiça. Em seguida faz-se uma análise das razões de decidir do Supremo Tribunal Federal. Posteriormente, investiga-se o *locus* científico dos conceitos de liberdade religiosa e liberdade de expressão, para tecer as considerações sobre a consistência do argumento que entendeu pela atipicidade da conduta. Ao final são feitas as conclusões.

2 A acusação de racismo religioso (Art. 20, §§2º e 3º, da Lei nº 7.716/1989)

Jonas Abib, Padre da Igreja Católica Apostólica Romana desde 1964, fundador da Comunidade Carismática de Renovação Católica Canção Nova. No ano de 2003 lançou o livro “Sim, Sim! Não, Não! – Reflexões de Cura e Libertação”, vendendo cerca de 400 mil exemplares, jazendo na 85ª edição, no ano de 2007. Na obra externa suas ideias, valendo-se da condição de clérigo, objetivando orientar os católicos a respeito da incompatibilidade do cristianismo

com práticas espíritas, a respeito do espiritismo e de religiões da matriz africana, como a umbanda e candomblé. Escreve na obra:

O demônio, dizem muitos, "não é nada criativo". Ele continua usando o mesmo disfarce. Ele, que no passado se escondia por trás dos ídolos, hoje se esconde nos rituais e nas práticas do espiritismo, da umbanda, do candomblé e de outras formas de espiritismo. Todas essas formas de espiritismo têm em comum a consulta aos espíritos e a reencarnação. (p. 29-30). Os próprios pais e mães-de-santo e todos os que trabalham em centros e terreiros são as primeiras vítimas: são instrumentalizados por Satanás. [...] A doutrina espírita é maligna, vem do maligno. [...] (p. 16). O espiritismo não é uma coisa qualquer como alguns pensam. Em vez de viver no Espírito santo, de depender dele e ser conduzida por Ele, a pessoa acaba sendo conduzida por espíritos malignos. [...] O espiritismo é como uma epidemia e como tal deve ser combatido: é um foco de morte. O espiritismo precisa ser desterrado da nossa vida. Não é preciso ser cristão e ser espírita, [...] Esses 'trabalhos' são verdadeiros sacrifícios. É só olhar o que se manda fazer: são 'trabalhos' com pólvora, punhal, sangue, pinga... Tudo indicando vício, morte e destruição. Degolam galinha preta, bode, ovelha, amarram boca de sapo, pegam a roupa de fulano de tal, as peças íntimas do rapaz ou da moça... [...] Esses 'trabalhos são feitos para os demônios: para agradá-los. (p. 37) Limpe-se totalmente! (p. 17-18). Há pessoas que já leram muitos livros do chamado "espiritismo de mesa branca", de um kardecista muito intelectual que realmente fascina - as coisas do inimigo fascinam. Desfaça-se de tudo. Queime tudo. Não fique com nenhum desses livros. [...] (p. 43) (ABID, 2003, grifo nosso).

O Ministério Público do Estado da Bahia entendeu que as afirmações do livro, não estavam amparadas pelo direito fundamental à liberdade de crença (CF-88, art. 5º, VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias). O *parquet* ofereceu denúncia em desfavor

do Padre Jonas Abib, como incurso no delito tipificado no art.20, §§2º e 3º, da Lei nº 7.716/1989 (Crime de Racismo² - critério de conteúdo político-social). O Juiz de Direito da 12ª Vara Criminal da Comarca de Salvador/BA entendeu que estavam presentes indícios de autoria e prova da materialidade, e recebeu a denúncia (Ação Penal Pública n. 0064540-64.2008.8.05.0001).

Inconformado o Padre Jonas Abib impetrou ordem de habeas corpus no Tribunal de Justiça da Bahia (HC n. 143.147/BA), objetivando o trancamento da ação penal, com argumento da atipicidade da conduta e que Poder Judiciário “não tem como missão intrometer-se no debate teológico entre diferentes crenças.” O Tribunal denegou a ordem pleiteada sob o n. 0003653-1/2009.

Irresignado com a decisão do Tribunal de Justiça da Bahia, o clérigo impetrou nova ordem de habeas corpus no Superior Tribunal de Justiça, sustentando a inépcia da denúncia por falta de tipicidade objetiva e subjetiva na conduta. As razões se basearam no argumento de que sua obra se tratava de temática apologética religiosa, de proselitismo que decorre de sua missão de catequizar/evangelizar e conservar, pautada na liberdade de expressão de religião, com público alvo bem definido: os católicos convictos e os indecisos. No entanto, o Superior Tribunal de Justiça não acatou tais razões e determinou o prosseguimento da ação penal, sob os seguintes fundamentos:

² Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. Pena: reclusão de um a três anos e multa. [...] §2º Se qualquer dos crimes previstos no caput é cometido por intermédio dos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza: Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa. §3º No caso do parágrafo anterior, o juiz poderá determinar, ouvido o Ministério Público ou a pedido deste, ainda antes do inquérito policial, sob pena de desobediência: I - o recolhimento imediato ou a busca e apreensão dos exemplares do material respectivo; II - a cessação das respectivas transmissões radiofônicas, televisivas, eletrônicas ou da publicação por qualquer meio; III - a interdição das respectivas mensagens ou páginas de informação na rede mundial de computadores.

De início, cabe destacar que o trancamento do inquérito policial ou ação penal por meio de *habeas corpus* é medida excepcional, somente autorizada em casos em que fique patente, sem necessidade de análise fático-probatória, a atipicidade da conduta, a absoluta falta de provas da materialidade e indícios da autoria ou a ocorrência de alguma causa extintiva da punibilidade, o que não ocorre no presente caso [...] Tratando-se de crime de racismo, incide sobre o tipo penal a cláusula de imprescritibilidade prevista no art. 5º, XLII, da Constituição Federal [...] Ocorre que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do STJ é firme no sentido de que o crime de racismo não se restringe aos atos preconceituosos em função de cor ou etnia, mas abrange todo ato discriminatório praticado em função de raça, cor, etnia, religião ou procedência. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2016).

O Sacerdote Católico em Recurso Ordinário em Habeas Corpus aduziu no Supremo Tribunal Federal: 1) é Padre da Igreja Católica Apostólica Romana e, nessa condição, é autor do livro "Sim, Sim! Não, Não! – Reflexões de cura e libertação"; 2) em razão do teor da publicação, é acusado da suposta prática do crime de racismo (art. 20 da Lei 7.716/89); 3) a denúncia pinçou seis frases esparsas de um livro de 127 páginas, que se encontra na sua 85ª edição nacional para, fora de seu contexto, tentar fundamentar a prática de discriminação religiosa. No entanto, a conduta imputada é acobertada pelos direitos fundamentais de liberdade de expressão e religião, por isso a manifestação de opinião em nome da fé católica não valida a deflagração da ação penal e 4) o STJ não conheceu da impetração do habeas corpus, ocasião em que assentou a impossibilidade de trancamento da ação penal sem revolvimento de fatos e provas (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2016).

Em 29 de novembro de 2016 a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, composta pelos Ministros Luís Roberto Barroso (Presidente), Marco Aurélio, Luiz Fux, Rosa Weber e Edson Fachin (Relator), julgou

o Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 134.682 da Bahia – concedendo a ordem, por maioria de votos, sob o argumento de que hipótese da manifestação externada no livro estaria dentro do conceito de proselitismo, o qual faz parte do suporte fático da exteriorização das liberdades de expressão e liberdade de religião.

3 O julgamento pelo Supremo Tribunal Federal (RHC 13682/BA)

O Supremo Tribunal Federal se debruçou na tarefa de decidir se a conduta do Padre Católico Jonas Abib estava acobertada pela liberdade religiosa (art. 5º, VI-VIII, da CF-88) e no proselitismo decorrente desse direito fundamental ou se havia a subsunção do fato ao crime de racismo, tipificado no art. 20, §§2º e 3º, da Lei nº 7.716/1989.

O Ministro Luiz Fux entendeu que a liberdade religiosa não é valor absoluto, devendo sofrer restrições, pois uma das facetas é o dever de tolerância da religião alheia. Fundamentou: “eu encaro a questão da tolerância como a possibilidade de coexistência de todas as religiões sem discriminação, não a tolerância de ideias contrárias à religião alheia, sem o mínimo de comedimento no uso da linguagem.”

Sob esta perspectiva protetiva, é de se questionar se as pessoas que seguem uma crença religiosa diversa da minha devem ser respeitadas, não cabendo discursos intolerantes, como os do Eclesiástico da Igreja Católica Apostólica Romana, que ensina que os que professam o espiritismo, umbanda ou candomblé estão “possuídos pelo demônio”, ponderou o Ministro que tais pessoas acreditam nos seus rituais para a cura física ou da alma e talvez fiquem entristecidas com tais colocações de menosprezo.

Sobre tolerância entende Mota Pinto (2007, p. 740-780) que a

ideia de tolerância traduz-se na renúncia, por parte do tolerante, ao exercício de um poder negativo em relação a ideias, comportamentos ou pessoas que não lhe são indiferentes e que desaprova, designadamente nos domínios da crença e da religião, das ideias políticas, de convicções ou costumes sociais.

A tolerância seria o dever de prestação negativa em face daquele com crença religiosa diversa, devendo existir abstenção de exteriorização de ideias que diminuem ou humilham o outro. Para Voltaire (1993, p. 38): “o direito da intolerância é, pois, absurdo, e bárbaro; é o direito dos tigres, e bem mais horrível pois os tigres só atacam para comer, enquanto nós exterminamo-nos por parágrafos.”

