



A LIBERDADE E O DIREITO: A TUTELA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE.

¹ Marco Aurélio Gonçalves Ferreira
² Daniel Navarro Puerari

RESUMO

Resumo. A liberdade é uma garantia constitucional assegurada em nossa carta magna. A noção de liberdade é mormente construída a partir de uma forma de compreender o direito. A investigação ora proposta tem como objetivo percorrer a noção de direito, mormente a partir dos discursos dos autores para então compreender a dimensão da concretização das garantias constitucionais relacionadas a liberdade. Essa investigação contará com a perspectiva comparada própria da antropologia. Discutiremos como a perspectiva da liberdade no Brasil é discutida no âmbito do direito civil. Para tanto, trataremos a debate a questão da indisponibilidade e irrenunciabilidade dos direitos da personalidade.

Palavras-chave: Direito, Liberdade, Civil

LA LIBERTAD Y LA LEY : LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS PERSONALES .

RESUMEN

La libertad es un derecho constitucional garantizado en nuestra Carta Magna. La noción de libertad se construye principalmente de una forma de entender la. La investigación que aquí se propone tiene como objetivo seguir la noción de derecho a partir de los discursos de los autores luego y la escala de aplicación de las garantías constitucionales relacionadas con la libertad . Esta investigación incluirá la perspectiva comparativa de la antropología. Se discute la posibilidad de la libertad en Brasil en la ley civil. Vamos a traer el tema de la falta de disponibilidad en los derechos de la personalidad.

Palabras-claves: Derecho, Libertad, Civil

¹Doutor em Direito pela Universidade Gama Filho – UGF, Rio de Janeiro, Brasil. Professor da Universidade Veiga de Almeida – UVA/Rio de Janeiro, Brasil. E-mail: marco.goncalvesferreira@gmail.com (Brasil)

²Doutorando em Direito pela Universidade Veiga de Almeida – UVA/RJ, Brasil E-mail: dpuerari@gmail.com (Brasil)



INTRODUÇÃO

Os movimentos sociais de massa no Brasil recentes tornaram-se mais intensos e frequentes no Brasil a partir de uma série de manifestações ocorridas em 2012 em prol de direitos e reivindicações. As manifestações populares por reivindicações em outras sociedades democráticas são compreendidas como inerentes a liberdade de manifestação. Embora esse mesmo argumento esteja presente em algum momento no Brasil, o exercício desse direito de manifestação não é compreendido como inerentes ao conjunto de liberdades públicas oponíveis aos Estado.

A noção de liberdade é mormente construída a partir de um campo de reprodução e consagração de uma forma de compreender o direito e da construção de uma *sensibilidade jurídica*. A literatura jurídica brasileira de maior representatividade posiciona o Brasil como um Estado Democrático de Direito da mesma forma que demais países ocidentais. Todavia, a construção da noção de direito ensinada nos cursos superiores pelos professores por meio de autores consagrados e de maior de consenso, é em muito distinta da noção de direito existente em outros países liberais ocidentais considerados democráticos de direito, pelos quais o Brasil tem como paradigma para a constituição e revisão do seu sistema jurídico, a exemplo do direito norte americano. A investigação ora proposta tem como objetivo percorrer a noção de direito nas esferas de reprodução e consagração do direito, mormente a partir dos discursos dos autores consensualizados para então compreender a dimensão da concretização das garantias constitucionais relacionadas a liberdade. Essa investigação inovadora contará com a perspectiva comparada própria da antropologia.

Para tanto discutiremos como a perspectiva da liberdade no Brasil é discutida no âmbito do direito civil. Para tanto, traremos a debate a questão da indisponibilidade e irrenunciabilidade dos direitos da personalidade.

A LIBERDADE E O DIREITO

O antropólogo Geertz posiciona o direito como um saber local imerso em determinada cultura, demonstra o autor que de acordo as diversidades de culturas podemos encontrar também diversos sentidos para a ideia de direito. O Brasil, por conseguinte, também possui um sentido próprio para a categoria direito. Com efeito, inobstante a literatura jurídica brasileira posicionar o Brasil como um Estado Democrático de Direito,



a noção de direito ensinada nos cursos superiores pelos autores consagrados e de maior de consenso, é muito distinta da noção de direito existente em outros países democráticos, pelos quais o Brasil tem como paradigma para construção de sua Carta Magna e revisão do seu sistema jurídico, a exemplo do direito norte americano.

De acordo com Alexis de Toqueville a liberdade nos EUA representa um valor fundamental. A ideia de liberdade está diretamente associada a noção de universalidade de direitos, isto é a igualdade. Somente em uma sociedade igualitária é que é que encontraremos a liberdade: Assim, afirma TOQUEVILLE (2004. P 114)

Se bem que os homens não possam se tornar absolutamente iguais sem ser te livres e que, por conseguinte, a igualdade, em seu grau mais extremo, se confunda com a liberdade (...)

De acordo com o mesmo autor essa formula entre igualdade e liberdade é o que proporciona um ambiente limitador do poder do Estado. Assim, afirma:

Como nenhum homem difere então de seus semelhantes, ninguém poderá exercer um poder tirânico; os homens serão perfeitamente livres, porque serão todos inteiramente iguais; e serão todos perfeitamente iguais porque serão inteiramente livres. É para esse ideal que tendem os povos democráticos. (TOQUEVILLE, 2004. P 113)

A categoria liberdade tem uma representação para os americanos associada a ideia de independência, ou seja, de não intervenção ou mesmo como uma proteção contra o exercício arbitrário da autoridade pública. Com efeito, o Estado deve assegurar a liberdade do exercício dos direitos.

