



ASPECTOS CONTEMPORÂNEOS DO DIREITO CIVIL APLICADO



RICARDO CHADI
NAYANE COSTA NASCIMENTO
(Coords)

ASPECTOS CONTEMPORÂNEOS DO DIREITO CIVIL APLICADO

Esta coletânea apresenta discussões e análises de temas desafiadores e atuais, sob a ótica de profissionais atentos às transformações jurídicas diante do dinamismo social. A possibilidade de produzir um livro sobre "Aspectos contemporâneos do Direito Civil Aplicado" nasceu em encontros com os autores através da Pós Graduação em Direito Civil Aplicado no IEC PUC-Minas, que trouxeram temáticas agregadoras para a atualidade, com a visão crítica as construções realizadas pela doutrina tradicional, com a finalidade de compreender o Direito Civil como um instrumento de transformação social, que vai além do que o previsto na legislação brasileira. Cuida-se de publicação de importância significativa. Esperamos que esta obra seja lida e discutida por todos os públicos afeitos ao tema, que a leitura seja um momento de pensamento e crítica, que reafirme a importância da discussão dessa temática do direito.

Boa leitura!

Autores:

Alice Andrade Pereira, Amanda Cristina Rodrigues, Ana Carolina Petrosino Alves, André Canelas Alves, André Braun Montresor, Barbara Rezende Malard Leite, César Adonay Benjamin De Souza Silva, Dalvânia Silva Alves, Daniella Moreira Avelar, Egidio Antônio Silva Saraiva, Fernanda Alves Miranda Moreira, Fernando Pereira Bhering, Jucélia Ana de Fátima Marques, Lorena Brandão Matragrano, Marcelo Soares, Marianne Rabelo Costa, Melânia da Silva Souza, Nayane Costa Nascimento, Odilon Arthur Campos Magalhães, Pâmela Damasceno Vieira, Rafaela Maria de Oliveira, Rafaela Villela Scarassatti, Ricardo Chadi, Sandra Aurora, Fagundes Piantino Guimarães, Vinicius Ribeiro Barros.

Prefácio por Juliane Fernandes Queiroz

ISBN 9786589904007



9 786589 904007 >



Direção editorial: Luciana de Castro Bastos
Diagramação e Capa: Daniel Carvalho e Igor Carvalho
Revisão: Do autor

A regra ortográfica usada foi prerrogativa do autor.



Todos os livros publicados pela Expert Editora Digital estão sob os direitos da Creative Commons 4.0 BY-SA. <https://br.creativecommons.org/>

"A prerrogativa da licença creative commons 4.0, referencias, bem como a obra, são de responsabilidade exclusiva do autor"

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

CHADI Ricardo, NASCIMENTO Nayane Costa (orgs)

Aspectos Contemporâneos do Direito Civil Aplicado [livro eletrônico]

Organizadores: Ricardo Chadi, Nayane Costa Nascimento

Belo Horizonte – Editora Expert 2021

ISBN: 9786589904007

1. Direito Civil - Brasil 2. Direito - Brasil Título.

Índices para catálogo sistemático: CDD-342.1

Pedidos dessa obra:

experteditora.com.br

contato@editoraexpert.com.br





Dr. Eduardo Goulart Pimenta

Professor Adjunto da Faculdade de Direito da UFMG e PUC/MG

Dr. Rodrigo Almeida Magalhães

Professor Associado da Faculdade de Direito da UFMG e PUC/MG

Dr. João Bosco Leopoldino da Fonseca

Professor Titular da Faculdade de Direito da UFMG

Dr. Marcelo Andrade Féres

Professor Associado da Faculdade de Direito da UFMG

ASPECTOS CONTEMPORÂNEOS DO DIREITO CIVIL APLICADO

Ricardo Chadi
Nayane Costa Nascimento

Coordenadores

ASPECTOS CONTEMPORÂNEOS DO DIREITO CIVIL APLICADO

AUTORES:

Alice Andrade Pereira
Amanda Cristina Rodrigues
Ana Carolina Petrosino Alves
André Canelas Alves
André Braun Montresor
Barbara Rezende Malard Leite
César Adonay Benjamin De Souza Silva
Dalvânia Silva Alves
Daniella Moreira Avelar
Egídio Antônio Silva Saraiva
Fernanda Alves Miranda Moreira
Fernando Pereira Bhering
Jucélia Ana de Fátima Marques
Lorena Brandão Matragrano
Marcelo Soares
Marianne Rabelo Costa
Melânia da Silva Souza
Nayane Costa Nascimento
Odilon Arthur Campos Magalhães
Pâmela Damasceno Vieira
Rafaela Maria de Oliveira
Rafaela Villela Scarassatti
Ricardo Chadi
Sandra Aurora Fagundes Piantino Guimarães
Vinicius Ribeiro Barros

Apresentação

Esta coletânea apresenta discussões e análises de temas desafiadores e atuais, sob a ótica de profissionais atentos às transformações jurídicas diante do dinamismo social.

A possibilidade de produzir um livro sobre “Aspectos contemporâneos do Direito Civil Aplicado” nasceu em encontros com os autores através da Pós Graduação em Direito Civil Aplicado no IEC PUC-Minas, que trouxeram temáticas agregadoras para a atualidade, com a visão crítica as construções realizadas pela doutrina tradicional, com a finalidade de compreender o Direito Civil como um instrumento de transformação social, que vai além do que o previsto na legislação brasileira.

Cuida-se de publicação de importância significativa. Esperamos que esta obra seja lida e discutida por todos os públicos afeitos ao tema, que a leitura seja um momento de pensamento e crítica, que reafirme a importância da discussão dessa temática do direito.

Boa leitura!

Organizadores

Ricardo Chadi

Doutor e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professor da Sociedade Mineira de Cultura. Coordenador da Pós-Graduação em Direito Civil Aplicado no IEC- PUC Minas. Advogado

Nayane Costa Nascimento

Doutoranda em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (Bolsista CAPES). Mestre em Educação pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Especialista em Direito Civil e Direito do Trabalho. Advogada.

Belo Horizonte, abril de 2021

PREFÁCIO

A Teoria Geral do Direito, muito além de ser a base disciplinadora das relações jurídicas no amplo universo do Direito, contextualiza-se como o ramo que alinhava as novéis tendências no campo dos relacionamentos sociais.

A contemporaneidade trouxe consigo inovações das mais diversas ordens, que veio impactar os institutos jurídicos, com questões que envolvem uma reformulação dos conceitos basilares, assim como uma adequação dos parâmetros normativos da sociedade brasileira.

O macrossistema civil configura-se em um universo legislativo que envolve a regência de matérias correlatas com uma sistemática e filosofia próprias, que devem, obrigatoriamente, sofrer discussões sociais, a fim de atender a uma necessidade social premente.

A questão central que se apresenta nesta obra, é justamente o embate acadêmico e acalorado acerca das novas indagações que despontam em nossa sociedade: as relações consumeristas; o exercício dos direitos fundamentais na era digital; as relações trabalhistas e o fim da personalidade na morte presumida; as questões jurídicas dos animais não-humanos; a disposição dos direitos da personalidade; a boa-fé objetiva nos negócios jurídicos; o direito ao esquecimento; o direito de arena; a vacinação compulsória; os meandros da reprodução assistida; o dano moral no ambiente familiar; idoneidade corporal; direito à informação; direito de imagem... são alguns dos intrincados temas que foram amplamente discutidos neste curso de Pós Graduação.

É certo que a presente obra é o reflexo da competência e escolha dos seus organizadores – Prof. Ricardo Chadi e Prof^a Nayane Nascimento – que com bastante sensibilidade conduziram os autores a profundas considerações e construções jurídicas em temas de máxima relevância científica na atualidade.

Ao equacionar estas questões busca-se, afinal, proteger os institutos jurídicos, formulando a sua ampliação e readequação de aplicabilidade nas diversas transformações vivenciadas em nossa sociedade.

Juliane Fernandes Queiroz

PhD em Direito Privado com ênfase em Direito Biomédico, pela Università degli Studi di Torino – Itália. Doutorado em Direito Civil pela UERJ. Estágio pesquisa doutoral em Direito Civil pela Università degli studi di Camerino – Itália. Mestrado e Especialização em Direito Civil pela UFMG. Professora de Graduação e Pós Graduação da PUC Minas. Advogada especializada em Direito Biomédico em reprodução humana assistida

Sumário:

A LIMITAÇÃO DA AUTONOMIA DE VONTADE EM PROL DA SEGURANÇA JURÍDICA AO DISPOR OS DIREITOS DE PERSONALIDADE

Amanda Cristina Rodrigues

RESUMO:	21
1. Introdução.....	22
2. Dos Direitos da Personalidade.....	24
3. A autonomia da vontade e a limitação voluntária	27
3.1. Autonomia da Vontade em relação aos atos de disposição do próprio corpo e a possibilidade da limitação voluntária.....	29
3.2. O Direito do paciente em deliberar sobre tratamento médico ..	30
4. O limite da autonomia da vontade e a segurança jurídica dos direitos da personalidade	34
5. Considerações Finais.....	37
6. Referencias.....	38

AUTONOMIA E IDONEIDADE CORPORAL SOB O ASPECTO DO DIREITO DA PERSONALIDADE

Ana Carolina Petrosino Alves

RESUMO:	41
1. Introdução.....	41
2. O Direito à Integridade Física: Discussões Relacionadas ao Tema	45
2.1. Da modificação corporal extrema e da Apotemnofilia	46
2.2. Da transfusão de sangue em Testemunhas de Jeová	49
2.3. Do transplante <i>post mortem</i>	54
3. Considerações Finais.....	60
4. Referências.....	62

ASPECTOS JURÍDICOS E CONTRATUAIS DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA NO DIREITO BRASILEIRO

*Nayane Costa Nascimento
Alice Andrade Pereira*

RESUMO:	65
1. Introdução	65
2. O planejamento familiar e o uso da Reprodução Humana Assistida como ferramenta auxiliar na sua efetivação	67
3. Os desdobramentos da Reprodução Humana Medicamente Assistida	69
4. As Normas Deontológicas brasileiras acerca da Reprodução Humana Assistida e os pontos polêmicos	72
5. A contratos na efetivação da autonomia de vontade na reprodução humana assistida	79
6. Considerações Finais	83
7.Referências	84

REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA: DESTINAÇÃO DE EMBRIÕES EXCEDENTÁRIOS FRENTE AO DIREITO E À ÉTICA