Para John Locke é necessário evitar qualquer forma de desrespeito, quando o assunto é religião, pois é função da religião “evitar toda violência e injúria, seja ele cristão ou pagão.” O filósofo racionaliza a tolerância com base no amor esclarecendo que “é preciso juntar-lhes a benevolência e a caridade. Isso prescreve o evangelho, ordena a razão, e exige de nós a natural amizade e o senso geral de humanidade.” (LOCKE, 1983, p. 9).

O Relator Ministro Edson Fachin pontou que a liberdade religiosa “abrange o livre exercício de consciência, crença e culto. Ou seja, alcança a escolha de convicções, de optar, ou não, por determinada religião, de empreender proselitismo e de explicitação de atos próprios de religiosidade.” Explica, ainda, que tal direito fundamental está intimamente ligado a liberdade de manifestação de pensamento, pois funcionando como jaez de tutela efetiva da liberdade de religião, resguardando a possibilidade de exteriorização da doutrina religiosa da pessoa e atuação nos termos do que crê, pois “caso contrário, ao invés de verdadeira liberdade, ter-se-ia mera indiferença religiosa, o que não se conforma com a envergadura

constitucional da matéria." Ainda, elucida o motivo de proteção do proselitismo como faceta da proteção da liberdade de religião,

Esclareço que diversas religiões ostentam caráter universalista, vale dizer, almejam converter o maior número possível de pessoas. Embora nem todas as religiões detenham referida característica, é certo que o catolicismo, e o cristianismo de modo geral (religião professada pelo paciente), perseguem objetivo universalista. A esse respeito, aponto a passagem bíblica em Marcos 16.15: "Ide por todo o mundo, pregai o evangelho a toda criatura." A propósito, o vocábulo "catolicismo" provém do grego e significa "geral ou universal", a denotar que a máxima profusão de seus ideais constitui característica marcante da religião católica. Esse dado não pode ser desprezado. Nessa medida, tolher o proselitismo indispensável à consecução das finalidades de religiões que se pretendem universais configuraria, ao fim e ao cabo, o ataque ao núcleo essencial da liberdade de expressão religiosa. Importante consignar que o proselitismo religioso, em diversas oportunidades, é implementado à luz de um contraste entre as mais diversas religiões. Em outras palavras, o indivíduo que almeja a conversão de outrem, não raras vezes o faz sob argumentos de hierarquização entre religiões, almejando demonstrar a superioridade de suas próprias crenças, de modo que, corriqueiramente, as religiões pretendem assumir contornos de doutrinas de primeira ordem. O proselitismo, portanto, ainda que acarrete incômodas comparações religiosas, não materializa, por si só, o espaço normativo dedicado à incriminação de condutas preconceituosas. Referida ação constitui não apenas desdobramento da liberdade de expressão religiosa, mas, mais que isso, figura como núcleo essencial desse direito, de modo que negar sua prática configuraria, inafastavelmente, excessiva restrição às liberdades constitucionais. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2016).

Nada obstante, colhe-se deste voto que a liberdade religiosa, como os demais direitos fundamentais, "não ostenta caráter absoluto, devendo ser exercitada de acordo com a delimitação precisada pela

própria Constituição, forte no Princípio da Convivência das Liberdades Públicas." Todavia, "os limites de discursos religiosos não coincidem, necessariamente, com explicitações atinentes aos demais elementos normativos do tipo, quais sejam, raça, cor, etnia ou procedência nacional."

Para o Ministro Relator, que adotou as razões de Norberto Bobbio, a discriminação não poderia ultrapassar três etapas, de forma cumulativa: 1) juízo cognitivo em que se reconhecem as diferenças entre os indivíduos, um "juízo de fato deste gênero, não há nada de reprovável: os homens são de fato diferentes entre si"; 2) juízo valorativo direcionado à hierarquização, valorando "necessita que, dos dois grupos diversos, um seja considerado bom e o outro mau, ou que um seja considerado civilizado e o outro bárbaro, um superior (em dotes intelectuais, em virtudes morais, etc.) e o outro inferior" e 3) juízo em que se exterioriza a necessidade ou legitimidade de exploração, escravização ou eliminação do indivíduo "deste juízo a consequência de que é seu dever escravizá-lo, explorá-lo ou até mesmo eliminá-lo."

Portanto, na visão do Ministro Edson Fachin, seria imperioso que se ultrapasse as três etapas, não bastando uma ou duas, para que a conduta seja tipificada como racismo. "Também descabe potencializar o proselitismo, por si, para fins de reconhecimento de realização de uma espécie de guerra santa, mantida com base em discurso odioso, tampouco para legitimar atos de violência ou perseguição aptos a macular a dignidade humana."

Neste sentido o Ministro Relator entendeu que a conduta do Padre Católico foi *"intolerante, pedante e prepotente, se insere no cenário do embate entre religiões e decorrente da liberdade de proselitismo, essencial ao exercício, em sua inteireza, da liberdade de expressão religiosa."*

O Ministro Relator ponderou que a conduta se adequa na tipicidade formal do crime capitulado no art.20, §§2º e 3º, da Lei nº 7.716/1989, mas “sob o ângulo da tipicidade conglobante” o fato é atípico, não justificando o jus puniendi do Estado. A tipicidade penal só resta caracteriza com a soma da tipicidade formal (conduta descrita na lei penal) e da tipicidade conglobante (conduta violadora do ordenamento jurídico). Zaffaroni (2018, p. 463) pontua que “a tipicidade conglobante é um corretivo da tipicidade legal.”

A Ministra Rosa Weber, por seu turno, disse que a “tolerância é o valor maior a ser lapidado no atual momento em que vivemos, e exercendo a minha tolerância com tamanha falta de tolerância com a religião dos outros, numa perspectiva de uma sociedade plural, como a nossa, e de um Estado Democrático de Direito.” Votou convergindo com o Ministro Edson Fachin, entende que apesar da intolerância nas afirmações do religioso, a conduta não chega a caracterizar ilícito penal, considerado o direito fundamental as liberdades de expressão e religião previstas na Constituição.

O Ministro Marco Aurélio, acompanhando o Relator, observou que: “Não vejo discurso que pudesse ser enquadrado, considerado o gênero, como de ódio, mas em que se diz que os católicos, aqueles pelo menos batizados, e que vieram a aderir ao espiritismo, devem abandoná-lo”. Acrescentou trecho do livro em que o Sacerdote Católico afirma que “o pai de santo pode ser muito “bom”, seus auxiliares também; são um povo caridoso, humilde, não nego”, inferindo que as opiniões não são dirigidas à pessoa, mas a religião que pratica, o que afastaria o ilícito penal.

O Ministro Luís Roberto Barroso acompanhou o entendimento para o caso concreto (RHC n. 134.682-BA), mas sublinhou que seu pensar é no sentido de que no caso de pessoas “vulneráveis” (como

negros e homossexuais) existiria uma "liberdade amarela" se aplicando a doutrina do *hate speech*. Do voto colhe-se:

A tolerância passa um pouca a impressão, assim: "Olha, eu estou certo, mas não tem problema o que você pense o que você pensa". Quando, na verdade, eu acho que, pouco diferentemente, o mundo é feito mesmo de pessoas que são diferentes, pensam diferente, constroem vidas diferentes. Logo, somos todos parte de uma completude, o mundo é feito de liberais e de conservadores, é feito de pessoas que veem a vida de uma maneira diferente. E eu não acho que se possa optar por certo ou errado. De modo que a relação, mais do que de tolerância, é de aceitação de que fazemos parte de uma unidade e que essa é composta de partes diferentes. Há um verso feliz, doutor Belisário, que fez uma belíssima sustentação, de Vinicius de Moraes em que se diz: "Bastar-se a si mesmo é a maior solidão." Eu, verdadeiramente, penso assim [...] Quer dizer, são manifestações de absoluta inaceitação do outro, quer dizer, você é diferente de mim e pensa diferente do que eu penso, e, portanto, você não deveria nem ter o mesmo direito que eu tenho de estar aqui. Essa é uma forma, eu diria, menos feliz de professar a vida. Porém, e nesse ponto concordando com o eminente Relator, *a liberdade de expressão não protege apenas as falas com as quais eu concordo ou as falas de bom gosto. Justamente pelo contrário, a liberdade de expressão existe para proteger quem pensa diferente de mim.* [...] De modo que não creio que este caso seja um caso em que se aplique a doutrina do *hate speech*. Ou seja, não acho que os espíritas sejam um grupo historicamente vulnerável para invocar o tipo de proteção que a exceção do *hate speech* admitiria. E embora considere que a fala do nosso padre ultrapasse todos os limites do erro escusável, não acho, todavia, que ela ultrapasse as fronteiras do crime. Portanto, estou, igualmente ao Relator, dando provimento a este recurso. Não acho, pelo contrário, acho que são oportunas e relevantes as observações do Ministro Luiz Fux neste caso. Apenas, como penso que a exceção do *hate speech* deve proteger grupos vulneráveis, que aqui não vislumbrei, por essa razão, não estou acompanhando Sua Excelência, e sim o Relator. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2016, grifo nosso).

A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal entendeu que a liberdade de manifestação de pensamento em razão do direito fundamental a liberdade de crença religiosa deve ser tutelada de forma diferente, permitindo inclusive a crítica a outras crenças religiosas. Esta leitura inclui o proselitismo no âmbito de proteção de tal direito próprio das religiões que buscam demonstrar que sua crença é a verdadeira e as demais são errôneas. Contudo, o discurso proselitista, não pode ultrapassar, cumulativamente, os três juízos: 1) juízo cognitivo em que se reconhecem as diferenças entre os indivíduos; 2) juízo valorativo direcionado à hierarquização e 3) juízo em que se exterioriza a necessidade ou legitimidade de exploração, escravização ou eliminação do indivíduo ou grupo tido como inferior. Há casos em que o proselitismo ultrapassa os dois primeiros juízos, mas que não deve gerar sanções penais, pois o direito penal seria a *ultima ratio*, não podendo o *jus puniendi* estatal atuar em quaisquer condutas, ainda que socialmente inadequadas. Apesar de reprováveis tais condutas não são consideradas ilícitas.