Nesse mesmo sentido afirma o filósofo do direito americano John Rawls.

A conexão do estado de direito com a liberdade é bastante clara. A liberdade como foi dito é um complexo de direitos e deveres definidos por instituições. As várias liberdades especificam coisa que podemos escolher fazer, pelo que, quando a natureza da liberdade o exige, os outros têm o dever de não interferir. (RAWLS, 2002, p 262) (grifo nosso)

O liberalismo anglo americano associa a ideia de direito a noção de liberdade, pois todos sendo livres são iguais em direitos. Com efeito, os direitos não somente estão disponibilizados universalmente para o cidadão jurisdicionado, fato que fortalece a igualdade, mas também são de livre disponibilidade pelos cidadãos, fato associado a



liberdade. Como afirma Rawls essa ideia de liberdade passa pela noção de liberdade de escolha em uma sociedade igualitária, ou seja, escolher exercer ou não determinada faculdade que lhe assegurada pelo Estado. (RAWLS, 2002, p 262)

O autor cientista político Marshall, ao descrever a cidadania na Inglaterra, destaca a associação entre igualdade e liberdade, pois no modelo contratualista de sociedade, somente homens livres e iguais poderiam constituir o contrato moderno. Assim, para o autor:

O contrato moderno não nasceu do contrato feudal; assinala um novo desenvolvimento a cujo progresso o feudalismo foi um obstáculo que teve que ser afastado. Pois o contrato moderno é essencialmente um acordo entre homens que são livres e iguais em status, embora não necessariamente em poder. O status não foi eliminado do sistema social. O status diferencial, associado com classe, função e família, foi substituído pelo único status uniforme de cidadania, que ofereceu o fundamento da igualdade sobre a qual a estrutura da desigualdade foi edificada.” (MARSHALL, pp. 79-80) grifos nosso.

A ideia de direitos e igualdade surge somente nas sociedade capitalistas. Estas não se opuseram as desigualdades sociais, mas compreenderam como um elemento integrador do modelo de produção. Portanto, a criação de direitos igualitários apresentava-se o que mais adequado ao pensamento liberalista fundado na liberdade de produção no modelo capitalista: Assim, afirma Marshall:

“Não obstante, a verdade é que a cidadania, mesmo em suas formas iniciais, constituiu um princípio de igualdade, e que, durante aquele período, era uma instituição em desenvolvimento. Começando do ponto no qual todos os homens eram livres, em teoria, capazes de gozar de direitos, a cidadania se desenvolveu pelo enriquecimento do conjunto de direitos de que eram capazes de gozar. Mas esses direitos não estavam em conflito com as desigualdades da sociedade capitalista; eram, ao contrário, necessários para a manutenção daquela determinada forma de desigualdade. A explicação reside no fato de que a cidadania, nesta fase, se compunha de direitos civis. E os direitos civis eram indispensáveis a uma economia de mercado competitivo. Davam a cada homem, como parte de seu status individual, o poder de participar, como uma unidade independente, na concorrência econômica, e tornaram possível negar-lhes a proteção social com base na suposição de que o homem estava capacitado a proteger a si mesmo.” (MARSHALL, p79.) (grifo nosso)

Encontramos em Robert Alexy, autor alemão muitas vezes utilizado como referência para o direito constitucional brasileiro, uma noção de liberdade equivalente a noção anglo americana, na medida em que percebe a liberdade jurídica como uma faculdade fundada em uma escolha. Assim, afirma:



O que aqui interessa é a liberdade jurídica. Como será visto adiante só se falará em liberdade jurídica quando o objeto da liberdade for uma alternativa de ação. Se o objeto da liberdade é uma alternativa de ação, falar-se-á em uma “liberdade *negativa*”. Uma pessoa é livre em sentido negativo na medida em que a ela não são vedadas alternativas de ação. O conceito negativo de liberdade nada diz a cerca daquilo que uma pessoa que é livre em sentido negativo deve fazer, ou sobre certas condições irá fazer; ele diz apenas algo sobre suas *possibilidade* de fazer algo.” (ALEXY, p.222) (grifo nosso)

No modelo anglo americano a liberdade é associada a noção de direitos, mas especificamente aos direitos civis. Esses direitos são constituídos de forma a garantir a liberdade, impedindo a ingerência do Estado sobre a esfera particular do indivíduo. Portanto, sendo determinada faculdade, ou instituto jurídico, compreendido como um direito este em regra pode ser exercido ao arbítrio de seu titular, ou seja, o cidadão. Nesta esteira de pensamento, no sistema de administração da justiça criminal estadunidense, é permitido ao acusado negociar a sua culpa com a acusação e assim se submeter a uma pena abdicando do exercício do seu direito ao *due processo of law*. Tal composição denominada *plea bargain* somente se torna possível, pois a ideia de direito está intrinsecamente associada a ideia de liberdade. Portanto, sendo o *due processo of law* um direito conferido as pessoas acusadas há a possibilidade de cidadão dispor desse direito abdicando ao processo, por conseguinte ao julgamento pelo júri. Ao abdicar do processo o cidadão também, ao aceitar o acordo com a acusação, pode por meio de seu consentimento se submeter a uma pena de prisão. Isto também somente é possível, pois a liberdade é concebida, no modelo anglo americano, como um direito, e sendo um direito pode o cidadão livremente dela dispor. (FERREIRA. 2004,)

A construção do princípio do *due process of law*, no Direito anglo-americano, reafirma sua tradição jurídica consubstanciada na liberdade de escolha do cidadão e na participação popular, e são representações do modelo democrático liberal, assegurado e constituído como garantia às liberdades públicas em oposição ao poder do Estado. (FERREIRA. 2004,)

Importante destacar o estranhamento dos operadores do direito brasileiro ao se deparar com sistemas onde o direito penal, um ramo do direito público, predomina a liberdade de escolha do cidadão. Isso ganha força no direito estadunidense com ideia de que os *Bill of rights* significa um núcleo de direitos e liberdade oponíveis ao poder do Estado, ou seja limitadores da intervenção estatal.