Egídio Antônio Silva Saraiva

RESUMO:	88
1. Introdução.....	88
2. Bioética	89
3. Biodireito	90
4. Direito da Personalidade do embrião	92
5. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana	93
6. Reprodução Humana Assistida- RHA e Fertilização in vitro - FIV.....	95
7. Embriões excedentários	96
8. Lei de Biossegurança e Portarias do Conselho Federal de Medicina – CFM	97

9. Dados da RHA no Brasil em 2019	99
10. Considerações Finais	100
11. Referências	101

OS IMPACTOS DA MORTE PRESUMIDA NO CONTRATO DE TRABALHO

Marianne Rabelo Costa

Marcelo Soares

Rafaela Maria de Oliveira

RESUMO:	104
1. Introdução.....	104
2. Do Término Da Personalidade Jurídica – A Morte Real E Morte Presumida.....	105
2.1. Morte Presumida Com Decretação De Ausência	108
2.2. Morte Presumida Sem Decretação De Ausência – Presunção De Óbito	109
2.3. Morte Presumida – Certeza De Óbito – Justificação – Lei Nº 6015/73	111
2.4. Natureza Do Provimento Judicial.....	114
3. Do Encerramento Da Relação De Emprego Pela Morte	116
3.1. Das Verbas Rescisórias.....	116
4. Do Caso “Vale”, Em Brumadinho/MG.....	118
4.1. Dos contratos de trabalhos dos empregados desaparecidos	119
4.2. Da possibilidade de pagamento em ação de consignação em pagamento	121
5. Considerações Finais	121
6. Referências.....	122

DANO MORAL E O DIREITO DE FAMÍLIA

Barbara Rezende Malard Leite

Rafaela Villela Scarassatti

RESUMO:	124
1. Introdução.....	124
2. Do Dano Moral.....	125
2.1. Conceituação e características	125
2.2. Da Responsabilidade Civil	127
3. Da vítima.....	128
4. O princípio da dignidade da pessoa humana no dano moral.....	132
5. O dano moral nas relações familiares	135
5.1. Dos Esponsais	135
5.2. Do Casamento anulável ou nulo.....	137
5.3. Da filiação.....	139
6. Considerações Finais.....	141
7. Referências.....	142

OS ANIMAIS NÃO HUMANOS COMO SUJEITOS DE DIREITOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Jucélia Ana de Fátima Marques

Sandra Aurora Fagundes Piantino Guimarães

RESUMO:	144
1. Introdução.....	144
2. Aspectos gerais acerca do Direito Animal Brasileiro	145
2.1. Classificação Jurídica dos Animais	149
3. Os Animais Como Sujeitos De Direitos No Brasil	151
3.1. Sujeitos de direitos x Bens semoventes.....	151
3.2. Capacidade Jurídica e Capacidade de Direito	151
3.3. Animais não humanos: Sujeitos de Direitos	154
4. Considerações Finais	159
5. Referências.....	160

OS REFLEXOS DO DIREITO À INFORMAÇÕES E SUAS CONSEQUÊNCIAS NO ÂMBITO PRIVADO

André Braun Montresor

César Adonay Benjamin De Souza Silva

RESUMO:	163
1.Introdução	163
2. Direito à informação pós Constituição Federal de 1988 e sua relação e limitação por Direitos Personalíssimos.....	165
3. As informações no âmbito privado e o Direito a resposta	171
4.Considerações finais	179
5. Referências	180

DIREITO DE IMAGEM VERSUS LIMITE DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Pâmela Damasceno Vieira

RESUMO:	183
1. Introdução.....	183
2. Os direitos da personalidade	184
3. O Direito de Imagem	185
4. A liberdade de expressão	187
5. O equilíbrio entre o Direito de Imagem e a Liberdade de Expressão	189
5.1. Visão Jurisprudencial	192
6. Considerações Finais.....	194
7. Referências.....	196

A PRIVACIDADE E AS LIBERDADES PÚBLICAS NA ERA DIGITAL: A NECESSÁRIA IMPOSIÇÃO DE LIMITES AO EXERCÍCIO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

André Canelas Alves

RESUMO:	198
1. Introdução.....	198
2. A dignidade da pessoa humana como valor fundamental na ordem jurídica brasileira e seus reflexos na interpretação e aplicação dos institutos jurídicos	200
3. Direito à Privacidade	203
4. Liberdades Públicas: Liberdade de Informação e de Imprensa	205
5. Colisão entre os Direitos à Privacidade e as Liberdades Públicas – Uma Questão de ponderação de interesses.....	207
6. Considerações Finais.....	214
7. Referências	215

A RELATIVIZAÇÃO DO DIREITO DE IMAGEM A LUZ DA LEI PELÉ: AS DISTINÇÕES ENTRE DIREITO DE IMAGEM E O DIREITO DE ARENA NO DESPORTO

Odilon Arthur Campos Magalhães

RESUMO:	217
1. Introdução	217
2. Direitos da Personalidade	218
2.1. Conceito	218
2.2. Da Possibilidade de Relativização dos Direitos Personalíssimos... ..	219
3. O Direito de Imagem	222
4. Do contrato especial de trabalho desportivo	223
4.1. Do Contrato de Cessão de Uso da Imagem sob a Égide da “Lei Pelé”	224

5. Direito de Arena	226
5.1. A origem do instituto do direito de arena	226
5.2. Distinções entre o Direito de Imagem e o Direito de Arena.....	228
5.2.1 O direito de arena na função social da imagem	230
6. Breves Comentários a MP 984 de junho de 2020, Direito de Arena ..	232
7. Considerações Finais	233
8. Referências	234

A MEDIDA PROVISÓRIA 984/2020 FRENTE AO DIREITO DE ARENA NO FUTEBOL BRASILEIRO

Fernando Pereira Bhering

RESUMO:	237
1. Introdução.....	238
2. A medida provisória e o Estado de Calamidade Pública	239
2.1. A medida provisória	239
2.2. O estado de calamidade pública e o ritmo sumário da medida provisória	241
3. Considerações sobre a imagem dos atletas e a realidade do futebol brasileiro	242
3.1. O contexto atual do futebol brasileiro	242
3.2. Direito de arena x direito de imagem	244
4. A medida provisória 984/2020	248
4.1. Comparativo e alterações na Lei Pelé	248
4.2. Efeitos e repercussão da MP 984 no futebol brasileiro	253
5. Considerações Finais.....	257
6. Referências.....	258

DIREITO AO ESQUECIMENTO COMO “NOVO” DIREITO DA PERSONALIDADE NA SOCIEDADE DA HIPERINFORMAÇÃO

Vinicius Ribeiro Barros

RESUMO:	262
1. Introdução	262
2. Direito às Liberdades de imprensa, informação e de expressão	264
3. Direitos da Personalidade e o Surgimento do Direito ao Esquecimento	267
3.1. Direito ao esquecimento como novo direito da personalidade	271
4. Técnica da Ponderação como limite ao Superinformacionismo e salvaguarda do direito ao esquecimento	276
5. Considerações Finais	280
6. Referências.....	282

O DIREITO AO ESQUECIMENTO NO ÂMBITO DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS

Daniella Moreira Avelar

RESUMO:	285
1.Introdução	285
2. Afinal, o que é o direito ao esquecimento?	289
3. Finalidades da lei geral de proteção de dados	291
4. E quais são os direitos dos titulares na lei geral de proteção de dados.....	296
4.1. Direito a exclusão dos dados não se confunde com direito ao esquecimento.....	297
4.2. Diferença entre anonimização de dados, exclusão de dados e direito ao esquecimento.....	298
5. Aplicação do direito ao esquecimento e da lei geral de proteção de dados às pessoas jurídicas.....	299
6. Necessidade de aplicação do direito ao esquecimento no âmbito da	

Lei 13.709/18.	300
7. Entendimento Jurisprudencial.	301
8. Referência	305

**O DÚBIO REGIME DE RESPONSABILIDADE CIVIL APLICADO
AOS AGENTES DE TRATAMENTO DE DADOS DE ACORDO COM
A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS: LEI Nº
13.709/2018**

*Fernanda Alves Miranda Moreira
Ricardo Chadi*

RESUMO:	307
1. Introdução.....	308
2. A Lei Geral de Proteção de Dados	308
2.1. Breves considerações históricas, nova era Big-Data e sociedade da informação	308
2.2. Caminho legislativo para surgimento da LGPD	310
2.3. Prorrogação do prazo de vigência em razão do Covid-19	312
2.4. Conceitos e terminologias trazidos pela legislação.....	313
2.4.1 Dados pessoais, dados pessoais sensíveis e dado anonimizados..	313
2.4.2 Agentes de tratamento de dados e Encarregado (DPO).....	315
2.4.3 Tratamento de dados	316
2.4.4 Autoridade Nacional de Proteção de dados (ANPD)	318
2.5. Princípios aplicados ao tratamento de dados pessoais.....	319
2.5.1 Finalidade e adequação.....	321
2.5.2 Necessidade	322
2.5.3 Livre acesso, qualidade dos dados e transparência	322
2.5.4 Segurança e prevenção.....	323
2.5.5 Não discriminação.....	323
2.5.6 Responsabilização e prestação de contas (Accountability).....	324
3. Da Responsabilidade Civil	325
3.1. Breves considerações acerca da responsabilidade civil	325

3.2. Teorias da Responsabilidade Civil	326
3.2.1 Teoria Subjetiva (Teoria da Culpa)	326
3.2.2 Teoria Objetiva (Teoria do Risco).....	328
4. Da Responsabilidade Civil na LGPD.....	331
4.1. Responsabilidade Civil na LGPD	331
4.1.1 Excludentes de responsabilidade civil	333
4.2. Natureza da responsabilidade civil na LGPD.....	334
4.2.1 Argumentos a favor da responsabilidade objetiva	334
4.2.2 Argumentos a favor da responsabilidade subjetiva	336
4.2.3 Um novo regime de responsabilidade: proativa	338
4.3. Afinal, qual o regime adotado pela LGPD?	339
5. Considerações Finais.....	341
6. Referências.....	343

BOA-FÉ OBJETIVA: APLICAÇÃO A CONTRATOS COM CLÁUSULA DE VENCIMENTO ANTECIPADO E GARANTIA DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA

Dalvânia Silva Alves

RESUMO:	349
1. Introdução	349
2. Negócios Jurídicos e a Boa fé Objetiva.....	350
2. A boa-fé objetiva e a violação aos deveres anexos de comporta- mento.....	353
3. <i>Supressio e Surrectio</i>	355
3.1. <i>Venire contra factum proprium</i>	355
3.2. Do vencimento antecipado e da alienação fiduciária.....	356
4. Aplicação da boa-fé objetiva a contratos com garantia de alienação fiduciária pelo poder judiciário mineiro	359
4.1. Aplicação da <i>supressio</i>	360
4.2. Aplicação do <i>venire contra factum proprium</i>	362
5. Considerações Finais.....	365
6. Referências.....	366

A DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Lorena Brandão Matragrano

RESUMO:	368
1. Introdução.....	368
2. Ônus da Prova.....	371
3. Considerações Finais	376
4. Referências.....	377

VIÉSES DE COGNIÇÃO NA DECISÃO DE DISTRIBUIÇÃO DEMOCRÁTICA DO ÔNUS DA PROVA

Melânia da Silva Souza

RESUMO:	378
1. Introdução	378
2. Evolução Histórica das Provas.....	380
3. Distribuição Democrática da Prova	383
4. Vieses Cognitivos e a Distribuição do ônus da Prova	385
5. Considerações Finais	394
6. Referências.....	395

A LIMITAÇÃO DA AUTONOMIA DE VONTADE EM PROL DA SEGURANÇA JURÍDICA AO DISPOR OS DIREITOS DE PERSONALIDADE

Amanda Cristina Rodrigues¹

RESUMO:

O presente trabalho busca analisar a limitação da Autonomia da Vontade e a consequente interferência do Estado nas decisões privadas sobre a disposição dos Direitos da Personalidade como forma de garantir a segurança jurídica aos indivíduos, diante da importância de tais direitos no Ordenamento Jurídico brasileiro. Para isso, inicialmente traçaremos um breve histórico sobre os Direitos da Personalidade e destacaremos a sua relação com o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana instituído pela Constituição Federal como fundamento da República Federativa do Brasil. Posteriormente, trataremos as principais características dos Direitos da Personalidade para o entendimento do tema em estudo. Em seguida, abordaremos o Princípio da Autonomia da Vontade com enfoque na possibilidade da Limitação Voluntária dos Direitos da Personalidade, trazendo situações concretas que ocorrem na sociedade contemporânea. Por fim, debateremos sobre a Autonomia da Vontade em confronto com a segurança jurídica ao dispor limitações ao direito da personalidade para que se possa garantir um mínimo existencial e a supremacia da dignidade humana. Assim, será possível verificar até que ponto o Estado deve intervir nas relações privadas em nome do preceito maior que é a garantia da própria condição humana.

Palavras-Chave: Dignidade da Pessoa Humana. Constituição Federal. Limitação Voluntária.

¹ Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG). Pós Graduanda em Direito Civil Aplicado – PUC-MG. E-mail: amandacristina.rodrigues@hotmail.com.

1. Introdução

A tutela jurídica dos Direitos da Personalidade existe desde a antiguidade, ainda que o seu reconhecimento como um direito subjetivo seja relativamente recente. Assim, de acordo com a autora Maria Helena Diniz (2012), a presença dos direitos da personalidade já era perceptível em Roma e na Grécia através da *actio injuriarum* e da *áike kakegorias* respectivamente. Além disso, com o advento do Cristianismo, foram difundidas as ideias de Fraternidade Universal que ajudaram ainda mais no reconhecimento de tais direitos. Por fim, a Constituição da Inglaterra do sec. XIII instituiu normas que eram pertinentes ao ser humano dando maior importância aos direitos essenciais da pessoa.

Nesse sentido, Carlos Roberto Gonçalves (2011) explica em seu livro que a partir da Declaração dos Direitos do Homem de 1789, da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) das Nações Unidas de 1948 e da Convenção Europeia de 1950 houve o reconhecimento dos direitos de personalidade como um direito subjetivo a ser tutelado pelo Estado.

Já no âmbito do Direito Privado, a evolução do reconhecimento do direito da personalidade ocorreu vagarosamente, como aponta Maria Helena Diniz (2012):

O Código Civil francês de 1804 os tutelou em rápidas pinceladas, sem defini-los. Não os contemplaram o Código Civil português de 1866 e o italiano de 1865. O Código Civil italiano de 1942 os prevê nos arts. 5a a 10; o atual Código Civil português, nos arts. 70 a 81, e o novo Código Civil brasileiro, nos arts. 11 a 21. Sua disciplina, no Brasil, tem sido dada por leis extravagantes e pela Constituição Federal de 1988, que com maior amplitude deles se ocupou, no art. 5a em vários incisos e ao dar-lhes, no inc. XLI, uma tutela genérica ao prescrever que a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais.

Somente em fins do século XX se pôde construir a dogmática dos direitos da personalidade, ante o redimensionamento da noção de respeito à dignidade da pessoa humana, consagrada no art. 1a, III, da

CF/88. (DINIZ, 2012, p.133)

Com o advento da Constituição da República de 1988 (CR/88), houve a introdução de uma série de princípios, direitos e garantias fundamentais, que contribuiu para que a proteção aos direitos da personalidade ganhasse maior prestígio e relevância na sociedade brasileira contemporânea. Nesse sentido, tem-se o artigo 1º, III da CR/88 (BRASIL, 1988) que é cláusula geral da tutela da pessoa humana. In verbis:

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; (BRASIL, 1988, grifo nosso)

Dessa forma, o reconhecimento da dignidade da pessoa humana, que possui status de Princípio Fundamental no ordenamento jurídico brasileiro, determina que a interpretação e aplicação das normas constitucionais e infraconstitucionais devem assegurar a vida humana de forma integral visando garantir aos indivíduos o direito a uma vida digna.

Nesse sentido, o artigo 5ª da Carta Magna (BRASIL, 1988) consagra os direitos e garantias individuais tais como o direito à vida, à integridade física, à liberdade de manifestação religiosa, artística, intelectual e científica, à inviolabilidade da intimidade, à vida privada, à honra e à imagem. No entanto, apesar de enumerar as garantias individuais ao longo de seus vários incisos, isso não representa uma lista exaustiva impossível de uma interpretação extensiva.

Seguindo a mesma linha, o Código Civil Brasileiro de 2002 (BRASIL, 2002) dedicou um capítulo aos Direitos da Personalidade que estão descritos do art. 11 ao art. 21 em um rol meramente exemplificativo. Nesse sentido, o Enunciado 274 do Conselho Federal de Justiça (CFJ) aprovado na IV Jornada de Direito Civil determina:

Os direitos da personalidade, regulados de maneira não exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, inc. III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação. (BRASIL, 2006, grifo nosso).

Dessa forma, a introdução do capítulo dos Direitos da Personalidade no CC/2002 é uma inovação do legislador, uma vez que o revogado Código Civil de 1916 não disciplinava tais direitos. Ademais, como bem ressalta Nancy Dutra (2008) a tutela estatal desses direitos é garantida tanto pela Carta Magna ao disciplinar os direitos e garantias individuais fundamentais, quanto pelo Código Civil brasileiro de 2002 ao instituir um capítulo específico sobre o tema. Portanto, ainda segundo a autora, a atuação exercida pelo Estado em tutelar os direitos da personalidade garante a proteção aos bens da vida mais relevantes a própria condição humana.

2. Dos Direitos da Personalidade

A Constituição da República ao erigir a dignidade da pessoa humana como valor fundamental, assegurou proteção a todos os interesses e direitos existenciais ligados a condição humana. Desse modo, os direitos da personalidade protegem características inerentes a pessoa, que contribuem para que os indivíduos tenham uma vida digna, garantindo lhes um mínimo existencial. Nesse sentido, cabe ressaltar a definição de direitos da personalidade feita pelo autor Francisco Amaral “direitos subjetivos que têm por objeto os bens e valores essenciais da pessoa, no seu aspecto físico, moral e intelectual”. (AMARAL apud GONÇALVES, 2011, p. 153)

Sobre o tema, vale ressaltar a conceituação feita pelo autor Carlos Roberto Gonçalves (2012):

Certas prerrogativas individuais, inerentes à pessoa humana, aos poucos foram reconhecidas pela doutrina e pelo ordenamento jurídico, bem como

protegidas pela jurisprudência. São direitos inalienáveis, que se encontram fora do comércio, e que merecem a proteção legal. A concepção dos direitos da personalidade apoia-se na ideia de que, a par dos direitos economicamente apreciáveis, destacáveis da pessoa de seu titular, como a propriedade ou o crédito contra um devedor, outros há, não menos valiosos e merecedores da proteção da ordem jurídica, inerentes à pessoa humana e a ela ligados de maneira perpétua e permanente. São os direitos da personalidade, cuja existência tem sido proclamada pelo direito natural, destacando-se, dentre outros, o direito à vida, à liberdade, ao nome, ao próprio corpo, à imagem e à honra 1. (GONÇALVES, 2012, p. 179)

Ademais, segundo o entendimento do jurista Miguel Reale (2004) “a pessoa, como costume dizer, é o valor-fonte de todos os valores, sendo o principal fundamento do ordenamento jurídico”. Dessa forma, percebemos a importância que o indivíduo tem para o ordenamento, sendo a base de todas as normas, motivo pelo qual, os direitos essenciais da pessoa não podem ser livremente dispostos sobre o risco de comprometer a segurança jurídica dos direitos da personalidade.

No Brasil, o Código Civil 2002 disciplina sobre a proteção aos direitos da personalidade em seu Capítulo II do Título I, no qual institui os artigos 13 e 14 que tratam dos atos de disposição do próprio corpo, o art. 15 que traz a proibição de constrangimento para submeter alguém a tratamento médico de risco, os arts. 16 a 19 que fala sobre o direito ao nome e ao pseudônimo, o art. 20 que traz a proteção à palavra e à imagem e, por fim, o art. 21 que garante o direito à intimidade.

De acordo com a autora Maria Helena Diniz (2012), podemos caracterizar os direitos de personalidade como absolutos, impenhoráveis, imprescritíveis, ilimitados, inexpropriáveis, indisponíveis, intransmissíveis e irrenunciáveis. Primeiramente, são considerados absolutos por serem oponíveis erga omnes, isto é, oponível contra todos, uma vez que eles não podem ser violados por outras pessoas; são extrapatrimoniais, pois, os direitos da personalidade são valores existenciais, razão pela qual não são suscetíveis de aferição monetária,

de valor patrimonial, entretanto, a sua violação pode gerar o dever de reparação pecuniária em caráter indenizatório. Posteriormente, são classificados como impenhoráveis, uma vez que, não se admite constrição judicial sobre direitos da personalidade e imprescritíveis, já que não há prazo extintivo para o exercício de um direito de personalidade e ninguém sofre a perda de um direito de personalidade pelo não uso, mas existe prazo prescricional para reclamar a indenização. Também, são considerados ilimitados por não haver rol taxativo no ordenamento jurídico que delimite especificamente todos os direitos da personalidade em um número fechado. Além disso, os direitos da personalidade são considerados inexpropriáveis, uma vez que não podem ser retirados da pessoa, por ser um direito inato, ou seja, inerente a condição humana e por ser vitalício, pois, este direito só se extingue com a morte do seu titular. Por fim, são considerados também indisponíveis, intransmissíveis e irrenunciáveis, pois, em regra ninguém pode ceder ou dispor livremente tais direitos, seja de forma gratuita ou onerosa, bem como não é permitido renúncia do titular. Todavia, veremos adiante que essas três últimas características não são absolutas e permitem certa relativização.