4 O proselitismo no âmbito de proteção à liberdade de crença religiosa

Para Robert Alexy, na sua Teoria dos Direitos Fundamentais, as normas são: a) regras (direitos definitivos): comandos categóricos que se aplicam por subsunção e b) princípios (direitos *prima facie*): mandamentos de otimização, diretrizes de resultados máximos, que buscam atender as possibilidades legais e materiais, se aplicam pelo balanceamento. A distinção entre regras e princípios é de caráter qualitativo (analítica-estrutural).

Em caso de conflito entre regras a solução é a cláusula de exceção ou a invalidade de um das regras, mas no caso da colisão

de princípios deve ser utilizado um critério de peso. “Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face de outro sob determinadas condições.” (ALEXY, 2015, p. 93).

No caso do Padre o conflito entre os princípios fundamentais a liberdade religiosa e liberdade de expressão e honra dos adeptos do espiritismo e de religiões da matriz africana pode ser resolvido pela teoria de Robert Alexy.

Para solucionar a colisão são três passos: 1) a adequação do meio: procurar o meio que consiga o fim almejado, infringindo o mínimo possível o princípio; 2) a necessidade desse meio: não se vale do meio se outro mais suave ou menos restritivo pode ser utilizado e 3) se após os dois primeiros passos a colisão não for solucionada se recorre à ponderação: é realizado o balanceamento, para se desvendar qual dos princípios é mais importante no caso concreto.

A liberdade de crença na teoria de Robert Alexy é norma “pesada”. “Um exemplo de norma de grau de generalidade relativamente alto é a norma que garante a liberdade de crença.” (ALEXY, 2015, p. 93). O proselitismo é a exteriorização da liberdade de crença religiosa, “se X é uma ação (um fazer ou não fazer) e não é proibida por meio de uma norma jurídica formal e materialmente compatível com a Constituição, então, a realização de X é permitida.” (ALEXY, 2015, p. 347).

Na Grécia o proselitismo é proibido pela Constituição (Art. 13, 2, da Constituição Grega). A prática é considerada crime com pena de prisão e multa no valor de 1.000 a 50.000 dracmas e vigilância da polícia por um período de seis meses a um ano (Art. 4º, da Lei Grega n. 1.363/1938) (FIGUEIREDO, 2018).

A hipótese no caso relatado é que o discurso desabonador de práticas espíritas, umbanda e candomblé pelo clérigo é consequência das suas convicções religiosas, e que tal crença e conduta são

constitucionalmente admitidas, pois resultam da proteção do direito fundamental a liberdade de crença. Um dos seus suportes fáticos deste direito fundamental é a expressão da convicção religiosa por meio do proselitismo. A prevalecer esta hipótese, umas das inferências que é não haveria espaço para se falar em discriminação ou preconceito, em uma lógica de que "O embate religioso, invariavelmente, envolve esta concepção de que determinada religião ou igreja há de ajudar o terceiro a alcançar um nível mais alto de bem-estar, de salvação." (TAVARES, 2018). Não existindo violação a honra dos espíritas ou dos seguidores das religiões de matriz africana.

Levando esta hipótese para o Direito Constitucional Brasileiro, não se pode olvidar da trajetória da liberdade religiosa dentro no histórico das nossas Constituições. Nos idos de 1824, com o advento da primeira constituição brasileira, outorgada por Dom Pedro I, se estabeleceu a religião Católica Apostólica Romana como a religião oficial do Império do Brasil, vivíamos em um Estado Confessional, às demais crenças religiosas era facultado apenas de cultos domésticos (Art. 5º, caput, da CB-24). A liberdade religiosa era parcial, pois as religiões apartadas do catolicismo eram apenas toleradas.

Após a proclamação da república, foi editado o Decreto nº 119-A, de 07/01/1890, racionalizado por Rui Barbosa, Deodoro da Fonseca, Aristides da Silva Lobo, Benjamim Constant, Eduardo Wandenholk, Campos Salles, Demetro Nunes Ribeiro e Quintino Bocayuva.

O Decreto vigorou por mais de cem anos, mas em 11 de janeiro de 1991 foi revogado por Fernando Collor de Mello (Decreto nº 11/1991). Permanecendo revogado por onze anos, até que em 4 de dezembro de 2002 foi revigorado por Fernando Henrique Cardoso (Decreto nº 4.496/2002).

O Brasil a partir do Decreto nº 119-A/1980 definiu a separação do Estado e da Igreja, transformando a República Brasileira em um Estado Laico, adotando uma postura neutra, ou seja, o Estado não se intromete nas questões da Igreja e vice-versa. Todavia, protetor da diversidade de crenças religiosas, o que é diferente de *laicismo* posição muitas vezes contrária à liberdade de crença religiosa. “O laicismo significa um juízo de valor negativo, pelo Estado, em relação à postura de fé.” (TAVARES, 2008).

As Constituições de 1891 (Art. 72, §3º, da CF-91); 1934 (Art. 113, 5, da CF-34); 1937 (Art. 122, §4º, da CF-37); 1946 (Art. 141, §7º, da CF-46) e 1967 (Art. 5º, *caput*, da CF-67) sustentaram o Estado Laico com a proteção a liberdade de crença religiosa. A atual Constituição Federal de 1988 (Art. 5º, VI-VIII, da CF-88) segue a mesma linha das demais.

É da natureza humana a crença de deter a verdade. Em matéria de religião às discussões são acaloradas, pois é crucial para o êxito espiritual trilhar o caminho correto. A doutrina do cristianismo, islamismo, hinduísmo, budismo, sikhismo, judaísmo e espiritismo têm diversos pontos de divergência. Tolerância é ponto fundamental da convivência entre as diversas ideologias religiosas e garante a pluralidade de religiões.

A Constituição Federal quando tutela a liberdade de crença religiosa faz em quatro dimensões distintas: 1) liberdade de crença (CF-88, art. 5º, VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença - primeira parte); 2) liberdade de culto (CF-88, art. 5º, VI - sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias - *in fine*); 3) liberdade de associação religiosa (CF-88, art. 5º, XVII - é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar e XX - ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado) e 4) liberdade de comunicação de ideias

religiosas (CF-88, art. 5º, IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença).

A liberdade de comunicação de ideias religiosas abrange a possibilidade de catequizar/evangelizar o que abrangeria a prática do proselitismo. Vários cristãos, das mais diversas igrejas, têm a convicção que as práticas do espiritismo, umbanda e candomblé são diabólicas. Há um desprestígio dos seguidores de tais doutrinas pelos cristãos. A ideia dos apóstolos de Jesus Cristo é que tais pessoas estão perdidas e precisam de ajuda para obter a salvação. Por isso, diminuem a fé destes, na convicção de realizarem um bem para tais pessoas. O ímpeto varia de pessoa para pessoa, mas para adeptos de algumas religiões é vital a tarefa de evangelizar/catequizar visando angariar adeptos para sua religião, ainda que com o desmerecimento das demais. "Bastaria lembrar a histórica expansão do cristianismo e do Islã, bem como, especialmente, o caso das Testemunhas de Jeová e dos Mórmons, notáveis pelo vigor e insistência dos esforços proselitistas." (WEINGARTENER NETO, 2007, p. 117).

Na visão dos cristãos o espiritismo é uma forma de feitiçaria. Creem que a possibilidade de comunicação com mortos é uma mentira utilizada por satanás desde o princípio, quando enganou Eva no Jardim do Éden: "Certamente não morrereis. Porque Deus sabe que no dia em que dele comerdes [...] sereis como Deus" (BÍBLIA, 1985, Gênesis 3:4, 5). A Bíblia consigna que "Os mortos não sabem coisa nenhuma. [...] E já não têm parte alguma neste século, em coisa alguma do que se faz debaixo do Sol." (BÍBLIA, 1985, Eclesiastes 9:5, 6). Uma leitura desta passagem admite a interpretação de que não haveria a possibilidade de comunicação com os mortos, e que tal conduta é obra do maligno.

Consta na Bíblia outra passagem que sugere fugir de tal prática “Quando uma alma se virar para os adivinhadores e encantadores, para se prostituir após deles, Eu porei a Minha face contra aquela alma, e a extirparei do meio do seu povo.” (BÍBLIA, 1985, Levítico 20:6). Afirma o Padre Jonas que “o conceito de reencarnação, professado pelo espiritismo, anula os fundamentos da vida cristã. Se nosso aperfeiçoamento se dá por contínuas reencarnações, é sinal de que Jesus morreu em vão.” (ABIB, 2017). A interpretação do clérigo leva a compreensão de que ao escrever estas assertivas duras em sua obra, estava ele realizando um bem e não um mal, ao desprestigiar a prática do espiritismo.

Para que a liberdade religiosa seja devidamente tutelada é imperioso que o indivíduo possa agir segundo suas crenças, “a liberdade religiosa não seria adequadamente tutelada se admitisse uma tão estrita como simplificadora bipolaridade entre crença (belief) e conduta (action), que resultasse numa generosa proteção da primeira e na desvalorização da segunda.” (MACHADO, 1996, p. 222). Cada pessoa acredita que está seguindo sua fé dentro da religião verdadeira, e deseja externar através da liberdade de manifestação de pensamento suas convicções, que muitas vezes irão ofender o pensamento diverso.

O Tribunal Constitucional Federal Alemão entendeu que

o Art. 41 GG, protege a liberdade de crença. A decisão por ter ou não ter uma crença é, assim, assunto do indivíduo, e não do Estado. O Estado não pode nem lhe prescrever nem lhe proibir uma crença ou uma religião. Faz parte da liberdade de crença, porém, não somente a liberdade de ter uma crença, mas também a liberdade de viver e comportar-se segundo a própria convicção religiosa (cf. BVerfGE 32, 98 [106]). (MARTINS; SCHWABE, 2005, p. 369).