Como se percebe a partir dos autores, a intrínseca relação entre direitos, igualdade e liberdade é o que permitiu o desenvolvimento destes modelos de democracias. Todavia, demonstraremos que no modelo brasileiro a naturalização da desigualdade jurídica relaciona-se diretamente com a ausência de liberdade e preponderância da tutela estatal sobre os direitos do cidadão.

A LIBERDADE PARA O DIREITO BRASILEIRO.

Ao contrário dos autores estrangeiros citados, os autores brasileiros não associam diretamente a ideia de igualdade a noção de liberdade, estes dois institutos apresentam-se em regra desassociados na doutrina jurídica brasileira. Portanto, também não é de estranhar que a ideia de direitos seja distante da noção de liberdade.

Ao se referir a igualdade os autores brasileiros retem de forma incansável a fórmula de Ruy Barbosa que diz: *A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigalam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade.* (Trecho do discurso de paraninfo "(Casa de Ruy Barbosa, V. 48, t. 2, 1921,)

Essa perspectiva própria do modelo de igualdade brasileiro não encontra ideia similar nos modelos jurídicos aqui citados, sendo criação da cultura jurídica brasileira, já muito estudada por KANT DE LIMA, que ressalta:

Consequentemente, neste modelo, na ausência de demarcação definida e estruturada em torno de eixos explícitos de legitimação da desigualdade, como em uma sociedade aristocrática, cabe a todos, mas, principalmente, às instituições encarregadas de administrar conflitos no espaço público, em cada caso, aplicar de maneira particular as regras disponíveis - sempre gerais, nunca locais - de acordo com o *status* de cada um, sob pena de estar cometendo injustiça irreparável ao não se adequar à desigualdade social imposta e implicitamente reconhecida. Desigualdade jurídica esta inconcebível em qualquer República constitucional, mas cuja existência, nesse contexto de ambiguidade em que nossa sociedade se move, goza de confortável invisibilidade. (LIMA, 2008.)

Com efeito, a igualdade no Direito brasileiro segue o modelo descrito por Ruy

Barbosa que incrementa a desigualdade jurídica. (TEIXEIRA MENDES, 2004, pp. 81-98).



Por não associar as ideias de liberdade e igualdade a literatura jurídica brasileira

associa o direito à liberdade, toma outras perspectivas e formas.

Para José Afonso da Silva, a liberdade pode ser dividida em liberdade externa e liberdade interna. Com efeito, a liberdade externa seria também chamada de liberdade subjetiva, psicológica ou moral. Para o autor é o chamado livre arbítrio, como uma simples manifestação da vontade no mundo interior do ser humano. É para o autor ao mesmo tempo chamado de liberdade do querer. Assim, afirma:

Significa que a decisão entre duas possibilidades opostas pertence, exclusivamente, a vontade do indivíduo; vale dizer é poder de escolha, de opção entre fins contrários. O debate não leva a nada. Toda gente sabe que, internamente é bem possível escolher entre alternativas contrárias se se tiver conhecimento objetivo e correto de ambas. A questão fundamental, contudo, é saber se, feita a escolha, é possível determinar-se a função dela. Isto é, se tem condições objetivas para atuar no sentido da escolha feita, e, aí, se põe a questão da liberdade externa. Esta que também denominada liberdade objetiva, consiste na expressão externa do querer individual, e implica no afastamento de obstáculo ou de coações de modo que o homem pode agir livremente. Por isso é que também se fala em liberdade de fazer “pode fazer tudo o que se quer”. Mas tal poder [como observa R. M. Mossé Bastite] se não tiver freio, importará no esmagamento dos fracos pelos fortes e na liberdade dos primeiros. (SILVA, 2003, p 233)

Ao contrário do pensamento contratualista moderno, na representação do autor citado a liberdade não pressupõe uma igualdade, mas sim uma desigualdade. Portanto, a externalização da liberdade de escolha é compreendida como uma algo que deve ser limitado.

T. H. Marshall afirma que o surgimento dos direitos somente foram possíveis nas sociedades capitalistas, no intuito de realizar uma compensação das desigualdades próprias deste modelo de produção, criam-se os direitos civis, políticos e sociais todos revestidos da ideia de igualdade e liberdade. Na contramão do pensamento de Marshall o renomado constitucionalista brasileiro afirma que:

O assinalado processo histórico denota que a liberdade consiste, em suma, num processo dinâmico de liberação do homem de vários obstáculos que se antepõe a realização de sua personalidade: obstáculos, naturais, econômicos, sociais e políticos. É hoje função do Estado promover a liberação do homem de todos esses obstáculos, e é aqui que a autoridade (poder) e liberdade se ligam. (SILVA, 2003, p 234)