Assim, os direitos da personalidade são atributos da pessoa, que existem desde sua origem ou nascimento, por natureza, bem como aqueles que se projetam para o mundo exterior em seu relacionamento com a sociedade. Os direitos de personalidade possuem caráter subjetivo e podem ser oponíveis erga omnes, exigindo dos demais indivíduos um comportamento negativo. Ademais, os referidos direitos são inerentes ao ser humano, adquiridos desde a sua concepção e extinguindo-se apenas com a morte, e nesse sentido cabe uma ressalva, visto que mesmo após a morte há proteção a memória, a honra, ao corpo morto e etc. Portanto, os direitos de personalidade conferem ao indivíduo o direito de defender, inclusive por meio de ação judicial, os direitos mais relevantes a pessoa, como o direito à vida, a integridade física, psíquica e moral.

3. A autonomia da vontade e a limitação voluntária

O Princípio da Autonomia da Vontade reconhece que a capacidade jurídica da pessoa humana lhe permite escolher livremente, de acordo com sua vontade, sobre os seus direitos subjetivos sem a ingerência Estatal ou a interferência de terceiros. Ocorre que, quando se trata de direitos da personalidade, ainda que seja um direito subjetivo, não é permitida a livre disposição deles, como forma de garantir o interesse primordial que é a dignidade da pessoa humana. Portanto, a autonomia da vontade garante ao indivíduo o poder de fazer ou deixar de fazer certos atos, de acordo com as suas escolhas pessoais. Todavia, no âmbito dos direitos da personalidade essa autonomia sofre limitações, pois, como regra geral não é permitida pelo nosso sistema jurídico a livre disposição daqueles direitos, e, somente em algumas situações poderão ocorrer a limitação voluntária. Nesse sentido, o artigo 11 do CC/02 (BRASIL, 2002) dispõe que “Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.”

Desse modo, observamos que os nossos direitos de personalidade não podem sofrer limitação voluntária como regra geral, por serem considerados indisponíveis, não sendo passível de transmissão e renúncia. Ocorre que, essa indisponibilidade dos direitos essenciais ao homem, é relativa e não absoluta, vez que é admitido em nosso sistema jurídico a limitação voluntária, como está estabelecido no Enunciado 4 do Conselho de Justiça Federal aprovado na I Jornada de Direito Civil (BRASIL, 2002) “o exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente e nem geral”.

Seguindo a mesma linha, temos o Enunciado 139 do Conselho de Justiça Federal codificado na III Jornada de Direito Civil determinando que (BRASIL, 2004) “os direitos da personalidade podem sofrer limitações, ainda que não especificadamente previstas em lei, não podendo ser exercida com abuso e direito do seu titular”. Assim, há possibilidade de limitação voluntária dos direitos da personalidade, mas a restrição não pode ser permanente, genérica e abranger todos os direitos, visto que a restrição dever recair especificadamente sobre

um direito e, não pode violar a dignidade do titular, ainda que esse venha a aquiescer dessa decisão.

Sobre o assunto, o autor Carlos Roberto Gonçalves (2012) explica que alguns atributos dos direitos existências admitem cessão e podem ser explorados comercialmente mediante retribuição pecuniária, como os direitos autorais e direitos de imagem, que mesmo cedidos não deixam de ser direitos intrínsecos. Ademais, é permitido a cessão gratuita de órgão do corpo humano para fins altruísticos ou terapêuticos.

Percebemos então, que no campo dos direitos da personalidade a autonomia da vontade não é absoluta, ainda que seja uns dos princípios basilares do Código Civil que circunda as relações entre os particulares. Nesse contexto, a título de exemplo, podemos mencionar o Reality Show, como o Big Brother Brasil transmitido pela Rede Globo no qual os integrantes do programa só podem participar, pois, a cessão do direito de imagem é temporária e não permanente.

Outrossim, ao esportista profissional é permitido acordar sobre os seus direitos de imagem para a exploração de caráter pecuniário mediante a celebração de um contrato com uma empresa do ramo de esportes. Assim, para serem lícitos, essa cessão não pode ser vitalícia, geral e nem constituir abuso de direito. No entanto, há casos de contratos realizados fora do país envolvendo atletas brasileiros, que não seguem o regramento presente no Código Civil e, só são considerados válidos por terem sido constituídos em outros países pactuados com empresas multinacionais.

É válido ressaltar que, a autonomia da vontade presente na celebração de um contrato e na liberdade negocial que os sujeitos de direitos possuem encontram limitações nas normas de ordem pública e no princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. Portanto, a autonomia da vontade não é absoluta e encontra barreiras em prol do bem maior que são os direitos inatos aos seres humanos.

3.1. Autonomia da Vontade em relação aos atos de disposição do próprio corpo e a possibilidade da limitação voluntária

Dispõe os artigos. 13 e 14 do Código Civil:

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. (BRASIL, 2002, grifo nosso).

A Integridade Física é a tutela jurídica da vida, de todo corpo físico do titular, seja vivo ou morto e as partes do corpo como os membros, órgãos e tecidos. Por esse motivo, integra os direitos da personalidade, razão pela qual é proibido a disposição do próprio corpo em situações que acarretem diminuição permanente e contrarie os bons costumes. Dessa forma, independe da vontade do sujeito, não lhe é permitido e conveniente realizar procedimentos que firam a sua integridade. De acordo com Carlos Roberto Gonçalves (2011, p 157-158) “A vida humana é o bem supremo. Preexistente ao direito e deve ser respeitada por todos. É bem jurídico fundamental, uma vez que se constitui na origem e no suporte dos demais direitos. Sua extinção põe fim à condição de ser humano[...]”.

Nesse contexto, o jurista Miguel Reale (2004) explica que os direitos da personalidade estão atrelados a um valor fundamental, iniciando pelo próprio corpo humano, vez que através dele nos identificamos, expressamos, sentimos, pensamos e agimos. Assim, baseando na importância do corpo humano é que o Código Civil de 2002 determina que, como regra geral, é defeso o ato de disposição dele, com vistas a garantir a nossa corporeidade, em princípio intocável.

Todavia, o parágrafo único do artigo 13 supracitado, que permite a realização de transplantes, é uma das possibilidades de limitação voluntária que confere ao indivíduo autonomia de decisão. Entretanto, a Lei n. 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento, determina que:

Art. 9º É permitida à pessoa juridicamente capaz dispor gratuitamente de tecidos, órgãos e partes do próprio corpo vivo, para fins terapêuticos ou para transplantes em cônjuge ou parentes consanguíneos até o quarto grau, inclusive, na forma do § 4o deste artigo, ou em qualquer outra pessoa, mediante autorização judicial, dispensada esta em relação à medula óssea. (BRASIL, 2001, grifo nosso)

Portanto, o transplante só é permitido na legislação brasileira, por não gerar prejuízos a dignidade humana, uma vez que a doação deve ser a título gratuito, não pode colocar em risco a vida e a integridade física do doador, bem como só é permitida a doação em caso de órgãos duplos, partes regeneráveis de órgão ou tecido, cuja retirada não cause mutilação e deformação ou danos à saúde do doador .

3.2. O Direito do paciente em deliberar sobre tratamento médico

O artigo 15 do Código Civil (BRASIL, 2002) traz limitações aos direitos da personalidade, uma vez que determina que ninguém pode ser constrangido, sob risco de vida, a tratamento médico ou intervenção cirúrgica. Nesse sentido, dispõe o enunciado nº 533, do CJF aprovado na VI Jornada de Direito Civil (2013). In verbis:

O paciente plenamente capaz poderá deliberar sobre todos os aspectos concernentes a tratamento médico que possa lhe causar risco de vida, seja imediato ou mediato, salvo as situações de emergência ou no curso de procedimentos médicos cirúrgicos que não possam ser interrompidos. (BRASIL, 2013, grifo nosso)

Nessa perspectiva, cabe ressaltar a justificativa apresentada ao entendimento firmado pelo Enunciado nº 533:

O crescente reconhecimento da autonomia da vontade e da autodeterminação dos pacientes nos processos de tomada de decisão sobre questões envolvidas em seus tratamentos de saúde é uma das marcas do final do século XX. Essas mudanças vêm-se consolidando até os dias de hoje. Inúmeras manifestações nesse sentido podem ser identificadas, por exemplo, a modificação do Código de Ética Médica e a aprovação da resolução do Conselho Federal de Medicina sobre diretivas antecipadas de vontade. O reconhecimento da autonomia do paciente repercute social e juridicamente nas relações entre médico e paciente, médico e família do paciente e médico e equipe assistencial. O art. 15 deve ser interpretado na perspectiva do exercício pleno dos direitos da personalidade, especificamente no exercício da autonomia da vontade. O “risco de vida” será inerente a qualquer tratamento médico, em maior ou menor grau de frequência. Por essa razão, não deve ser o elemento complementar do suporte fático para a interpretação do referido artigo. Outro ponto relativo indiretamente à interpretação do art. 15 é a verificação de como o processo de consentimento informado deve ser promovido para adequada informação do paciente. O processo de consentimento pressupõe o compartilhamento efetivo de informações e a corresponsabilidade na tomada de decisão. (BRASIL, 2013, grifo nosso).

Assim, o entendimento doutrinário acerca do enunciado retrotranscrito é no sentido de que está presente a autonomia da vontade e o direito da autodeterminação dos pacientes em relação a tomada de decisão sobre questões envolvendo procedimentos médicos. Dessa forma, segundo o entendimento de Flávio Tartuce (2014) a interpretação do artigo 15 do Código Civil, deve ser realizada garantindo o pleno gozo dos direitos da personalidade, o que inclui o exercício da autonomia de vontade, no qual deve haver na relação médico paciente um

compartilhamento real e efetivo sobre informações acerca das condições de saúde e dos procedimentos médicos a serem realizados, bem como sobre a corresponsabilidade da tomada de decisão.