A ênfase do discurso proselitista, por vezes petulante, é resultado de uma ideia comum entre os religiosos da convicção de “senhor da verdade” e cumpridor da missão de salvar os perdidos. Este ponto de vista, é claro, não pode tolerar a violência, mas se baseia no argumento de que a crítica mesmo que não velada é perfeitamente possível e admitida pela Constituição Federal, pois dentro do suporte fático de que a manifestação de pensamento atrelada à liberdade religiosa. Mesmo que esta liberdade religiosa contemple críticas endógenas entre os próprios cristãos. Um exemplo desta ocorrência é que não há unidade nas visões, uns entendem que o dia de guarda é o domingo; outros o sábado. Uns adoram imagens de escultura. Outros entendem que é tal prática é pecado. Canotilho e Moreira (2007, p. 609, grifo nosso) admitem que:

A liberdade de consciência consiste essencialmente na liberdade de opção, de convicções e de valores, ou seja, a faculdade de escolher os próprios padrões de valoração ética ou moral da conduta própria ou alheia. A liberdade de religião é a liberdade de adotar ou não uma religião, de escolher uma determinada religião, de *fazer proselitismo num ou noutro sentido, de não ser prejudicado por qualquer posição ou atitude religiosa ou antirreligiosa*. A liberdade de culto é somente uma dimensão da liberdade religiosa dos crentes, compreendendo o direito individual ou coletivo de praticar os atos externos de veneração próprios de uma determinada religião.

O proselitismo, resultante dos direitos fundamentais a liberdade de expressão e liberdade de crença religiosa não justifica a violência. Todavia, o seu exercício não pode ser proibido, ainda, que às vezes caracterize certa prepotência ou desvalorização da crença de outra pessoa, “se toda espécie humana menos um fosse de uma opinião e apenas uma pessoa fosse de opinião contrária, a humanidade não estaria mais justificada ao silenciar essa única pessoa de que esta, se

tivesse o poder, estaria justificada em silenciar a humanidade." (MILL, 2002, p. 386).

5 Conclusão

No Recurso Ordinário em Habeas Corpus 134682/BA restou demonstrado à preocupação, da maioria, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal com a tutela da liberdade da manifestação de pensamento, com espeque na liberdade de crença religiosa exteriorizada no proselitismo.

A tese vencedora esclarece que a tipicidade conglobante não restou caracterizada, pois para que ocorra o fato típico é necessário que a conduta esteja proibida pelo ordenamento jurídico globalmente considerado, não apenas no tipo penal. Já que não ocorreu no caso em discussão *violência, dominação, exploração, escravização, eliminação ou supressão de direitos fundamentais*. Ou seja, o narrado no livro não constitui conduta criminosa, mas está protegido pelo proselitismo, consequência natural da liberdade religiosa.

O caso é importante para o entendimento do direito fundamental a liberdade de religião, pois o Estado Laico não deve apenas proteger o não fazer da pessoa humana decorrente de tal direito, mas também o fazer (manifestação do pensamento, mesmo que desvalorizando a crença do outro).

Assim, é possível comparar duas religiões desvalorizando uma e supervalorizando a outra sem com isso responder criminalmente por racismo, desde que nos limites estabelecidos pelo Supremo Tribunal Federal, pois é consectário lógico da liberdade religiosa. Não significando intolerância religiosa, mas o proselitismo natural das diversas crenças religiosas, principalmente daquelas que entendem como missão o catequizar/evangelizar e conservar.

Referências

ABUD, Jonas. O que o espiritismo professa? *Canção nova*. Disponível em: <<https://padrejonas.cancaonova.com/informativos/artigos/o-que-o-espiritismo-professa>>. Acesso em: 10 dez. 2017.

ABUD, Jonas. *Sim, Sim! Não, Não! – Reflexões de Cura e Libertação*. Canção Nova: Cachoeira Paulista, 2003.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. Malheiros: São Paulo, 2008.

BÍBLIA. Português. *A Bíblia de Jerusalém*. Nova edição rev. e ampl. São Paulo: Paulus, 1985.

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>. Acesso em: 09 abr. 2018.

BRASIL. Decreto 119-A, de 07 de janeiro de 1980. Prohibe a intervenção da autoridade federal e dos Estados federados em matéria religiosa, consagra a plena liberdade de cultos, extingue o padroado e estabelece outras providencias. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 09 jan. 1980. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d119-a.htm>. Acesso em: 11 abr. 2018.

BRASIL. Decreto n. 7.107, de 11 de fevereiro de 2010. Promulga o Acordo entre o Governo da República Federativa do Brasil e a Santa Sé relativo ao Estatuto Jurídico da Igreja Católica no Brasil, firmado na Cidade do Vaticano, em 13 de novembro de 2008. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 13 fev. 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/decreto/d7107.htm>. Acesso em: 09 abr. 2018.

BRASIL. Lei n. 7.716, de 05 de janeiro de 1989. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 07 jan. 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7716.htm>. Acesso em: 09 abr. 2018.

BRASIL. Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 22 dez. 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Cci-vil_03/leis/L9394.htm>. Acesso em: 09 abr. 2018.

BOBBIO, Norberto. *Elogio da serenidade*. São Paulo: Editora Unesp, 2000.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. São Paulo: Led. Brasileira, 2007. v. 1.

FIGUEIREDO, Marco Aurélio Mellucci e. O caso Kokkinakis no Tribunal Europeu de Direitos Humanos - liberdade de pensamento, consciência e religião. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, a. XV, n. 106, nov. 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12382&revista_caderno=16>. Acesso em: 10 abr. 2018.

LOCKE, John. *Carta acerca da tolerância*. Tradução Anoar Aiex. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983. (Col. Os Pensadores).

MACHADO, Jônatas. *Liberdade Religiosa numa comunidade constitucional inclusiva*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

MARTINS, Leonardo; SCHWABE, Jurgen. *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Konrad, 2005.

MILL, John Stuart. Sobre a Liberdade. In: MORRIS, Clarence (Org.). *Os grandes filósofos do direito: leituras escolhidas em direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

MOTA PINTO, Paulo. Nota sobre o 'imperativo da tolerância' e seus limites. In: AA. VV. *Estudos em Memória do Conselheiro Luís Nunes de Almeida*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Recurso em Habeas Corpus n. 134.682/BA*. Órgão Julgador: Sexta Turma. Relator: Desembargador Convocado Ericson Maranhão. Julgamento em 31 mar. 2016. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=jonas+e+abib&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=2>>. Acesso em: 09 abr. 2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *RHC 134682/BA*. Órgão Julgador: Primeira Turma. Relator: Ministro Edson Fachin. Julgamento em 29 nov. 2016. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28JONAS+E+ABIB%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/yckxtkuk>>. Acesso em: 09 abr. 2018.

TAVARES, André Ramos. *O direito fundamental ao discurso religioso: divulgação da fé, proselitismo e evangelização*. Disponível em: <http://www.cjlp.org/direito/_fundamental_discurso_religioso.html>. Acesso em: 02 abr. 2018.

TAVARES, André Ramos. Religião e Neutralidade do Estado. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais RBEC*, Belo Horizonte, a. 2, n. 5, Item 3.1, 2008.

VOLTAIRE (François Marie Arouet). *Tratado sobre a tolerância*. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

WEINGARTENER NETO, Jayme. *Liberdade Religiosa na Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ZAFFARONI, Raúl Eugênio; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2018.

Direito de alteração do nome no assento do registro civil dos transexuais

Rosana de Cássia Ferreira¹

1 Introdução

O nome não é somente um detalhe na composição da identidade. Ele é extremamente significativo na vida social, uma vez que é inerente à personalidade. Por essa razão o novo Código Civil aborda o tema, clarificando o direito de todo indivíduo ao nome, compreendidos o prenome e o sobrenome. Como se há de verificar, o nome é mais que um termo escrito ou falado, uma vez que é responsável por traduzir aquilo que somos e esta totalidade arquitetada dentro do ser humano.

Deveras, o CC de 2002, ao preservar o nome, concretizou finalmente o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal. Rege a regra legal que o nome é inalterável, todavia ocorrem exceções relacionadas na lei. Ademais, algumas mudanças são asseguradas em deliberações judiciais, mesmo sem previsão legal.

Nesse sentido, o Poder Judiciário brasileiro se defronta com uma situação referente aos indivíduos transexuais. Essas pessoas procuram a Justiça para modificar o nome no seu registro civil e a decorrente alteração do documento de identidade.

Cumpra examinar, neste passo, que os transexuais se defrontam com inúmeras complicações no âmbito social, religioso, profissional e de diferentes espécies no cotidiano. Cite-se que umas

¹ Mestranda em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina de Chapecó, linha de pesquisa Direitos Fundamentais Cíveis: A Ampliação dos Direitos Subjetivos.

principais complicações é o nome civil não corresponder com o aspecto físico modificado do indivíduo. Isso cria dificuldades para a efetivação da finalidade básica da República: a promoção do bem comum, sem preconceitos ou discriminações.

Tenha-se presente que é função do Estado a proteção da intimidade dos transexuais, respaldando as escolhas de vida contra o tabu social. Indubitável é o dever constitucional da defesa da sexualidade dos transexuais, sem contendas referentes à existência da genitália compatível com o gênero exteriorizado.

Por conseguinte, nesta realidade, emerge a necessidade de se garantir a possível alteração do nome no assentamento de nascimento desses indivíduos, junto ao Registro Civil, com o intuito de se assegurar os direitos à autodeterminação, personalidade, intimidade e dignidade humana.