O autor ressalta que o que interessa ao Direito Positivo não é a liberdade, interna subjetiva, que para o mesmo relaciona-se com a liberdade de escolha, mas sim a denominada liberdade externa. Com feito, destaca o mesmo autor que é esta que se relaciona com a liberdade de pessoa física (direito de locomoção) a de liberdade de pensamento, a liberdade de expressão, liberdade de atuação profissional e a liberdade de conteúdo econômico e social. Estas últimas são as que recorrentemente a doutrina enumera quando se fala em liberdade. (SILVA, 2003, p 234)

Verifica-se que o direito brasileiro se afasta de noção de relação entre igualdade e liberdade, bem como afasta da ideia de liberdade e faculdade de escolha ao mesmo tempo em que firma a ligação do poder estatal a liberdade. Com efeito, compreende-se que a ideia de liberdade relaciona-se a tutela estatal, ao passo que em outros modelos democráticos a liberdade é desenhada como um direito de oposição do Estado.

O DIREITO COMO LIBERDADE.

A noção de direito em alguns países como os EUA e França está associada a uma série de conquistas e lutas pela liberdade. Portanto, direito e liberdade nestes países é algo indissociável. Tal fato resulta na faculdade ou na liberdade de dispor de garantias impositivas ao Estado.

No Brasil a noção que prevalece sobre direito gira em torno preponderante de instrumento de controle social. Assim, preceitua Miguel Reale:

“No caso das ciências humanas, talvez o caminho mais aconselhável seja aceitar, a título provisório, ou para princípio de conversa, uma noção corrente consagrada pelo uso. Ora, aos olhos do homem comum o Direito é lei e ordem, isto é, um conjunto de regras obrigatórias que garante a convivência social graças ao estabelecimento de limites à ação de cada um de seus membros. Assim sendo, quem age de conformidade com essas regras comporta-se direito; quem não o faz, age torto.” (REALE, 2001, p.01)

O que prevalece na dialética do consagrado autor é o direito como instrumento de disciplina social.

Essas classes, por sua vez, se subdividem em vários outros ramos, como, por exemplo, o Direito Constitucional, o Direito Administrativo, no campo do Direito Público; o Direito Civil, o Direito Comercial, no campo do Direito Privado. O Direito é,



pois, um conjunto de estudos discriminados; abrange um tronco com vários ramos; cada um desses ramos tem o nome de disciplina. Por que essa palavra disciplina? Aconselhamos sempre nossos alunos a dedicar atenção ao sentido das palavras; elas não surgem por acaso mas, como já vimos ao nos referirmos aos termos *lex* e *jus*, guardam muitas vezes o segredo de seu significado. Disciplinador é quem rege os comportamentos humanos e sabe impor ou inspirar uma forma de conduta aos indivíduos. Disciplina é um sistema de princípios e de regras a que os homens se devem ater em sua conduta; é um sistema de enlaces, destinados a balizar o comportamento dos indivíduos de qualquer idade ou classe social, bem como as atividades dos entes coletivos e do próprio Estado. O que importa é verificar que, no conceito de disciplina, há sempre a idéia de limite discriminando o que pode, o que deve ou o que não deve ser feito, mas dando-se a razão dos limites estabelecidos à ação. Daí podermos completar o que já dissemos, com esta parêmia: *ubi jus, ibi ratio*. Aliás, a palavra "razão" é deveras elucidativa, porque ela tanto significa limite ou medida (pensem na outra palavra que vem de *ratio*, *ração*) como indica o motivo ou a causa de medir. De qualquer modo, ninguém pode exercer uma atividade sem razão de direito." (REALE, 2001, p.04)

De acordo com o texto de Miguel Reale percebe-se que direito brasileiro é tutelador. Na ideia de tutela subjaz a ausência de auto determinação, por conseguinte a ausência de liberdade. Com efeito afirma o autor:

O Direito, por conseguinte, tutela comportamentos humanos: para que essa garantia seja possível é que existem as regras, as normas de direito como instrumentos de salvaguarda e amparo da convivência social." (REALE, 2001, p.05)

A noção de tutela se exterioriza a exemplo dos chamados no direito brasileiro de direitos indisponíveis. Estes direitos não envolveriam a liberdade do cidadão pois haveria a preponderância de interesse público. Ao retirar essa liberdade do cidadão pressupõe-se, por conseguinte, que o direito não se encontra no cidadão jurisdicionado, mas no próprio Estado.

Os direitos indisponíveis são percebidos como um conjunto de direitos que não relacionam com a liberdade de escolha do seu detentor. Assim, afirma Carlos Affonso Pereira de Souza:

A indisponibilidade trata da impossibilidade do titular dos direitos da personalidade para dispor desses direitos conforme o



seu livre alvitre, tornando os igualmente irrenunciáveis e impenhoráveis.¹

A indisponibilidade dos direitos é configurada expressamente em lei. Assim, determina o artigo 11 do código civil brasileiro.

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

De acordo com o autor Silvio Savio Venosa, os direitos da personalidade “são inalienáveis, ou, mais propriamente, relativamente indisponíveis, porque, em princípio, estão fora do comércio e não possuem valor econômico imediato;” (VENOSA, 2004)

Esses direitos não se encontram no âmbito de liberdade do cidadão cabendo ao próprio Estado a tutela desses direitos. É o que explica Alexandre de Moraes quando afirma que:

Como um dos fiscais do regime democrático, o legislador constituinte originário escolheu o Ministério Público, ao afirmar que é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. (MORAES. 2003 Pg. 513) (grifo nosso)

Conforme demonstra o autor cabe ao Estado a defesa dos direitos individuais indisponíveis. Com efeito, fica nítida a noção de tutela de Estado sobre os direitos, por conseguinte, reflete na limitação da liberdade do cidadão.