Ainda segundo o autor, a aplicação do referido artigo 15 não pode comprometer o direito à vida do paciente, pois, tal direito é um valor fundamental. Assim, se um paciente está em situação de emergência com risco de morte e há necessidade de procedimento cirúrgico, deve haver intervenção médica, ainda que tal procedimento seja de alto risco pois a vida humana é um preceito fundamental. Dessa forma, em casos onde haja pacientes com risco de morte e em situação de emergência a intervenção cirúrgica é legítima, uma vez que o direito à vida deve prevalecer em relação ao direito à liberdade ou a questões religiosas.

Nesse contexto, os adeptos da denominação cristã Testemunhas de Jeová não aceitam receber transfusão de sangue pelas passagens bíblicas contidas nos livros de Gênesis, Levítico e Atos. Assim, quando uma pessoa, adepta a religião Testemunha de Jeová, encontra-se em situação de grave risco de vida e é necessário o procedimento de transfusão de sangue, deve haver a análise em cada caso concreto mediante a técnica de ponderação de valores.

Encontramos hoje, entendimentos doutrinários e jurisprudências divergentes, pois alguns são favoráveis a transfusão de sangue como, presente na decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, na Apelação Civil (AC) Nº70020868126/RS (RIO GRANDE DO SUL, AC 70020868162, Quinta Câmara Cível, TJ-RS, Relator: Umberto Guaspari Sudbrack, julgado em 22/08/2007) sob a justificativa de que “[...] não há necessidade de intervenção judicial, pois o profissional de saúde tem o dever de havendo iminente perigo de vida, empreender todas as diligências necessárias ao tratamento do paciente, independente do consentimento dela ou de seus familiares” e entendimentos que defendem a prevalência da liberdade religiosa e autonomia de vontade como estabelecido o Enunciado nº 403 DO CJF aprovado na V Jornada de Direito Civil estabelece que:

O Direito à inviolabilidade de consciência e de crença, previsto no art. 5º, VI, da Constituição Federal, aplica-se também à pessoa que se nega a tratamen-

to médico, inclusive transfusão de sangue, com ou sem risco de morte, em razão do tratamento ou da falta dele, desde que observados os seguintes critérios: a) capacidade civil plena, excluído o suprimimento pelo representante ou assistente; b) manifestação de vontade livre, consciente e informada; e c) oposição que diga respeito exclusivamente à própria pessoa do declarante. (BRASIL, 2012, grifo nosso).

Desse modo, o Poder Judiciário deve realizar a ponderação de interesses quando houver uma colisão entre dois preceitos fundamentais, como destaca Carlos Roberto Gonçalves (2012):

Na atividade judicante, poderá o magistrado, com efeito, deparar-se com inevitável colisão de direitos fundamentais, quais sejam, por exemplo, o princípio da autonomia da vontade privada e da livre-iniciativa, de um lado (arts. 1º, IV, e 170, caput), e o da dignidade da pessoa humana e da máxima efetividade dos direitos fundamentais (art. 1º, III), de outro. Diante dessa “colisão”, indispensável será a “ponderação de interesses” à luz da razoabilidade e da concordância prática ou harmonização. Não sendo possível a harmonização, o Judiciário terá de avaliar qual dos interesses deverá prevalecer. (GONÇALVES, 2012 p. 44)

Diante do exposto, em relação as testemunhas de jeová podemos observar que há uma grande polêmica na jurisprudência se deve prevalecer o direito à vida ou o direito à liberdade religiosa, ambos princípios abarcados pela Carta Magna e relacionados ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Com isso, percebemos a possibilidade da relativização de um direito da personalidade quando em confronto com outro direito da personalidade.

4. O limite da autonomia da vontade e a segurança jurídica dos direitos da personalidade

O Estado limita a autonomia da vontade, visando garantir o pleno gozo dos direitos individuais, inibindo o abuso de direito. Dessa maneira, segundo os autores Narciso Leandro Xavier Baez e Germano Alves de Lima (2016) a limitação da autonomia privada pela atuação estatal ocorre baseada nos bons costumes e na ordem pública com a finalidade precípua de resguardar os interesses de toda a sociedade.

Nesse viés, ainda segundo os autores, o Estado estabelece dois tipos de limites a liberdade jurídica dos indivíduos, o limite positivo, no qual há instituição de normas coercitivas criadoras de obrigações com vistas a impedir o abuso de direito, e o limite negativo que confere aos indivíduos ampla liberdade de escolha, caracterizado pela não intersetão do Estado na autonomia da vontade de autodeterminação dos sujeitos. Assim, essa última espécie de limite é mais presente nas relações patrimoniais de cunho econômico, em que os sujeitos de direitos possuem ampla liberdade negocial. Ao contrário, quando se fala em direitos existências dos indivíduos, é o limite positivo que possui maior atuação, uma vez que, como já visto anteriormente, a importância dos direitos atrelado a personalidade se percebe pelo fato de o ser humano ser colocado ao centro de todo arcabouço jurídico.

Dessa forma, o Princípio Fundamental da Dignidade da Pessoa Humana, pensado sobre a ótica do direito público, visa limitar a atuação estatal sobre a vida dos indivíduos. Em contrapartida, os direitos da personalidade, que se concentram principalmente no âmbito do direito privado, sofrem a interferência do Estado, uma vez que há a supremacia dos direitos fundamentais e consequentemente da dignidade da pessoa. Assim, o Estado interfere nos direitos da personalidade dos indivíduos, limitando a sua autonomia da vontade como forma de conferir segurança jurídica. Sobre esse assunto, Narciso Leandro Xavier Baez e Germano Alves de Lima (2016) propõe que:

No que concerne aos ideais e valores trazidos pela nova concepção da autonomia, a separação entre Estado e sociedade acaba traduzindo-se em uma interferência cada vez maior do público sobre o

privado, na medida em que aumenta, significativamente, a esfera de limites à autonomia dos particulares. Há que se observar, contudo, que a transformação do conteúdo jurídico da vontade não retirou do ordenamento jurídico a sua importância (BAEZ; LIMA. 2016, p. 120, grifo nosso).

O problema dessa interferência é saber até que ponto o Estado tem legitimidade para interferir na esfera privada, nas tomadas de decisões dos indivíduos. Como já mencionado anteriormente, o princípio da Dignidade da Pessoa Humana foi consagrado na Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948, e posteriormente este princípio foi incorporado por diversos ordenamentos jurídicos ao longo do mundo, inclusive o Brasil, que instituiu a Dignidade da Pessoa Humana como fundamento.

Assim, nos parece evidente que ao conceder tamanha importância ao princípio da dignidade humana em nosso sistema jurídico, qualquer desrespeito a esse fundamento é inaceitável para o Direito, motivo pelo qual a atuação do Estado em garantir o desenvolvimento da personalidade e coibir o abuso de direito se baseia neste princípio e a limitação da autonomia da vontade em relação aos direitos da personalidade se justifica no referido fundamento.

Sintetizando, a consequência dessa ingerência estatal em limitar a disposição dos direitos existenciais em prol da segurança jurídica, compromete o princípio da autonomia da vontade. Ocorre que, todas as vezes que houver possibilidade de risco à condição humana, o Estado deve intervir para resguardar o bem maior, daí decorre a sua legitimidade de atuação na esfera privada.

Ademais, quando houver um conflito entre a autonomia da vontade e direitos fundamentais, tal como o direito da personalidade é pertinente realizar uma ponderação com vista a alcançar a melhor aplicabilidade desses direitos, sem que o exercício de um resulte no suprimento demasiado de outro. Nesse sentido, destaca Wilson Steinmetz:

No Brasil, a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais é aplicada, majoritariamente,

com base na teoria da eficácia horizontal De acordo com essa teoria, os direitos fundamentais possuem eficácia operante em todo o ordenamento jurídico, a partir do próprio texto constitucional, que lhes dá aplicabilidade plena, sem, contudo, negar a existência de especificidades na sua aplicação ao caso concreto, permitindo, inclusive, a ponderação entre direitos fundamentais e autonomia privada (STEINMETZ apud BAEZ; LIMA, 2016, p. 126-127)

Por oportuno, vale mencionar, um caso emblemático de arremesso de anões que ocorreu em uma cidade chamada Morsang-sur-Orge na França e que foi julgado em 1992. A França decidiu pela proibição desse tipo de atração, porém Manuel Wackenheim, anão e dublê, levou o caso adiante para a análise da Comissão das Nações Unidas e Direitos Humanos, que em 2002 proferiu uma decisão confirmando o entendimento francês em banir arremesso dos anões em respeito à dignidade da pessoa humana e a manutenção da ordem pública.

Nesse contexto, de acordo com o entendimento de Alexandre de Moraes (2011):

A dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que apenas excepcionalmente possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. (MORAES, Alexandre de., 2011, página 61, grifo nosso).

O Caso dos anões representa a atuação do Estado na vida privada do indivíduos, limitando a sua autonomia da vontade, pois, ainda que os anões quisessem participar dessa atração como protagonistas, não lhes foi permitido, pois tal evento vai de encontro a dignidade da pes-

soa humana, e, permitir que os anões continuassem sendo arremessados colocaria em risco a segurança jurídica das normas que protegem a própria condição humana.

Portanto, o direito a autonomia da vontade não deixa de ser um direito atrelado a personalidade, bem como resguardado pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Entretanto é pertinente ressaltar que, o princípio da autonomia da vontade, que é um desdobramento da liberdade do indivíduo amplamente difundido pelos ideais da Revolução Francesa, deve ser respeitado desde que não confronte os direitos mais íntimos e fundamentais do ser humano.

5. Considerações Finais

Diante de todo o exposto, verificamos que os Direitos da Personalidade surgiram desde a antiguidade e foram evoluindo mundialmente ao longo do tempo. No Brasil, a proteção àqueles direitos se baseia no Princípio Fundamental da Dignidade da Pessoa Humana, que são de extrema importância para garantir aos indivíduos condições de vida justas e seguras. Com isso, observamos que o indivíduo é colocado ao cetro do nosso ordenamento jurídico, motivo pelo os direitos essenciais do homem estão resguardando tanto na Constituição Federal de 1988 como no Código Civil de 2002, pois, tais direitos são importantes não só para os indivíduos, mas para a sociedade como um todo e para o Estado Democrático de Direito.