2 Direito ao nome civil

Essência da personalidade do indivíduo, o nome é a marca diferenciadora e obrigatória. Assim sendo, é impossível a existência de uma pessoa sem esta designação pessoal. Registre-se ainda que há mais de 40 anos, a Assembleia Geral das Nações Unidas sancionou entre os princípios essenciais intrínsecos às crianças, o nome. Assim, apresenta-se como uma das exigências fundamentais de existência social.

É um direito do cidadão o nome civil desde o seu nascimento. Isso está previsto no Código Civil e na Lei de Registros Públicos. Esse direito engloba a utilização irrestrita em todas as ações da vida civil, públicas ou privadas, concedendo exclusividade ao seu titular.

O sobrenome e o prenome são dois elementos fundamentais do nome com os quais a pessoa deve se identificar. Ressalta-se que o prenome não pode expor o indivíduo ao ridículo. O Código Civil

brasileiro, em seu art. 16, estatui que “toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome.” (BRASIL, 2002).

Individualizadora e identificadora são as funções essenciais atribuídas ao nome. Aquela emerge da necessidade de se diferenciar os indivíduos integrantes da sociedade; e esta decorre de um critério investigativo, já que com a convivência social faz-se necessária a identificação de seus participantes para os fins de direitos e obrigações. Dessa maneira, há que se registrar os membros. Ademais são eles passíveis de identificação para fins civil, administrativo ou criminal.

A imutabilidade, a imprescritibilidade, a inalienabilidade, a inestimabilidade, e a intransmissibilidade são características atribuídas ao nome civil. Relacionadas ao nome civil, essas características são relativas, uma vez que ocorre a evolução da sociedade e com ela os conceitos, as normas. Assim, faz-se necessária a adequação jurídica às necessidades e anseios sociais.

O componente primeiro do nome civil é o prenome ou nome individual. Ele sempre antecede o apelido de família ou patronímico. É a denominação de identificação do indivíduo, de modo direto relacionado à personalidade. Outrossim o nome caminha para além de sua função fundamental de individualização da pessoa. Expressa um prolongamento da dignidade, pois reporta-se a todos valores da pessoa na sociedade, além de conceder-lhe direitos que retratam a defesa de sua inteireza: física, intelectual, moral.

Para Barbosa (1942, p. 168), o nome é direito fundamental individual:

São os direitos inerentes à individualidade humana, ou à individualidade social: direitos fundamentais, ou constitucionais; direitos da pessoa, ou do cidadão: direitos que não resultam da vontade particular, por atos, ou contratos, mas da nossa própria existência na espécie, na sociedade e no Estado.

Pesquisas acerca do nome se misturam com pesquisas aprofundadas da sociedade humana, porquanto o instituto do nome civil possui vinculação estreita com ela. Não há possibilidade de considerar qualquer grupo humano sem seus membros se individualizarem por meio de sons significativos de suas particularidades perante o grupo em que estão inseridos. Dessa forma, inexistente na sociedade alguém que não seja indicado por um nome que também seja uma designação sonora da pessoa física.

O Professor Vampré (1935) assim se manifesta:

Poderíamos vulgarmente definir o nome como sendo o retrato sônico da pessoa física; do mesmo modo que a fotografia é o retrato linear, e o busto, o retrato plástico; isto é, um conjunto de sons, de traços, ou de relevos, pelos quais a tornamos conhecida de todos. Constitui assim o nome o mais antigo, o mais geral, e o mais prático elemento de identificação que possuímos, pois, estando todos sujeitos à lei da associação das idéias, a expressão de um nome nos faz acudir logo ao espírito da pessoa a quem ele se aplica, uma vez que a imagem sonora e a imagem física se tenham ligado duradouramente em nossa memória.

Porque se encontra na relação dos direitos da personalidade, é justamente um direito dúplice, integrante do Direito Público e do Privado. Público já que evidencia a imposição pela vida social da necessidade de apontar as pessoas que convivem nas relações jurídicas, morais, religiosas, políticas, econômicas, ou de qualquer espécie. Também é de interesse privado, uma vez que é característica da personalidade humana, protegida por garantias constitucionais de proteção e zelo. Assim concede ao indivíduo a prerrogativa de apelar para a tutela estatal.

3 O registro civil das pessoas naturais no Brasil

É antiga a necessidade de tornar públicos atos e negócios jurídicos. No Brasil, o papel dos Tabeliães se apresentava nas Ordenações do Reino. Dada sua importância, só o Rei podia indicá-los.

O vocábulo *registro* origina-se do latim *registru*. Seu significado é ato ou efeito de registrar, isto é, é aquilo que se escreve ou lavra em livro especial pelo escrevente de registro. Anotações oficiais de todos os dados referentes a nascimentos, casamentos, óbitos são efetuadas no Registro Civil. Durante o período imperial, essa incumbência pertencia à Igreja a qual regulamentava as condições e normas para o casamento. Ademais, quando ocorriam nascimentos, o batismo.

Nessa vereda, o Registro Civil das Pessoas Naturais constitui-se uma instituição universal. Consiste nos assentos em livros próprios, por Oficial Delegado. Isso se faz necessário para que, a qualquer tempo, possa se comprovar relativamente a determinada pessoa a ocorrência de nascimento, casamento e óbito. O objetivo do registro é a confirmação dos fatos da vida social, a qual apresenta direitos e obrigações. Isto é, para comprovar dados como: naturalidade da pessoa, sua idade, filiação, relação de parentesco, seu estado civil, sexo e causa do seu falecimento.

O registro civil advém de significativas relações de direito de família e sucessão. Assim, pode-se notar sua relevância em relação a registros públicos.

Conforme regulamento 18.542, de 24 de dezembro de 1928, de autoria de Dr. Philadelpho Azevedo, percebe-se que o Registro Civil das Pessoas Naturais começou com a Lei 586 de 06 de setembro de 1850. Concebeu-se o Primeiro Regulamento de Registro Civil por meio do Decreto 798 de 18 de janeiro de 1852, cujo teor afirmava

não afetar o Registro Religioso, regulado pelo Concílio Tridentino, nem Constituições do Arcebispado da Bahia, quanto aos batismos.

Para vencer os velhos hábitos, foram quarenta anos, com substituição dos assentos eclesiásticos. Pela Lei 1.144 e pelo Regulamento 3.069, de 17 de abril de 1863, estabeleceu-se o registro dos atos relativos ao casamento leigo para os acatólicos. Depois, chega-se ao Regulamento de Registro Civil, pelo Decreto no. 9.886 de 07 de março de 1888.

Proclamada a República, em 15 de novembro de 1889, o avanço extingue os obstáculos “eclesiásticos” com a decretação do Casamento Civil, único reconhecido oficialmente. Assim adveio o registro de solenidade do ato, determinado pelo Decreto 181 de 1890. Atualmente, estabelecido pelo Código Civil Brasileiro (artigo 1.536).

Com a promulgação do Código Civil Brasileiro, aprovou-se o regulamento ao qual se refere o Decreto no. 18.542, de 1928, para a realização dos serviços relativos aos registros públicos definidos pelo Código Civil. Depois de inúmeros empreendimentos para satisfazer as aspirações da sociedade, entra em vigência a Lei Federal 6.015 de 31 de dezembro de 1973.

Mesmo anterior à Constituição, a Lei nº 6.015/73 (Lei de Registros Públicos) ainda vige, somente com algumas modificações. O teor dessa lei são diversos atos e fatos verificados ao longo da vida: nascimento, casamento, óbito. Assim há a necessidade de estarem registrados para melhor divulgação, além de averbações e alterações que possam alterar o registro original.

Relativamente a este estudo, tenha-se presente que o anseio da população transexual é exclusivamente o ato de averbar a retificação do nome, condizente com sua nova realidade de gênero sexual exteriorizada, em seu registro de nascimento. Porém, como a Lei de Registros Públicos não prevê o ajustamento de forma

administrativa, a mudança do nome ocorre unicamente por decisão judicial que valide a retificação. Neste cenário, inúmeras são as decisões contrárias e favoráveis à mudança de nome. Destacam-se:

REGISTRO CIVIL. Retificação de nome e sexo jurídico Transexual com transtorno de identidade de gênero Realização de cirurgia de mudança de sexo Possibilidade de alteração do nome e do sexo jurídico Princípio da dignidade da pessoa humana Precedentes do STJ e deste Tribunal Sentença mantida Recurso desprovido. (TJ-SP - APL: 00302540520078260068 SP 0030254-05.2007.8.26.0068, Relator: Alexandre Marcondes, Data de Julgamento: 17/09/2013, 3ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 17/09/2013).

EMENTA: Registro Civil Retificação Transexualidade Alteração de nome Indeferimento Necessidade de cirurgia. 1. Embora permitida a retificação de nome e sexo em registro civil de nascimento, por transexualidade, entretanto, necessário se torna a cirurgia de redesignação de sexo. 2. Apelo conhecido e improvido. (TJ-PA – AC: 00201233920068140301 BELÉM, Relator: PRESIDENCIA P/ JUIZO DE ADMISSIBILIDADE, Data de Julgamento: 16/08/2010, 1ª CÂMARA CÍVEL ISOLADA, Data de Publicação: 31/08/2010).

O primeiro recurso sobre o tema foi julgado no STJ em 2007, sob a relatoria do falecido ministro Carlos Alberto Menezes Direito. No caso, a 3ª turma do STJ, seguindo o voto do ministro, concordou com a alteração, mas definiu, na ocasião, que deveria ficar averbado no registro civil do transexual que a modificação do seu nome e do seu sexo decorreu de decisão judicial.