AUTONOMIA DA VONTADE, LIBERDADE X INDISPONIBILIDADE DE DIREITOS DA PERSONALIDADE NO ÂMBITO DO DIREITO CIVIL BRASILEIRO:

Conforme assevera Paulo Nader, o direito civil brasileiro, segundo a clássica posição dualista, derivada da tradição romano-germânica, se enquadra na esfera do direito privado. Assim, afirma o autor em seu manual de direito:

A maior divisão do Direito Positivo, também a mais antiga, é representada pelas classes do Direito Público e Direito Privado, peculiar aos sistemas jurídicos de tradição romano-germânica. Tal distinção, familiar aos romanos, só foi conhecida pelo Direito germânico no período da Renascença, com o fenômeno da incorporação do Direito romano.

¹ http://academico.direitorio.fgv.br/ccmw/images/1/11/Introducao_ao_Direito_Civil_2012-2.pdf



(...)

A distinção entre o Direito Público e o Privado é útil no plano didático e benéfica do ponto de vista prático, pois favorece a pesquisa, o aperfeiçoamento e a sistematização de princípios de um gênero e de outro. A teoria da natureza da relação jurídica, apesar de apresentar alguma falha, é simples, prática e se funda em critérios objetivos. Quanto aos ramos tradicionais do Direito Positivo, sem negar as dificuldades que alguns apresentam, notadamente o Direito do Trabalho e o Internacional Privado, em nossa opinião, assim se classificam: I) **Direito Público:** Direito Constitucional, Administrativo, Financeiro, Internacional Público, Internacional Privado, Processual; II) **Direito Privado:** **Direito Civil**, Comercial ou Empresarial e do Trabalho. (NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 36ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 120-124)

Considerando que o direito civil integra o ramo do direito privado, já que é o direito privado por excelência, nas palavras do autor acima citado: “A Dogmática Civil é um Direito geral e comum, que se aplica supletivamente a outros ramos do Direito Privado, nos casos de lacunas. É também o Direito Privado por excelência”.

Uma vez que tal divisão do direito em direito público e privado se demonstra útil pela facilidade de sistematização dos estudos e a sistematização de princípios de um gênero e de outro, temos que considerar a importância dos princípios que integram cada esfera. Em especial nos cabe analisar o princípio da autonomia da vontade, ou contemporaneamente denominada autonomia privada, que, segundo os autores, garante a plena liberdade que todo sujeito possui para dirimir acerca de seus interesses jurídicos, conforme expõe Carlos Roberto Gonçalves (GONÇALVES, 2014. P.32):

O princípio da autonomia da vontade se alicerça exatamente na ampla liberdade contratual, no poder dos contratantes de disciplinar os seus interesses mediante acordo de vontades, suscitando efeitos tutelados pela ordem jurídica. Têm as partes a faculdade de celebrar ou não contratos, sem qualquer interferência do Estado. Podem celebrar contratos nominados ou fazer combinações, dando origem a contratos inominados. (grifo nosso)

Há no direito brasileiro um princípio pelo qual os juristas sustentam orientar todo o ordenamento jurídico nacional. Este princípio denominado de princípio da dignidade da pessoa humana, tem assento constitucional, e possui guarida na Constituição da República Federativa do Brasil em seu artigo 1º., inciso III:



Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...)

III - a dignidade da pessoa humana;

De acordo com o discurso brasileiro o princípio da dignidade da pessoa humana fundamenta toda a tutela de proteção dos denominados direitos da personalidade, definidos como os direitos intrinsecamente ligados ao desenvolvimento da pessoa humana, seja no aspecto físico, psíquico ou intelectual. Assim, afirmam os autores FARIAS e ROSENVALD: (2013, p 177-178)

É possível asseverar serem os direitos da personalidade aquelas situações jurídicas reconhecidas à pessoa, tomada em si mesma e em suas projeções sociais. Isto é, são os **direitos essenciais ao desenvolvimento da pessoa humana**, em que se convertem as projeções físicas, psíquicas e intelectuais do seu titular, individualizando-o de modo a lhe emprestar segura e avançada tutela jurídica.

Em síntese estreita: os direitos da personalidade estão, inexoravelmente unidos ao desenvolvimento da pessoa humana, caracterizando-se como garantia para a preservação da sua dignidade. (Grifo nosso)

De acordo com o direito brasileiro os direitos da personalidade, por sua vez, derivam dos direitos fundamentais. Há muito se sustenta que tais direitos e garantias são “letra viva” em nosso ordenamento, ou seja, têm plena e imediata eficácia. Não se tratam apenas de diretrizes constitucionais ao legislador infraconstitucional, mas possuem aplicação direta nas relações sociais. Assim, portanto, o direito administrativo, penal, civil, etc., devem em sua aplicação prática respeitar os princípios constitucionais. Alguns autores tratam do tema como sendo a constitucionalização do direito, a exemplo CHAVES e ROSENVALD - 2012, outros expõe como sendo a eficácia horizontal dos preceitos fundamentais, por exemplo o autor SARLET 2015.