Dessa forma, o Estado assume um papel de protetor desses direitos, proibindo a sua livre disposição, ou seja, ainda que um indivíduo queira ceder, transmitir, renunciar, como regra geral não será permitido por nossa legislação. Diante disso, surge um confronto entre o princípio da autonomia da vontade e atuação do Estado na limitação dessa liberdade em prol de garantir segurança jurídica. Assim, fica evidente que o objetivo do Estado é de assegurar que os direitos mais importantes das pessoas estejam resguardados e por esse motivo interfere na espera priva, restringindo a autonomia e o poder de escolhas na vida das pessoas.

Nesse cenário, os limites impostos visam assegurar o pleno desenvolvimento da personalidade e o próprio exercício da autonomia,

mas quando em confronto devem haver a ponderação entre os valores existentes no ordenamento jurídico, decorrentes dos direitos e garantias constitucionais, da dignidade da pessoa humana, dos direitos da personalidade e a autonomia da vontade. Porém, como regra geral, o exercício desse último será limitado com vistas proteger os interesses de caráter existencial indivíduos e também promover uma justiça social. Dessa forma, será possível constatar se a interferência do Estado na autonomia privada ocorreu de forma legítima.

Portanto, como demonstrado ao longo de todo o trabalho, nos parece necessário que o Estado intervenha na vida dos indivíduos em nome da Dignidade da Pessoa Humana, para lhe assegurar um mínimo existencial, isto é, uma vida digna. Se assim não o fosse, muitos seriam os casos de desrespeito a condição humana. O Estado então, estabelece leis como forma de resguardar os próprios tutelados e permitir que gozem de forma livre e plena os direitos da personalidade.

6. Referencias

BAEZ, Narciso Leandro Xavier; LIMA, Germano Alves de. Os Limites Da Autonomia Privada Em Face Da Perspectiva Civil-Constitucional. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 10, n. 34, p. 115-131, jan./jun. 2016.

BRASIL. Constituição da República Federativa de 1988. Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos (...). *Diário Oficial da União*, Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao-compilado.htm> Acesso em: 28 jun. 2020.

BRASIL. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 28 jun. 2020.

BRASIL. Lei n. 9.434, de 4 de fevereiro de 1997. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 fev. 1997. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9434.htm>. Acesso em: 04 jul. 2020.

BRASIL. Conselho de Justiça Federal. Enunciado nº139. Os direitos da personalidade podem sofrer limitações, ainda que não especificamente previstas em lei, não podendo ser exercidos com abuso de direito de seu titular, contrariamente à boa-fé objetiva e aos bons costumes. BRASÍLIA, DF: Conselho de Justiça Federal [2004] Disponível em: < <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/222>>. Acesso em: 02 jun. 2020.

BRASIL. Conselho de Justiça Federal. Enunciado nº274. Os direitos da personalidade, regulados de maneira não-exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana[...]. BRASÍLIA, DF: Conselho de Justiça Federal [2006] Disponível em: <<https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/219>>. Acesso em: 02 jun. 2020.

BRASIL. Conselho de Justiça Federal. Enunciado nº4. O exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente nem geral. BRASÍLIA, DF: Conselho de Justiça Federal [2002] Disponível em: < <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/650>>. Acesso em: 03 jun. 2020.

BRASIL. Conselho de Justiça Federal. Enunciado nº403. O Direito à inviolabilidade de consciência e de crença, previsto no art. 5º, VI, da Constituição Federal, aplica-se também à pessoa que se nega a tratamento médico, inclusive transfusão de sangue, [...]. BRASÍLIA, DF: Conselho de Justiça Federal [2012] Disponível em: < <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/207>>. Acesso em: 12 jun. 2020.

BRASIL. Conselho de Justiça Federal. Enunciado nº533. O paciente plenamente capaz poderá deliberar sobre todos os aspectos concernentes a tratamento médico que possa lhe causar risco de vida[...]. BRASÍLIA, DF: Conselho de Justiça Federal [2013] Disponível em: < <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/144>>. Acesso em: 12 jun. 2020.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil: teoria geral do direito civil. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DUTRA, Nancy. A natureza e o reconhecimento dos direitos da personalidade. Teresina, 28 abr. 2008. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/11200>>. Acesso em: 4 jul. 2020.

GONÇALVES, Carlos Alberto. Direito Civil brasileiro, volume 1: parte geral. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Alberto. Direito Civil Esquemático: parte geral obrigações contratos. São Paulo: Saraiva, 2011.

MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

REALE, Miguel. Os direitos da personalidade. [s.l.] 26 jan. 2004. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/3486/os-direitos-da-personalidade>>. Acesso em: 02 jul. 2020

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Processo: AC70020868162. Relator: Umberto Guaspari Sudbrack. Porto Alegre, 22 ago. 2007. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8031792/apelacao-civel-ac-70020868162-rs>. Acesso em: 13 jun. 2020.

TARTUCE, Flávio. Direito Civil, 1: lei de introdução e parte geral. 10. ed. São Paulo: Método, 2014

AUTONOMIA E IDONEIDADE CORPORAL SOB O ASPECTO DO DIREITO DA PERSONALIDADE

Ana Carolina Petrosino Alves²

RESUMO:

Este artigo analisa ações e acontecimentos do cotidiano que estão relacionados à autonomia de vontade de um ser humano e à capacidade do mesmo poder dispor do próprio corpo, sem que, para isso, deva haver intervenção estatal ou da família, precisando considerar, sempre, a última vontade do indivíduo. Porém, em certos casos, para que a autonomia e a idoneidade corporal possam ser respeitadas, haverá um confronto desses direitos com o direito à integridade física, um ramo do direito da personalidade que faz com que os direitos a autonomia de vontade e idoneidade corporal sejam relativizados. Foram analisados três diferentes casos em que o direito à integridade corporal e autonomia privada da vontade sofreram embate: o body modification extreme (body art) e apotemnofilia, a transfusão de sangue em testemunha de Jeová e o transplantes post mortem. Antes, foi explicado no que consiste os direitos da personalidade e porque estes se sobrepõem, muitas vezes, aos demais direitos.

Palavras-chave: Autonomia de vontade. Disposição corporal. Direitos da personalidade.

1. Introdução

No sistema jurídico, todo ser humano é possuidor de personalidade e, por isso, merece a proteção dos direitos da personalidade. Este direito vem para acobertar as pessoas, a fim de que elas tenham uma vida digna, e apresentam-se como um direito natural e inato do ser humano, adquirido, automaticamente, em conjunto à personalidade.

² Advogada. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Brasília/DF. Pós-Graduada em Direito Civil Aplicado – PUC-MG. E-mail: anacarolinapetrosino@gmail.com

Segundo Diniz (1983, p. 83)³:

[...] 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 apoia os direitos e deveres que dela irradiam, é objeto de direito, é o primeiro bem da pessoa, que lhe pertence como primeiro 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.

Na forma do art. 1º do Código Civil (CC), quem tem personalidade possui capacidade jurídica, porém, nem todos que possuem capacidade possuem personalidade. Isto se dá porque existem os entes despersonalizados, como o condomínio edilício, a herança jacente e a sociedade de fato, que podem praticar atos, possuindo capacidade, mas não detém personalidade.

A grande questão dos direitos da personalidade em pessoas jurídicas é que os direitos da personalidade estão ancorados no princípio da dignidade humana e, como o próprio nome já diz, a dignidade é pertencente ao indivíduo, e não à pessoa jurídica. Nesse sentido, só a pessoa humana seria detentora dos direitos da personalidade, excluindo a pessoa jurídica desta regra (Enunciado 286 da Jornada de Direito Civil). No entanto, o art. 52 do CC trouxe o atributo da elasticidade da proteção dos direitos da personalidade, dizendo que as pessoas jurídicas não possuem personalidade, mas merecem a proteção que dela decorrem.

É direito da personalidade tudo aquilo que é necessário para se ter dignidade. Desta forma, a personalidade não é um direito, e sim um atributo da pessoa jurídica. Isto porque um direito pode ser violado e contestado e, se a personalidade fosse um direito, ela poderia ser violada ou contestada igualmente.

Na forma do Enunciado 274 da Jornada de Direito Civil, os direitos de personalidade são regulados de maneira genérica e são re-

3 DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

fletidos pela dignidade da pessoa humana, contida no art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988 (CF/88).

Os constitucionalistas reconhecem somente ser possível afirmar um conteúdo mínimo de dignidade da pessoa humana. Isto é, não é possível estabelecer um único entendimento acerca da dignidade, uma vez que trata-se de um conceito aberto, não taxativo. Porém, é possível presumi-la em um conceito mínimo.

Inicialmente, este conceito mínimo era interpretado por meio dos direitos à integridade física e psíquica, à liberdade e igualdade e ao direito ao mínimo existencial. No entanto, com o avanço da sociedade, tais conceitos ampliaram-se e, hoje, a proteção do direito da personalidade abrange também outros direitos, como direito de imagem e de intimidade, direito à vida, à honra, à impenhorabilidade do imóvel, ao nome civil e direito à estética (referente a indenização aos danos estéticos), além de muitos outros direitos que existem ou podem vir a existir na constância do Código Civil de 2002 e da Constituição Federal de 1988.

Essa ampliação conceitual se deu, primeiramente, porque os direitos da personalidade são refletidos por meio do princípio da dignidade da pessoa humana, e este princípio, por sua vez, encontra respaldo no art. 5º da CF/88, o qual enumera diversos direitos e garantias fundamentais, de modo a assegurar o mínimo necessário a uma vida decente. Além disso, como o conceito de dignidade é muito amplo, os direitos da personalidade submetem-se a um rol exemplificativo, o qual abrange variados tipos de direitos, previstos desde o caput do art. 5º da CF/88 até o último inciso do mesmo, contendo mais de setenta (70) tipos de garantias elencados a ele.

Os direitos de personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, sendo indisponíveis. Todavia, segundo o art. 11 do CC, a indisponibilidade do direito de personalidade pode sofrer relativização, visto que, nos casos previstos em lei, seu exercício pode sofrer limitação. Tal limitação não pode ser de caráter permanente ou geral. Ademais, os direitos da personalidade não podem ser exercidos com abuso de direito de seu titular, contrariamente à boa-fé objetiva e aos bons costumes (Enunciado 139). Em outras palavras: ninguém pode ceder seus

direitos de personalidade em caráter permanente e geral, e nem de forma que contrarie a boa-fé objetiva e os bons costumes.