Em outubro de 2009, a Terceira Turma, em decisão inédita, garantiu ao transexual a troca do nome e do gênero em registro, sem que constasse a anotação no documento. O colegiado determinou que o registro de que a designação do sexo foi alterada judicialmente constasse apenas nos livros cartorários. A relatora do recurso, ministra Nancy Andrighi, afirmou que a observação sobre alteração na certidão significaria a continuidade da exposição da pessoa a situações constrangedoras e discriminatórias.

O mesmo entendimento foi aplicado pela Quarta Turma, em dezembro de 2009. O relator do recurso, ministro João Otávio de Noronha, destacou que a Lei 6.015/73 (Lei de Registros Públicos) estabelece, em seu artigo 55, parágrafo único, a possibilidade de o prenome ser modificado quando expuser seu titular ao ridículo.

Recentemente o Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, reconheceu que pessoas transexuais podem alterar o nome e o sexo no registro civil sem que se submetam a cirurgia. O princípio do respeito à dignidade humana foi o mais invocado pelos ministros para decidir pela autorização:

ADI 4275 – Ação Direta de Inconstitucionalidade: 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 6015/73, de modo a reconhecer aos transgêneros que assim o desejarem, independentemente de cirurgia de transgenitalização, ou da realização de tratamentos hormonais ou patologizantes, o direito à substituição do 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.03.2018.

4 Hipóteses legais de alteração do nome no assento de nascimento

Vigora, na Constituição brasileira, a regra da imutabilidade do nome civil. Todavia, ela autoriza a alteração em certos casos, como: vontade do titular no primeiro ano seguinte ao da maioridade civil; decisão judicial que reconheça motivo justificável para a alteração; substituição do prenome por apelido notório; substituição do prenome de testemunha de crime; adição ao nome do sobrenome do cônjuge e adoção.

Conforme o artigo 57, caput, da Lei 6.015/1973, qualquer mudança posterior ao registro original do nome ocorrerá unicamente por exceção e motivadamente, após audiência do MP. Ademais será permitida por sentença do juiz. Na sequência, arquivar-se-á o mandado e publicar-se-á a alteração.

O artigo 109 é específico para a apresentação do processo a ser utilizado pelo interessado para a retificação do registro civil. Assinale ainda que, consoante especificado na Lei de Registros Públicos, salvo a retificação feita no ato do registro, qualquer outra somente poderá realizar-se em observância de sentença, nos termos do artigos 109 a 112 da LRP.

Impende observar que, se se referir somente a erro de grafia, o artigo 110 regulamentará o trâmite de retificação. Este dispositivo determina a possibilidade da correção de erros de grafia no próprio cartório no qual se encontra o assentamento.

Registre-se ainda a existência de casos em que as pessoas se sentem desconfortáveis com seu nome ou sobrenome. Citem-se duas situações: ou porque lhes causam mal-estar, constrangimento, ou porque simplesmente intentam que o direito de usar o nome de seus ascendentes seja reconhecido. Para isso recorrem à justiça.

Por decisão inovadora, a Terceira Turma do STJ posicionou-se pela mudança de nome para acatar a linhagem familiar, conservando os sobrenomes da mãe e do pai. O entendimento dos ministros do colegiado é que, embora esteja em vigência o princípio geral da imutabilidade do registro civil, a jurisprudência demonstra interpretação mais abrangente. Ela consente, com algumas exceções, a atenuação da regra (REsp 1.256.074).

Em outro caso apreciado, cujo prenome constrangia uma mulher, a Terceira Turma permitiu sua mudança. A pessoa justificou

que padecia de humilhações com o prenome Maria Raimunda. Dessa forma solicitou a alteração para Maria Isabel (REsp 538.187).

Nas situações de vínculo sócio-afetivo, caso o objetivo seja resolver em benefício da criança, a filiação sócio-afetiva prevalece sobre o vínculo biológico, conservando o nome do pai sócio-afetivo. O parecer foi da Terceira Turma do STJ, a qual decidiu pela permanência do nome do pai afetivo no registro civil de uma garota (REsp 1.259.460).

Oportuno se torna dizer que os poucos casos supracitados da jurisprudência brasileira não encontram sustentação na lei de registros públicos. É sobretudo importante assinalar que os tribunais estão admitindo significativamente as possibilidades de mudança do nome, mesmo que não prevista em lei específica. Todavia sem a alteração do patronímico familiar. Como se pode notar, a aspiração social reivindica a atualização e ampliação das previsões legais, para que expresse a realidade contemporânea.

5 Conceito de transexual

Denomina-se transexual a pessoa que detém uma identidade de gênero contrária ao sexo determinado no nascimento. Pessoas transexuais, homens e mulheres, usualmente realizam a mudança de seu sexo de nascimento para o sexo oposto com auxílio médico. Ocorre confusão, às vezes, entre ser transexual, ser travesti ou ser intersexual. Os conceitos são diversos, isto é, esses termos estão relacionados a diferentes situações do âmbito da sexualidade humana.

Segundo a medicina legal, travesti é uma desordem sexual em que acontece a alternância entre o masculino e o feminino. O indivíduo não tem repulsa à sua genitália. Com ela até sente prazer. Já a intersexualidade verifica-se quando o indivíduo nasce fisicamente entre o sexo masculino e o feminino. Ambos os órgãos genitais estão parcial ou completamente desenvolvidos, ou um predominando sobre o outro. Por

sua vez, verifica-se o transexualismo quando a pessoa enjeita a própria identidade sexual e se identifica psicologicamente com o gênero oposto. Assim ocorre confusão entre a identidade sexual física (o que a pessoa é) com a identidade sexual psíquica (o que ela pensa ser).

Especialistas esclarecem as causas da transexualidade. Para Vieira (1998):

O transexual apresenta uma anomalia surgida no desenvolvimento da estrutura nervosa central, por ocasião do seu estado embrionário, que, contudo, não altera suas atividades intelectuais e profissionais, visto que em testes aplicados apurou-se que possui, em regra, um quociente intelectual (QI) entre 106 e 118, isto é, um pouco superior à média. Para Klotz o transexual sofre uma impregnação hormonal no hipotálamo, pelo hormônio contrário, nos últimos dias de vida fetal ou nas primeiras semanas de vida. Já Dorina R. G. Epps Quaglia observa que o transexualismo pode advir de: a) alteração numérica ou estrutural dos cromossomos sexuais; b) testículo fetal pouco funcionante; c) stress inusitado na gestante; d) ingestão de substâncias antiandrogênicas pela gestante na fase crítica de estampagem cerebral; e) insensibilidade dos tecidos ao hormônio masculino; f) fatores ambientais adversos, que prejudicam, por exemplo, a identificação do menino com a figura paterna na infância.

A definição dada pelo Conselho Federal de Medicina, no artigo 3º, da Resolução nº 1.652/2002 para o transexualismo, é que o mesmo cumprirá, não menos que os seguintes critérios: I) desconforto com o sexo anatômico natural; II) vontade expressa de eliminar genitais, livrar-se das características primárias e secundárias do próprio sexo e ganhar as do sexo oposto; III) permanência desses distúrbios de forma contínua e consistente por, no mínimo, dois anos; e IV) ausência de outros transtornos mentais.

Diferente disso, para a Organização Mundial de Saúde (OMS), o transexualismo é apontado como uma patologia, classificada pelo

CID-10 F64E. Por essa razão, é possível a realização da intervenção cirúrgica de transgenitalismo, porém observando os critérios estabelecidos pela supracitada Resolução 1.652/2002 do Conselho Federal de Medicina.

O procedimento da cirurgia que transmutará a genitália masculina em feminina consistirá nas seguintes etapas: I) extirpação dos testículos ou seu ocultamento no abdômen, com aproveitamento de uma parte da pele do escroto para a formação dos grandes lábios; II) amputação do pênis, com manutenção da parte mucosa da glândula e do prepúcio para a formação do clitóris e dos pequenos lábios com sensibilidade erógena; III) formação de vagina; IV) desenvolvimento das mamas, com o uso de próteses de silicone e/ou administração de hormônios femininos.

Por outro lado, a cirurgia para mudar a genitália feminina em masculina compreende as seguintes fases: I) ablação dos lábios da vulva sem eliminação do clitóris; II) fechamento da vagina; III) ablação do útero; IV) ablação do ovário a fim de cessar a menstruação. Pode-se utilizar primeiramente o tratamento com hormônios masculinos; V) elaboração do escroto, com o uso dos grandes lábios e bolinhas de silicone para simular os testículos; VI) faloneoplastia, isto é, construção de um pênis, com utilização de retalho abdominal para seu revestimento e prótese de silicone. Ademais há a transferência de alguns nervos para garantir uma espécie de semiereção.

De opinião unívoca, assim se manifestou a Ministra Ellen Gracie, sobre esta questão em certo julgamento (ST 185):

Não desconheço o sofrimento e a dura realidade dos pacientes portadores de transexualismo (patologia devidamente reconhecida pela Organização Mundial de Saúde: CID-10 F64.0), que se submetem a programas de transtorno de identidade de gênero em hospitais públicos, a entrevistas individuais e com familiares, a reuniões de

grupo e a acompanhamento por equipe multidisciplinar, nos termos da Resolução 1.652/2002 do Conselho Federal de Medicina, com o objetivo de realizar a cirurgia de transgenitalização, pessoas que merecem todo o respeito por parte da sociedade brasileira e do Poder Judiciário.

O então Ministro da Saúde José Gomes Temporão, em 18 de agosto de 2008, pela Portaria nº 1.707, de 18 de agosto de 2008, estabeleceu a disponibilidade da cirurgia de transgenitalização como componente dos procedimentos médicos disponíveis nos hospitais brasileiros atendidos pelo Sistema Único de Saúde (SUS).