Além da eficácia dos direitos fundamentais os autores constitucionalistas brasileiros classificam os direitos fundamentais, dentre outras classificações em direitos fundamentais de primeira, segunda, terceira e, para alguns autores, de quarta e quinta gerações ou dimensões.²



Os direitos de primeira dimensão são direitos negativos, ou seja, compreendem à garantia a uma abstenção estatal, respeitando assim as liberdades individuais. Possuem esses direitos de primeira geração origem no pensamento liberal-burguês em meados do século XVIII.

Sobre esses direitos de primeira geração ou dimensão, expõe Ingo Wolfgang SARLET (2015, p46): (SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12^a. ed. Porto Alegre. Revista do advogado editora, 2015, p.46.)

Os direitos fundamentais de primeira dimensão:

Os direitos, ao menos no âmbito de seu reconhecimento nas primeiras Constituições escritas, são o produto peculiar (ressalvado certo conteúdo social característico do constitucionalismo francês), do pensamento liberal-burguês do século XVIII, de marcado cunho individualista, **surgindo e afirmando-se como direitos do indivíduo frente ao Estado**, mais especificamente como direitos de defesa, demarcando uma zona de não intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual e face de seu poder. São, por este motivo, apresentados como direitos de cunho “negativo”, uma vez que dirigidos a uma abstenção, e não a uma conduta positiva por parte dos poderes públicos, sendo, neste sentido, **“direitos de resistência ou de oposição perante o Estado”**. **Assumem particular relevo no rol desses direitos, especialmente pela sua notória inspiração jusnaturalista, os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante**

² Tal classificação, todavia, não é pacífica na doutrina. Para alguns autores apenas existiriam três gerações ou dimensões de direitos. Para outros haveria também a quarta geração. Esta quarta geração, para autores como Norberto Bobbio seriam os direitos ligados à engenharia genética, como os que protegem o ADN humano, já para Paulo Bonavides seriam os que garantem a universalização das outras gerações de direitos no plano institucional. A quinta geração compreenderia para alguns autores o direito à paz e para outros os direitos que protegem e regulamentam o mundo virtual, tendo em vista a necessária proteção de direitos patrimoniais e extrapatrimoniais na era da tecnologia da informação.

a lei. São, posteriormente, complementados por um leque de liberdades.

(grifo nosso)

Em complementação aos direitos e garantias de primeira dimensão há os direitos e garantias de segunda dimensão ou geração, que pressupõe não uma abstenção estatal, mas ao lado desta, uma atuação do Estado de modo a implementar políticas públicas que efetivem tais garantias. Trata-se de um poder-dever estatal inspirado na revolução industrial europeia do início do século XIX, como afirmam Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Barnco: (2015, pp 137-138)



Como consequência, uma diferente pletera de direitos ganhou espaço no catálogo dos direitos fundamentais – direitos que não mais correspondem a uma pretensão de abstenção do Estado, mas que o obrigam a prestações positivas. São os direitos de segunda geração, por meio dos quais se intenta estabelecer uma liberdade real igual para todos, mediante a ação corretiva dos poderes públicos. Dizem respeito a assistência social, saúde, educação, trabalho, lazer e etc.

Já os direitos de terceira dimensão³ compreenderiam os direitos transindividuais que transcendem os interesses meramente individuais e passam a se preocupar com a proteção do gênero humano. Tais direitos de terceira dimensão se expressam pelos direitos ao desenvolvimento, ao meio ambiente, de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade. São expressos pela necessidade de um convívio fraternal entre todos os indivíduos:

Já os direitos chamados de terceira geração peculiarizam-se pela titularidade difusa ou coletiva, uma vez que são concebidos para a proteção não do homem isoladamente, mas de coletividade, de grupos. Têm-se, aqui, o direito à paz, ao desenvolvimento, à qualidade do meio ambiente, à conservação do patrimônio histórico e cultural. Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Barnco: (2015, pp 137-138)

Em relação aos direitos fundamentais de quarta e quinta geração as posições doutrinárias são bem distintas e nosso trabalho não se propõe nos aprofundarmos em tal discussão. Como visto alhures, em linhas gerais, a quarta geração, para autores como Norberto Bobbio seriam os direitos ligados à engenharia genética, como os que protegem o *DNA* / *ADN* humano. Já para Paulo Bonavides seriam os que garantem a universalização das outras gerações / dimensões de direitos no plano institucional. A quinta geração compreenderia para alguns autores, a exemplo BONAVIDES (,1997, p. 593) o direito à paz e para outros os direitos que protegem e regulamentam o mundo virtual.

Oportuno citar a importância do princípio da dignidade da pessoa humana pela sua disposição no texto constitucional, como descreve o autor Cleber Francisco Alves (2001, p. 139):

³ Necessário aqui explicar que também a doutrina não é pacífica de quais direitos estariam incluídos nessa terceira dimensão. Expusemos acima o entendimento majoritário. Todavia, para Karel Vasak, os direitos de terceira dimensão seriam os ligados à paz, comunicação, meio ambiente e desenvolvimento, além dos referentes ao patrimônio comum da humanidade. LENZA, Pedro, *Direito constitucional esquematizado*. São Paulo. Ed. Saraiva, 2012 p. 961.



A proeminência da pessoa humana sobre o Estado é denotada de modo especial na colocação topográfica dos dispositivos constitucionais. Com efeito, a constituição de 1988 inovou, relativamente às cartas que a precederam, ao assentar a Declaração dos Direitos e Garantias Fundamentais do Homem logo na parte inicial do texto, deixando para segundo plano as normas sobre a estrutura do Estado, e sobre a organização e o exercício dos poderes. Isto quer dizer que o Estado Social e Democrático erigido pela atual Carta Magna tem por escopo principal a preservação da dignidade humana, que se expressa de forma decisiva nos quadros dos Direitos Fundamentais.