Um exemplo de cessão permanente do direito da personalidade ocorreu com o jogador de futebol Ronaldo Fenômeno, em 2014, quando o mesmo assinou um contrato vitalício com a Nike, para o uso permanente da sua imagem extracampo – o qual não se confunde com o “direito de arena”. Este último permite a divulgação da imagem da pessoa especificamente na arena, ou seja, durante as transmissões esportivas, não podendo, também, essa transmissão ser eterna.

O contrato celebrado por Ronaldo Fenômeno com a Nike, caso tivesse sido realizado no Brasil, seria nulo, dado que a lei veda a disposição do direito da personalidade em caráter definitivo. No caso, o que ocorreu foi uma cessão permanente do uso da imagem. Todavia, o contrato foi firmado nos Estados Unidos da América, não podendo esse fato ser discutido.

Os direitos da personalidade possuem outras características: a) absolutos (oponíveis erga omnes); b) extrapatrimoniais (não há como se precificar, porém, uma vez violados, podem gerar indenização); c) impenhoráveis (a impenhorabilidade decorre do caráter extrapatrimonial); d) inatos (inerentes a condição humana); e e) imprescritíveis (a proteção ao direito da personalidade é imprescritível, agora, a pretensão indenizatória prescreve em 3 anos).

Outro exemplo prático ocorrido acerca do direito da personalidade foi o caso da atriz Débora Secco, em 2002. A atriz realizou ensaios fotográficos para a revista Playboy, com o objetivo da revista ser vendida durante um determinado período. Mas, passados muitos meses desde o ensaio fotográfico, em uma edição especial de fim de ano, a atriz voltou a aparecer na revista, mais precisamente na capa, constituindo, segundo ela, extrapolação do contrato assinado. O caso foi parar no Superior Tribunal de Justiça (STJ), o qual negou provimento ao recurso da atriz. Foi alegado pela 4ª Turma do STJ que a modelo poderia ser titular de outros direitos, tais como direitos de imagem, honra e intimidade. Contudo, o pedido indenizatório da autora apresentou embasamento somente na Lei dos Direitos Autorais, Lei não cabível nesta situação, dado que o verdadeiro detentor dos direitos au-

torais seria o fotógrafo, responsável pela criação artística e possuidor da técnica.

No antigo CC, do ano de 1916, a proteção jurídica dos direitos de personalidade se baseava no binômio lesão – sanção, que gerava perdas e danos. No atual CC, essa regra mudou, uma vez que o art. 12 do mesmo diploma legal dispõe que é possível se exigir a interrupção à ameaça ou à lesão do direito de personalidade, reclamando em perdas e danos. Agora, a proteção jurídica dos direitos à personalidade é mais ampla, e constitui-se como uma proteção preventiva e compensatória.

2. O Direito à Integridade Física: Discussões Relacionadas ao Tema

Consoante mencionado, o direito à integridade física integra uma das variadas formas do direito da personalidade, o qual consiste em expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana. Ele aparece de modo a resguardar o direito à vida, ao corpo, à saúde e ao cadáver. É o direito o qual tutela não só o corpo humano, morto ou vivo, mas também a incolumidade da mente. “É o direito adquirido da concepção à morte e que visa derrotar qualquer dano ao corpo ou mente. Para isso, rejeitam-se as lesões causadas à normalidade funcional do corpo” (BITTAR, 2015, p. 130)⁴.

Sendo assim, a proteção se dá nos mais variados ramos do Direito: no Direito Penal, tutela crimes como homicídio, infanticídio, aborto, lesões corporais e perigo de contágio de moléstia grave; no Direito Civil e Direito Médico, são abordados os direitos à sexualidade, a transexualidade, à mudança do registro civil de nascimento, a possibilidade de gestação em útero alheio (barriga de aluguel), as experiências científicas em pessoas humanas e os danos estéticos, os quais, nos dias hodiernos, são muito comum; Regulam a procriação medicamente assistida, como a inseminação Artificial, Fertilização in vitro, maternidade substituta e a esterilização humana.

O direito à integridade física está presente nos arts. 13, 14 e 15, do CC. Os arts. 13 e 14 abordam da disposição do corpo quando importar em diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os

⁴ BITTAR, Carlos Alberto. Os Direitos da Personalidade. 8º ed. Sao Paulo: Saraiva, 2015.

bons costumes, quando nos casos de transplante ou quando por objetivo altruísticos ou científicos. Já o art. 15 trata-se do livre consentimento motivado ou autonomia do paciente, ao dizer que ninguém pode ser obrigado a se submeter a tratamento médico ou intervenção cirúrgica contra sua vontade. Pode, então, a pessoa se opor a tomar vacinas, injeções e analgésicos, por exemplo. Excepcionalmente, quando do interesse público, certos tratamentos não poderão ser rejeitados, como no que ocorre na internação forçada, consequência da pandemia causada pelo Coronavírus.

Alguns casos relacionados ao direito à integridade física já foram resolvidos, como por exemplo a questão da criogenia, que será discutida mais a frente, a mudança do nome no registro de nascimento em casos de transexualismo (Adin 4275/DF) e a cirurgia de mudança de sexo sem necessidade de provocar o judiciário (Resolução 1.955/10 do Conselho Federal de Medicina – CFM). No entanto, ainda há muito a se discutir, como os tópicos relativos aos direitos de body art, de transfusão de sangue em testemunhas de Jeová, transplante post mortem (que é de decisão da família do defunto), aborto e barriga de aluguel, assunto este que, apesar de haver a regulamentação nº 2.168/17, do CFM, não há uma legislação específica.

Em todas essas discussões ocorrem confrontos entre variados ramos do direito: proteção da liberdade da pessoa, autonomia privada de escolha, direito à saúde, à vida e a sua integridade física.

Apesar de longa e abrangente discussão dos vários assuntos relativos ao direito a integridade física, este artigo irá tratar somente sobre três tópicos, o direito do body art e o transtorno de integridade corporal, transfusão de sangue em testemunhas de Jeová e transplante post mortem, respectivamente.

2.1. Da modificação corporal extrema e da Apotemnofilia

O art. 13 do CC dita que “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.” Interpretando este artigo, o titular pode livremente dispor de seu corpo, desde que não o contrarie. Desse modo, seria permitido ao titular

do corpo fazer tatuagens e piercings, por exemplo. Entretanto, seria proibido realizar as chamadas modificações corporais extremas ou amputar qualquer parte do corpo sem que haja necessidade para isso, pois implicam em diminuição da integridade física e contrariam os bons costumes.

As modificações corporais extremas, também chamadas de *body modification extreme*, são procedimentos modificadores que algumas pessoas fazem com o intuito de mudarem radicalmente a aparência. Existem vários tipos de transformações corporais, sendo, hoje em dia, as mais famosas a bifurcação da língua, escarificação e implantes subcutâneos. No Brasil, a prática está em crescimento e vem, aos poucos, surgindo adeptos a tal transfiguração.

Os profissionais que realizam a *body modification* são os *Body Moder*, mas, se uma pessoa, por ser hipossuficiente, desejar realizar essas cirurgias modificadoras com médico de hospital público e houver recusa, por exemplo, ela teria que procurar um advogado para auxiliá-lo na pretensão, uma vez que a recusa do médico tem respaldo no art. 13 do CC. Chegando essa questão no Poder Judiciário, caberia a ele, como forma de solução da polêmica, analisar a evolução da sociedade e os aspectos da vida contemporânea e, assim, realizar nova interpretação da CF/88 e declarar a ocorrência de uma mutação constitucional.

Excluindo-se o problema da hipossuficiência, o *body modification extreme* é um assunto que não se encontra em discussão na justiça, mesmo porque não há o que se discutir, visto que é uma prática já existente e, pelo princípio da igualdade, se já existem algumas pessoas modificadas, mesmo que sejam números reduzidos, não se pode intervir na vontade de outros que ainda não tiveram oportunidade de concretizar a mudança corporal.

Existem também pessoas “wannabe”, que sofrem de *Apotemnofilia* ou *Transtorno de Identidade de Integridade Corporal (TIIC)*. Essas pessoas não gostam ou julgam não precisar de alguma parte do corpo e desejam, por isso, amputá-la. Indivíduos que sofrem desse transtorno podem chegar ao ponto de provocarem de forma proposital acidentes graves para ficar sem o membro que, na sua cabeça, “é inútil”. Em alguns casos, após a amputação o indivíduo usa prótese no mem-

bro amputado, mas sente-se realizado, uma vez que “aquele membro já não esta mais lá”. Como a amputação gera debilidade permanente da integridade física, é proibido a realização dessa cirurgia, visto que, para uma cirurgia deste porte ser realizada, deve haver consentimento médico, que, por sua vez, não autorizaria.

O transtorno da apotemnofilia provoca discussões na área médica, dado que alguns pacientes já recorreram a médicos para que possam amputá-los. No entanto, como amputar um membro sadio que, passando a não existir mais, poderia mudar a qualidade de vida da pessoa?

Para Bittar:

Não se aceita a intervenção de que resulte deformidade ou que seja atentatória à lei, aos bons costumes, à moral ou à ordem pública (assim vedada a que importe em diminuição permanente de integridade física, salvo quando imprescindível, como amputação de membro, ou de órgão, pra evitar-se o alastramento da doença). (BITTAR 2015, p. 132)

A transgenitalização não é mais considerada caso de diminuição permanente da integridade física, pois, nesse caso, existirá uma autorização médica, se os requisitos necessários para haver a cirurgia forem preenchidos. São requisitos para a cirurgia, conforme Resolução 1.955/10 do CFM: o transexualismo deve ser comprovado por meio de perícias e diagnósticos; ser maior de 21 anos o paciente; não pode o paciente possuir características físicas que desautorizem a cirurgia; e equipe multidisciplinar atuando em conjunto durante um prazo mínimo de dois anos. Esta mesma Resolução autoriza a mudança de sexo independentemente de autorização judicial. Também foi decidido pela ADI 4275/DF à transgêneros a possibilidade de mudança do nome no registro civil sem mudança de sexo, não havendo mais a necessidade de judicialização.

A vontade em efetuar a transformação corporal ou a amputação do membro sadio do corpo não podem ser reprimidos pelo fato de contrariar os bons costumes, pois isto seria um tipo de repressão social. Ademais, “Não parece adequado que a pessoa humana e sua dignidade

sejam cerceadas em suas formas de expressão, pelo simples fato de estarem dispostas a práticas diversas daquelas majoritariamente predominantes” (BITTAR, 2015, p. 137). É certo que ela pode incomodar as pessoas que não concordam, desconhecem ou não gostam do que veem, mas, querendo ou não, essa prática não fere o Direito, e pode ser considerada situação em que a autonomia privada se apresenta como uma forma de diversificar as expressões da dignidade da pessoa humana. Não há nela um ilícito civil.