Ao ensejo da conclusão deste item, cabe destacar relevante decisão do STF: a Repercussão Geral no Recurso Extraordinário 670.422 do Rio Grande do Sul, cuja ementa discorre acerca da mutação do assento de nascimento para retificação do nome e do gênero sexual. Nela são debatidos princípios da personalidade, intimidade, dignidade humana, em convivência com os princípios da publicidade e veracidade dos registros públicos.

6 Direito à autodeterminação sexual

Tanto a transexualidade como a determinação sexual nem sempre tiveram relevância jurídica. Impende observar que é inclinação do Direito a manutenção de estruturas de dominação e controle ao contrário de proteger a inclusão. Acerca desta propensão, percebe-se a clara contradição entre os princípios da emancipação social que confluem para a igualdade, liberdade, cidadania e os princípios da regulação ou gestão da desigualdade e exclusão, refletida na evidente contradição das políticas públicas encaminhadas à autodeterminação de gênero. Isso ocorre porque, se por um lado a admitem como direito fundamental, por outro se apoiam na conceituação excludente de transtorno psíquico.

A Constituição de 1988 praticamente extingue a diferenciação entre os gêneros quando do ordenamento civil, pois há incompatibilidade com o princípio da isonomia. Não obstante, a discussão acerca da posição do transexual enquanto sujeito de direitos e garantias individuais não consiste na paridade entre os sexos prevista no inciso I, mas na possibilidade de autodeterminação do sexo e identidade de gênero, cuja negação impediria a eficácia dos direitos previstos no *caput* deste dispositivo constitucional.

A liberdade sexual (tanto no âmbito da autodeterminação identitária supramencionada, como no âmbito do exercício da sexualidade) é, primordialmente, liberdade a qual, caso desrespeitada, consiste em barreira real para uma vida digna. Destarte, o antes assunto interno e insolúvel do indivíduo, ao qual restava resignar-se com a impossibilidade de adequar o sexo fisiológico ao psíquico, agora é matéria do Estado. Isso se dá tanto pela preservação do direito social à saúde, como pelo papel regulador das relações humanas na esfera jurídica, as quais obrigatoriamente tramitam pelos direitos de personalidade e direito de família e cujas regras organizam a ideia de realidade.

Efetivamente, uma vez que todo indivíduo nasce para o mundo jurídico a partir do registro de seu nascimento junto ao órgão competente e morre para ele a contar da certidão de óbito, debate-se a viabilidade de concretização destes direitos fundamentais na situação do transexual. Isso compreende tanto sua aparência, como sua identificação civil, cujos efeitos somente se realizam no plano pessoal do indivíduo e daqueles em seu entorno, relativamente à alteração do sexo e do prenome no assento de nascimento. O intuito do transexual é sua inserção no universo das relações humanas (consequentemente, no universo das relações jurídicas), por conseguinte prenome e gênero em harmonia com sua identidade sexual.

Tenha-se presente que esse anseio de inserção encontra apoio na dignidade da pessoa humana, enquanto regra de Estado Democrático de Direito (artigo 1º, inciso III, CF). Em consonância com este estudo, a estruturação total do direito do transexual para os procedimentos médicos de conformação sexual resulta da patologização dessa condição (mediante Resolução do Conselho Federal de Medicina) e da compreensão de que essas ações apresentam característica terapêutica.

Roborando o assunto, o procedimento cirúrgico de mudança de sexo constitui-se somente uma particularidade de um processo que objetiva a proteção da dignidade da pessoa humana. Isso porque a simples transmutação da fisionomia é insuficiente para proteção plena do indivíduo transexual, já que se faz necessário assegurar sua integridade moral. Há que se assegurar tanto a integridade física do transexual, como o direito a uma identidade pessoal, na qual se inclui a identidade de gênero.

Em virtude dessas considerações, comprometer-se em garantir a integridade psíquica, moral e física do transexual significa, indubitavelmente, certificar o seu direito à identidade pessoal. Esse direito não se desanexa da possibilidade da alteração do gênero no documento de identificação civil e a adoção de prenome adequado. Refere-se à inclusão na sociedade e no mundo jurídico por meio da dignidade e da igualdade.

7 Possibilidade de alteração do nome no assento do registro civil dos transexuais

Paulatinamente, o direito à identidade para indivíduos transexuais alcançou expressão e progressão no reconhecimento deles como pessoas possuidoras de direitos. O reconhecimento do nome social por certos órgãos públicos estaduais e federais está assegurada,

enquanto, ao adentrar qualquer espaço em que a carteira de nome social não seja validada, o indivíduo passa a ser chamado pelo nome de nascimento. Isso não expressa sua identidade e insiste na violência e discriminação amargadas por essas pessoas.

A fragilidade dessa população, junto à inexistência de lei própria que assegure seus direitos para o ajustamento do nome e do sexo desconformes com sua identidade de gênero acarretam a busca, por alguns grupos e entidades civis, de mecanismos para o acesso à cidadania desses indivíduos (BENTO, 2014).

A chance de efetivação, pelo SUS e médicos particulares, de procedimento cirúrgico para redefinição sexual tornou-se importante para as decisões de retificação de registro civil. A intervenção para adaptação sexual visa principalmente à melhoria da saúde morfológica e psicológica do paciente. Ademais reafirma o gênero constituído social e culturalmente pela pessoa transexual. Todavia nem todo indivíduo transexual deseja e/ou pode efetuar essa intervenção cirúrgica.

Depois da intervenção de mudança sexual, inicia-se nova batalha para a retificação do registro civil, relativamente ao prenome e ao gênero, independente se o Conselho Federal de Medicina autorize a cirurgia de readequação sexual sem intervenção do judiciário. Em inúmeras ocasiões, quando intenta a mudança do registro civil no Poder Judiciário, o indivíduo transexual modificado defronta-se com a compreensão diferente do magistrado acerca da retificação de registro civil.

Mais que aspiração de obter o corpo modificado, a alteração de prenome efetiva o saneamento de todos os anseios sociais os quais por anos assinalaram a identidade da pessoa transexual. A datar do momento da permissão da retificação do prenome e do gênero, assegura-se a esse público o direito de viver a Dignidade da Pessoa

Humana plenamente. Outrossim essas pessoas desenvolvem sua personalidade (VIEIRA, 2012).

Conforme decisão recente, embora inexista previsão legal exclusiva para essas situações, ao transexual que se submeteu ao procedimento de alteração de sexo é possível a troca do nome e do gênero em registro sem a constatação de anotação no documento. Decisão inédita ocorreu da Terceira Turma, em outubro de 2009. O colegiado definiu, ademais, que o registro de que a designação do sexo sofreu alteração judicialmente conste somente nos livros cartorários, sem consignar essa informação na certidão (REsp 1.008.398).

A normatização mais atual do uso do nome social na esfera da Administração Pública Federal direta autárquica e fundacional efetivou-se pelo Decreto nº 8727, de 28 de abril de 2016 (BRASIL, 2016). Por meio dele há autorização da utilização do nome social e o reconhecimento da identidade de gênero de pessoas travestis e transexuais. Ou melhor, o público trans poderá desfrutar, desde esse momento, da estrutura governamental, até das políticas públicas de inclusão social, tratadas pela identidade de gênero que as representam (DILMA..., 2016).

A ministra Nancy Andrichi, relatora do recurso, declarou que a recomendação acerca da mudança na certidão representaria a sucessão da exposição da pessoa a ocorrências constrangedoras e discriminatórias (REsp 678.933). Ainda a ministra salientou que hoje a ciência não compreende somente o fato biológico como determinante do sexo. Há outros itens identificadores do sexo: fatores psicológicos, culturais e familiares. Em razão disso, a concepção do gênero não está restrita ao sexo aparente. Segundo a relatora, a tendência universal é regular juridicamente a existência desses indivíduos.

8 Do direito de alteração do nome no assento do registro civil dos transexuais

No decorrer da história, os direitos estão concatenados tanto com a Declaração dos Direitos do Homem, de 1789, idealizado no centro da Revolução Francesa, como com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, escolhida em Assembleia Geral das Nações Unidas e proferida com o fim de expor a todas as sociedades e nações a efetivação do bem-estar social tanto entre as populações dos próprios estados-membros, quanto entre as dos territórios sob sua jurisdição (COELHO, 2003, p. 181).

Os direitos da personalidade, sucintamente, referem-se aos direitos essenciais que objetivam a integridade física e moral de todo indivíduo. Desta maneira, visam resguardar as características da personalidade, que é a qualidade do ente considerado “pessoa”. Precisamente, a proteção compreende as particularidades psíquicas do indivíduo, além de sua integridade física, moral e intelectual desde o nascimento até a sua morte.

Consiste o princípio da Dignidade da Pessoa Humana no fundamento básico jurídico para os direitos da personalidade. Busca-se o respeito a cada aspecto do indivíduo, tanto seus sentimentos íntimos, sua dimensão psicológica, emocional ou moral, quanto sua integridade física. A Dignidade Humana é imensurável, necessita do mínimo existencial, dependendo das circunstâncias em que ela se estabelece. No presente, julga-se a Dignidade da Pessoa Humana uma grandeza constitucional. Isso indica que os acontecimentos jurídicos presentes na vida dos indivíduos avultam-se gradualmente, refletindo, de maneira mais arraigada e sensível, na certificação dos direitos da personalidade (LOTUFO; NANI, 2008, p. 274). Destaque-se aqui o direito ao nome.

Mister se faz ressaltar que não basta ter direito a um nome. Faz-se necessário que este nome assinale a pessoa no que concerne ao seu gênero. Desponta então a inevitabilidade de mudança do nome do transexual para sua compatibilidade às alterações físicas acontecidas após o nascimento.

Nesse quadro, o transexual não usufrui completamente dos direitos da personalidade, até atingir o ajustamento do seu registro civil, uma vez que seu nome não traduz a sua identidade física, psíquica ou emocional. Assim tem sua imagem, geralmente, relacionado a algo "anormal".