A partir desse entendimento, pode-se dizer que no moderno pensamento europeu há o reconhecimento do valor universal da dignidade do homem.

Como o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, diretamente ligado à ideia de liberdade e de garantia aos direitos da personalidade possui eficácia direta, interpretativa e negativa, sendo esta última eficácia a que nos interessa na presente discussão. Sobre o tema afirma Luis Roberto Barroso. (2011. p. 317-324)

Eficácia negativa

A eficácia negativa implica a paralisação da aplicação de qualquer norma ou ato jurídico que esteja em contrariedade com o princípio constitucional em questão. Dela pode resultar a declaração de inconstitucionalidade de uma lei, seja em ação direta – com sua retirada do sistema –, seja em controle incidental de constitucionalidade – com sua não incidência no caso concreto. Também outros atos jurídicos, administrativos ou privados, estão sujeitos a tais efeitos negativos (...)

Podemos assim perceber que, a partir dos discursos dos autores do direito, brasileiro em razão do princípio da dignidade da pessoa humana ser um princípio constitucional, pela eficácia negativa que possui, toda e qualquer norma que com ele conflite, deve ser imediatamente afastada, ou seja, não aplicada. Desta forma o Estado legislador, por meio do já transcrito artigo 11 do código civil brasileiro, que estabelece a intransmissibilidade e irrenunciabilidade dos direitos da personalidade, que inclusive não podem sofrer limitação voluntária, estaria, estranhamente, violando o princípio da dignidade da pessoa humana, posto que interfere diretamente na sua vontade, proibindo o seu titular de alienar ou renunciar a tais direitos.

Ademais, os direitos da personalidade estariam enquadrados nos já citados direitos de primeira dimensão, que pressupõe uma não tutela do Estado, ou seja, uma não interferência na vontade humana, eis que os sujeitos de direito são livres para dirimir sobre seus interesses pessoais.



Essa incongruência leva a questões intrigantes que passamos nesse momento a trazer para exemplificar como o conflito se opera no direito brasileiro.

A questão da barriga de aluguel ou gestação por substituição:

A barriga de aluguel, tecnicamente conhecida como reprodução assistida, é tema recorrente quando se trata de direitos da personalidade, notadamente em ação da característica da indisponibilidade dos direitos da personalidade. Tal prática consiste na utilização do ventre de uma mulher que aceita ceder o seu uso para nele ser gerado um nascituro formado pela união da carga genética de outras pessoas, que serão juridicamente os genitores deste nascituro.

No Brasil a prática foi por muito tempo proibida. Todavia, desde a resolução 12.358/1992 do Conselho Federal de Medicina o tema foi tratado em território nacional. Hoje as mais recentes resoluções sobre o assunto são as de número 2.013/2013 e 2.121/2015, que determinam que a “doadora” temporária do útero deve pertencer à família de um dos parceiros em até quarto grau e não poderá, de forma alguma, tal ajuste jurídico ser oneroso, dentre outras limitações;

Interessante notar como as resoluções mais recentes impõe que um ato aparentemente altruísta por parte da gestante denominada de “doadora do útero” tenha alcance até o quarto grau de parentesco. Ou seja, intervém na vontade dos envolvidos, dispondo sobre o próprio corpo da gestante e para com quem ela poderá exercer os direitos sobre o seu corpo. Estranha limitação de um ato de boa vontade. Se fosse para amigos a “doadora” não poderia emprestar temporariamente uma função do seu corpo, seria ilícito pois contrariaria dispositivo normativo expresso.

Ademais, tal resolução desconsidera a possibilidade deste procedimento ser utilizado por pessoas que não possuam a tradicional construção familiar, que não possuem parentes de até quarto grau, desconsiderando o formato plural para a constituição familiar, adotado pelo nosso sistema jurídico.

A questão do *body art* e do *body modification*

O conhecido *body modification*, que se trata do ato em que o indivíduo dispõe de uma parcela de sua integridade física em prol de uma arte que pretende realizar em seu corpo para modifica-lo de acordo com a sua vontade. Como exemplos temos as pessoas que implantam uma espécie de coral em forma de chifres em seu crânio, para se



parecerem com figuras demoníacas. Outros implantam pequenas próteses de silicone ou titânio, também no crânio, realizam a bipartição da língua para se parecerem com répteis ou figuras mitológicas, dentre inúmeras outras modificações do próprio corpo.⁴

A autonomia privada, por não ser considerada um princípio absoluto, mesmo por não existirem, possui, dentre outras, a limitação da legalidade. Ou seja, seria possível o exercício de qualquer direito ou prática de qualquer ato desde que não atente à legalidade. A questão cerne deste trabalho pousa justamente nesta situação. Até que ponto o Estado legislador limita, através de suas normas, a autonomia privada.

Temos o exemplo do artigo 13 do Código Civil Brasileiro, que dispõe:

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.

⁴ “A mexicana Maria Jose Cristerna, conhecida como "Mulher Vampiro", posou para fotos na última sexta-feira durante uma cerimônia de abertura para exibição de suas pinturas em Guadalajara, no México. Ela mostrou, recentemente um novo implante de chifres de titânio, presas na boca e diversos piercings que tem pelo corpo.” Fonte: <<http://www.jb.com.br/ciencia-e-tecnologia/noticias/2011/08/06/mulher-vampiro-exibe-novos-chifres-de-titanio-e-implante-de-dentes/>> acessado em 10/01/2016.

Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial.

O referido dispositivo legal demonstra o intuito intervencionista do legislador brasileiro na autonomia da vontade, limitando a atuação do indivíduo com intuito de dispor sobre o seu próprio corpo, o que conseqüentemente afeta diretamente o princípio da dignidade da pessoa humana. O comando legal é claro quando estipula que é proibido o ato de disposição do próprio corpo se importar em diminuição permanente da integridade física ou contrariar os bons costumes. Ocorre, que o conceito de bons costumes é extremamente amplo e impreciso. Relativo à determinada região, crença ou mesmo convicções políticas. Portanto, como poderíamos conceber o poder público verificar se o particular teria ou não a disponibilidade de seu corpo ou se com determinado ato estaria ferindo os bons costumes.

Certamente os casos acima expostos, à luz do artigo 13 do CCB, levariam alguns escritores, membros do Ministério Público, instituição responsável por tutelar os direitos indisponíveis ou os julgadores à interpretação de que tais intervenções cirúrgicas



contrariam os bons costumes. Desta forma, no Brasil o sujeito de direitos da personalidade não poderia se submeter de forma regular a tais procedimentos, tendo que se socorrer de cirurgias fora do território nacional ou mesmo se submeter a essas intervenções em locais clandestinos.

CONCLUSÃO

Conforme ficou demonstrado a noção que prepondera no Brasil é a de que os direitos são mais compreendidos como um conjunto de normas que regulam o convívio em sociedade. No plano individual os direitos não são compreendidos como um conjunto de faculdades ínsitas ao indivíduo pela simples qualidade de cidadão. No Brasil a compreensão sobre os direitos firma-se na dimensão da tutela estatal. Com efeito, a noção de tutela retira da liberdade do cidadão a possibilidade de dispor de seus direitos, por conseguinte tem o Estado como o real detentor da liberdade dos direitos do cidadão.

Ressalta-se que a ideia de liberdade não está diretamente associada aos direitos. Ainda que inseridos na categoria jurídica de direito privados, o ordenamento jurídico atualiza esses direitos como de interesse público, portanto dotados de indisponibilidade para o cidadão, como no caso os exemplos trazidos ao texto relacionados aos direitos da personalidade. Assim, o Estado exerce um controle das liberdades dos cidadãos, limitando-a, sem, contudo, a doutrina jurídica interpretar como algo estranho a perspectiva de um Estado democrático. O estado tutelador se difere do estado paternalista na medida em que o Estado Paternalista não é sinônimo de tutela das liberdades jurídicas, portanto, o paternalismo brasileiro se apresenta como limitador das liberdades individuais.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2 ed. Editora Malheiros. 2011.

ALVES, Cleber Francisco. *O princípio constitucional da pessoa humana: O enfoque da doutrina social da igreja*. Ed. Renovar. 2001

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 6^a Ed. Saraiva. São Paulo, 2011

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo, 7^a. Ed. Malheiros, 1997.



BRASIL, *Resolução CFM nº 2.013/2013*. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida, anexas à presente resolução, como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos e revoga a Resolução CFM. Nº1.957/2010.

BRASIL, *Resolução CFM nº 2.121/2015*. Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida – sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudarão a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos – tornando-se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros e revogando a Resolução CFM nº 2.013/2013.

Casa de Ruy Barbosa, *Obras Completas de Ruy Barbosa*. Rio de Janeiro, , V. 48, t. 2, 1921,)

FARIAS, Cristiano Chaves de, e ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*, vol. 1, 11ª. Ed. Jus Podium. 2013 Salvador – Bahia

FERREIRA, Marco Aurélio Gonçalves. *O devido processo legal: Um estudo Comparado*. Ed Lumen Juris. 2004.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume 3: contratos e atos unilaterais* 11ª.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

KANT DE LIMA, Roberto. *Ensaio de Antropologia e de Direito*. Rio de Janeiro: Ed. *Lu men Juris*, 2008

LENZA, Pedro, *Direito constitucional esquematizado*. São Paulo. Ed. Saraiva, 2012

MARSHALL, T.H. *Cidadania Classe Social e Status*. Rio de Janeiro, Zahar editores. 1967.

MENDES, Gilmar Ferreira. – Branco Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo. Ed. Saraiva. 2015

MIRANDOLA, Giovanni Pico della. *Discurso sobre a dignidade do homem*. 6ª Ed., Editora: Edições 70. Lisboa, 2014

MORAES. Alexandre de. *Direito Constitucional* Editora Atlas. São Paulo. - 2003

NADER, Paulo. *Introdução ao estudo do direito*. 36ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014



RAWLS, John. *Uma teoria da Justiça*. Martins Fontes, 2002,

REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 25 ed. Saraiva. São Paulo. 2001

RIDOLA, Paolo. *A dignidade humana e o “princípio liberdade” na cultura constitucional europeia*; coordenação e revisão técnica Ingo Wolfgang Sarlet; tradução Carlos Luiz Strapazzon, Tula Wesendonck. Livraria do Advogado, 2014

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12^a. Ed. Porto Alegre. Revista do advogado editora, 2015

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*.2003.

TOQUEVILLE, Alexis. *Democracia na América*. Ed Martins Fontes, 2004.

VENOSA, Silvio Savio de. *Direito Civil Parte Geral Volume 1* 4a Edição São Paulo ed. Editora Atlas S.A.: 2004