Em seu art. 5º, X, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem. Ademais reconheceu como direito essencial a dignidade da pessoa humana, nem sempre desfrutada por todos. À vista disso, para haver evolução na vida digna dos cidadãos transexuais, torna-se imprescindível a ocorrência tanto da correção do registro civil, como também da mudança de todos os seus documentos legais. Apenas assim esses indivíduos tão desprezados, existiriam em um nível de igualdade para o convívio social, em um status real de cidadania.

Nessa situação, evidencia-se que o público transexual e travesti demanda a mudança do registro, haja vista se tornar humilhante a exposição pelo nome de nascimento, quando o seu corpo não condiz com ele. Por isso, frente à transparência e à necessidade de políticas públicas para a correção do registro das pessoas transexuais e travestis, a jurisprudência e doutrina surge para possibilitar o ajustamento do registro civil do nome e do sexo, mormente quando ocorre o ato cirúrgico de redesignação sexual.

A estrutura jurídica brasileira contemporânea legitimou o princípio da inalterabilidade referente ao nome fundamentado no direito da personalidade, intentando proteger o ser humano. Assim,

o nome sofrerá retificação/alteração nos ensejos previstos em lei, ou em atenção a outros casos (como no da população transexual), atestados por decisão judicial, a qual se tornará averbada nos registros públicos – o espelho dos acontecimentos da vida de qualquer pessoa (FARIAS; ROSENVALD, 2011, p. 293).

A demanda paulatina de ações para esse tipo de correção deu força a que os operadores do direito voltassem os olhos para esses indivíduos que reivindicam sua inserção na sociedade, com a identidade pessoal reconhecida. Não se pode perder de vista que o nome civil é uma dimensão integrante da personalidade humana do qual emerge a dignidade no meio social e familiar (LIMA, 2011, p. 727-728).

Dando atenção a esse questionamento, a doutrina e a jurisprudência compreendeu, em determinadas situações, a impossibilidade da retificação do registro. Para isso recorreu à argumentação da precisão, regularidade e constituição da verdade dos registros públicos.

Assinale, ainda, que a Lei Maior, em seu artigo 3º, inciso IV, proíbe o preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outros moldes de discriminação. Ademais, no artigo 5º, inciso X, assegura que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas.”

Registre-se, também, a partir do exame somente dos dispositivos legais da Lei 6015/73, a impossibilidade da alteração do nome nestes casos, uma vez que não encontra apoio legal. Outrossim, irá de encontro ao princípio de que os registros públicos obrigatoriamente deverão se apresentar precisos, regulares e representar a expressão da verdade. Igualmente, ao fomentar essa mudança, poderá ocorrer a indução ao erro de terceiros, os quais poderão se comprometer com pessoa que julgam ser efetivamente de um sexo, que é ou já foi de outro.

Sob outra perspectiva, em não consentindo a mudança, desconsidera-se a proibição a qualquer modo de preconceito assentado em nossa Constituição, além das garantias determinadas no artigo 5º. Não é mansa e pacífica a questão ao buscar uma solução razoável para esta discussão. Destarte, consoante doutrina, Rosa Maria de Andrade Nery afirma que, caso se comprove a modificação de sexo, há que se realizar o ajustamento no registro. Assim sendo, cuide-se que os documentos sejam autênticos aos fatos da vida. Para mais há que se considerar a obrigação de segurança dos registros públicos e a conformação do nome ao novo sexo, seguida do registro confidencial da efetuação da cirurgia. É possível ao ocasional cônjuge, no momento do matrimônio, requisitar uma certidão na qual se encontram constará essas informações. Exclui-se então a indução ao erro de terceiro e a exposição humilhante do transexual.

Por sua vez, Antônio Chaves reconhece a impossibilidade de qualquer alusão nos documentos, mesmo confidencial, pois a lei reconhece a existência de somente dois sexos (o masculino e o feminino). Ademais a lei proíbe qualquer discriminação, mesmo ao transexual, fundamentado no parágrafo único do artigo 58 da Lei de Registros Públicos, de mudar seu prenome, permutando-o por seu apelido conhecido publicamente no espaço em que vive. Isto é, é inaceitável forçar o transexual a portar a marca da transexualidade ao reconhecer sua nova vida.

Registre-se finalmente a afirmação de Maria Helena Diniz. Ela alega que deve ocorrer o ajustamento do prenome ao novo sexo, inexistindo qualquer espécie de menção discriminatória na carteira de identidade ou qualquer outro documento. Isso porque impossibilitaria a sua absoluta integração social e afetiva.

9 Considerações finais

Por todo o exposto, afirma-se que a pessoa humana é um ser único em sua essência e constituição. É criatura provida de direitos naturais, essenciais e absolutos, oriundos de sua qualidade de ser humano. Isso os converte em particularidades indeclináveis de sua personalidade. Assim sendo, é de competência do Estado reconhecer, proporcionar e proteger cada um, nos fatores que suprem seus desejos e necessidades. Além de respeitar e garantir sua individualização.

Relativamente ao transexualismo, a complexa missão é inserir estes indivíduos à convivência social de forma harmônica, legitimando-os com ações positivas, de preservação de direitos fundamentais, para evitar a exclusão dessas minorias do ambiente social.

O Direito à Identidade é a principal inquietude do público trans. Se, ao crescer, a identidade entre sexo biológico e sexo psíquico, ou entre o sexo definido ao nascimento e a experiência de gênero construída, não convergem para igual identidade de gênero, desencadeia sofrimento psicológico e emocional. Depois da correção de registro civil e, em certas situações, a mutação cirúrgica de transformação sexual, ou outros procedimentos de alteração física para a reafirmação do gênero, eventualmente seja possível a vivência plena de a sua identidade. Isso se a sociedade se encontrar preparada para aceitá-la (POLI; RABELO; VIEGAS, 2014, p. 26).

A mudança de registro civil do nome, a operação de redesignação sexual e outros procedimentos de alteração física para a reiteração do gênero vivido representam os desejos dessa população, que vê nessas modificações, a viabilidade de existência plena de sua identidade.

Não se pode olvidar que o procedimento cirúrgico de transgenitalização é meramente o princípio de um transcurso de

proteção da dignidade do transexual, já que não é suficiente simples mudança física para interromperem os constrangimentos e preconceitos experimentados. Com o intuito de garantir uma vida decente ao transexual, na busca de sua plena inclusão social, há que se percorrer longa contenda judicial para modificação do prenome e do sexo do registro civil. E esse tema mantém-se árduo na esfera dos Tribunais brasileiros.

Posto isso, vale ratificar a necessidade de redefinição da compreensão social, dos poderes públicos e reorientação da legislação em vigor, com o intuito a dilatar as possibilidades de alteração do nome. Mormente em situações de modificação de gênero sexual. Assim se garantirá a dignidade a estes indivíduos.

Referências

BARBOSA, Rui. *Obras Completas*. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1942. v. XXIV, t. II.

BENTO, Berenice. Nome social para pessoas trans: cidadania precária e gambiarra legal. *Contemporânea: Revista de Sociologia da UFS-Car*, São Carlos, v. 4, n. 1, 2014.

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>. Acesso em: 15 dez. 2017.

BRASIL. Decreto n. 8.727, de 28 de abril de 2016. Dispõe sobre o uso do nome social e o reconhecimento da identidade de gênero de pessoas travestis e transexuais no âmbito da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 30 abr. 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/D8727.htm>. Acesso em 15 de dez. 2017.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 12 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 15 dez. 2017.

BRASIL. Lei n. 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 31 dez. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6015compilada.htm>. Acesso em: 13 dez. 2017.

CENEVIVA, Walter. *Lei dos Registros Públicos Comentada*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil: parte geral*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DILMA assina decreto que reconhece nome social e identidade de gênero. *Revista Fórum*, 2016. Disponível em: <<https://www.revistaforum.com.br/2016/04/28/dilma-assina-decreto-que-reconhece-nome-social-e-identidade-de-genero/>>. Acesso em: 13 dez. 2017.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: teoria geral das obrigações*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1.

DIP, Ricardo; JACOMINO, Sérgio. *Registros Públicos e Legislação Correlata*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Direito civil: teoria geral*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

LIMA, Suzana Borges Veiga de. A readequação civil como condição essencial para a realização da dignidade do transexual: alteração do prenome e do sexo no registro civil. In: FRAZÃO, Ana; TEPEDINO, Gustavo (Org.). *O Superior Tribunal de Justiça e a reconstrução do direito privado: perspectivas e desafios*. São Paulo: Annablume, 2011.

LOTUFO, Renan; NANI, Giovanni Ettore. *Teoria geral do direito civil*. São Paulo: Atlas, 2008.

LOUREIRO FILHO, Lair da Silva; LOUREIRO, Claudia Regina Magalhães. *Notas e Registros Públicos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 1.

POLI, Leonardo Macedo; RABELO, César Leandro de Almeida; VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo. O direito do transexual de alterar o prenome, o gênero e exercer sua autodeterminação. *Revista Síntese Direito de Família*, São Paulo, v. 15, n. 82, p. 9-45, fev./mar. 2014.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. O STJ e as possibilidades de mudança no registro civil. *JusBrasil*, 2013. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/noticias/100069714/o-stj-e-as-possibilidades-de-mudanca-no-registro-civil>>. Acesso em: 13 dez. 2017.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil: lei de introdução e parte geral*. 9. ed. São Paulo: Método, 2013.

TEPEDINO, Gustavo (Org.). *O Superior Tribunal de Justiça e a reconstrução do direito privado: perspectivas e desafios*. São Paulo: Annablume, 2011.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: parte geral*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. v. 1.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. *Nome e sexo: mudanças no registro civil*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.