Isto posto, há de se fazer a seguinte pergunta: uma ênfase excessiva na dignidade humana pode sustentar medidas estatais paternalistas? Não. Não incumbe ao Estado se comportar como pai de uma criança, controlando a liberdade e vontade individual de cada um. Incube a ele, porém, proteger os indivíduos e resguardar os cuidados à saúde. Por isso, a intromissão do Estado deve ser feita por questão de saúde, e não como desculpa de estender os direitos da personalidade.

A proibição à autonomia corporal nos casos dos “wannabe” ocorre porque o direito à integridade física diz respeito a inteireza corporal e protege a integridade do corpo humano. Existem pessoas que gostariam de se ver amputado em uma ou mais partes do corpo sem razão médica. Para estas pessoas, a amputação deveria ser proibida. No entanto, também existem pessoas que pretendem ter o membro amputado pois foram diagnosticadas com síndrome de dor regional complexa. Apesar desta doença envolver diferentes formas de tratamentos, não tem cura. Para essas pessoas, a amputação deveria ser permitida, já que os diagnosticados com essa síndrome sofrem de dores agudas.

2.2. Da transfusão de sangue em Testemunhas de Jeová

Testemunha de Jeová é uma religião fundada nos Estados Unidos, por Charles Russel e um grupo de amigos, no estado da Pensilvânia. A religião iniciou-se com o propósito fazer sua própria interpretação da Bíblia e de forma diferente ao que era feito pelas outras regiões cristãs. Esta interpretação é considerada por seus adeptos “a verdade

bíblica”. A intenção era levar a palavra, os ensinamentos e os testemunhos de Jeová (outra denominação de Senhor) de porta em porta das casas e para as ruas, evangelizando a todos.

As testemunhas de Jeová recusam-se em obter transfusão de sangue pois, para eles, “o sangue é considerado “líquido que circula no sistema vascular dos humanos e da maioria dos animais multicelulares, suprindo nutrientes e oxigênio de todas as partes do organismo”. Consequentemente, tem objetivo de levar embora resíduos e desempenha função de proteção contra infecções” (Jus, 2016)⁵. Ademais, “Os fiéis creem que ao receber uma transfusão de sangue seria uma violação do próprio corpo, podendo resultar na condenação eterna. Eles acreditam que os tornaram impuros e, assim, desrespeitará o princípio moral de sua fé, em que seria razão para ser excluído da seita” (Âmbito Jurídico, 2019)⁶.

Inúmeras pessoas entendem que, por serem contrários a transfusão de sangue, as testemunhas de Jeová não possuem interesse pela vida. Esse entendimento não é verdadeiro, dado que sempre buscam por médicos que entendem das suas especificidades e que estudam meios alternativos à transfusão de sangue. A testemunha de Jeová não tem intenção de se matar, mas sim de preservar sua convicção religiosa. Trata-se de uma invenção, criada pelas pessoas que não entendem da doutrina, que as testemunhas de Jeová acreditam que a fé pode curar doenças.

A discussão acerca das Testemunhas de Jeová ocorre devido ao art. 15, do CC, o qual consta que ninguém pode ser obrigado a se submeter a um tratamento médico sem que assim queira, e devido a Resolução 1.021 do CFM, que defende que, não havendo risco de vida, serão buscados meios excepcionais para cura, ao invés de ser realizada a transfusão de sangue. Por outro lado, se o paciente estiver sofrendo iminente risco de vida, a transfusão deverá ser realizada, uma vez que

5 MIOTELLO, Hiago. Transfusão de sangue em testemunhas de Jeová. Jus, 2016. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/52605/transfusao-de-sangue-em-testemunhas-de-jeova/>. Acesso em: 4 mai. 2020.

6 CLEMENTINO, Isabella. As Negativas de Tratamentos Médicos: Uma Análise Dos Casos de Recusa de Transfusão de Sangue Por Testemunhas de Jeová. Âmbito Jurídico, 2019. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/as-negativas-de-tratamentos-medicos-uma-analise-dos-casos-de-recusa-de-transfusao-de-sangue-por-testemunhas-de-jeova/>. Acesso em: 4 mai. 2020.

o princípio médico é sempre cuidar da saúde e salvar vidas, independentemente da religião. Ademais, a recusa do paciente ao tratamento poderia ser encarado como suicídio.

Além da Resolução, a atividade médica também está disposta no art. 146 do Código Penal (CP), o qual dita “Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda”. Assim, se o médico obriga um paciente a se submeter a um determinado procedimento, ele estará incorrendo na pena do crime de constrangimento ilegal, que possui pena de três meses a um ano, ou multa. Todavia, o caput do art. 146 não será aplicado se a intervenção médica ocorrer em iminente perigo de vida, sem consentimento do paciente (art. 146, §3º, I, do CP). Com isso, assim como enuncia a Resolução 1.021 do CFM, estando o paciente desacordado e enfrentando risco de morte, o médico poderá realizar a transfusão, mesmo se o paciente teve oportunidade de externar sua vontade ao médico, anteriormente, em não fazer tal procedimento, sob qualquer condição.

O problema é que, ao negar tratamento por transfusão de sangue, o direito a vida estaria sendo violado. Mas, ao mesmo tempo, ocorrendo a transfusão com o paciente inconsciente, incidiria na colisão entre o direito à vida com o direito à liberdade, à autonomia da vontade e à liberdade religiosa.

Parte da população concorda que o procedimento deve ocorrer mesmo contra a vontade religiosa da pessoa, pois o direito à vida se sobreporia a todos outros direitos. Outra parte concorda com a não realização do ato, uma vez que, se o indivíduo prefere morrer do que se submeter à transfusão de sangue, não atingindo direitos de outrem, deve sua vontade ser respeitada. Na jurisprudência, o caso não é nada consolidado, ora julga a favor do praticante da religião, no sentido em não ser transfundido o sangue, ora julga a favor do médico, que, com a responsabilidade de salvar a vida, utiliza a transfusão como meio para tanto. Veja as seguintes ementas (com cortes):

[...]AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. TESTEMUNHA DE JEJUM. TRANSFUSÃO DE SANGUE. DIREITOS FUNDAMENTAIS. RECURSO DESPROVIDO.

MENTAIS. LIBERDADE DE CRENÇA E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PREVENÇÃO. OPÇÃO POR TRATAMENTO MÉDICO QUE PRESERVA A DIGNIDADE DA RECORRENTE. A decisão recorrida deferiu a realização de transfusão sanguínea contra a vontade expressa da agravante, a fim de preservá-la a vida. A postulante é pessoa capaz, está lúcida e desde o primeiro momento em que buscou atendimento médico dispôs, expressamente, a respeito de sua discordância com tratamentos que violem suas convicções religiosas, especialmente a transfusão de sangue. Impossibilidade de ser a recorrente submetida a tratamento médico com o qual não concorda e que para ser procedido necessita de força policial. Tratamento médico que, embora pretenda a preservação da vida, dela retira a dignidade proveniente da crença religiosa, podendo tornar a existência restante sem sentido. Livre arbítrio. Inexistência do direito estatal de “salvar a pessoa dela própria”, quando sua escolha não implica violação dos direitos sociais ou de terceiros. Proteção do direito de escolha, direito calcado na preservação da dignidade, para que a agravante somente seja submetida a tratamento médico compatível com suas crenças religiosas. AGRAVO PROVIDO. (Agravado de Instrumento Nº 70032799041, Décima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Cláudio Baldino Maciel, Julgado em 06/05/2010) Assim, INDEFIRO A MEDIDA LIMINAR pleiteada. Intimem-se. Após, cite-se. Defiro a AJG Dil. Legais.

APELAÇÃO CÍVEL. INTERVENÇÃO CIRÚRGICA. TERMO DE CONSENTIMENTO INFORMADO. TRANSFUSÃO DE SANGUE. PACIENTE TESTEMUNHA DE JEOVÁ. I – Realizada a ponderação entre direitos e garantias fundamentais, o direito à vida se sobrepõe à liberdade de religião porque o direito à vida é a premissa maior para o exercício de qualquer outro direito assegurado constitucionalmente ou em tratados internacionais. II – O Poder Judiciário não pode ordenar a realização de procedimento médico cirúrgico sem possibilidade

de transfusão sanguínea heteróloga em paciente por sua vontade, sob pena de colocar em risco a vida, ofendendo o principal direito assegurado constitucionalmente. III – Apelação desprovida. (TJ-DF 07126198220198070001 DF 0712619-82.2019.8.07.0001, Relator: VERA ANDRIGHI, Data de Julgamento: 27/05/2020, 6º Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 03/06/2020. Pág.: Sem Página Cadastrada.)

Visando resolver essa discussão, a procuradora-geral da República, Raquel Dodge, enviou ao STF uma arguição de preceito fundamental (ADPF) para que seja excluída a interpretação dada pela Resolução 1.021 do CFM no sentido de que os praticantes da doutrina não sejam obrigatoriamente submetidos a um tratamento não escolhido por eles, ainda mais porque “a intervenção do Estado e a obrigatoriedade de realização de determinada conduta médica pode ser justificada apenas em três situações: quando houver menores ou incapazes, risco à saúde pública ou danos a terceiros.”⁷

A transfusão de sangue em testemunha de Jeová, pelo fato dela estar correndo risco de vida, viola diversos direitos no âmbito da dignidade da pessoa humana. Ora, a partir do momento em que é feita uma imposição do meio de tratamento de um cidadão, alegando a soberania do direito à vida frente a todos outros direitos, a dignidade da pessoa humana já não existe mais. O que é interpretado como dignidade para certo alguém, pode não ser para outrem. E, certamente, para as testemunhas de Jeová, ser-lhes forçados a realizar um procedimento que vai contra sua crença, tendo como consequência disso a condenação eterna e a expulsão da seita, isso não é respeitar a dignidade.

Para as testemunhas de Jeová, a vida não se resume somente no fato de estar vivo, biologicamente falando, mas também em poder praticar sua fé. De que adianta sobreviver a um mal grave e ter sua dignidade, na forma de direito à vida, protegida, se, em seu interior,

7 PGR pede suspensão de interpretações de resolução do Conselho de Medicina para transfusão de sangue contra vontade do paciente. MPF, 2019. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/pgr-pede-suspensao-de-interpretacoes-de-resolucao-do-conselho-de-medicina-para-transfusao-de-sangue-contra-vontade-do-paciente/> acesso em: 20 mai. 2020.

sua essência foi perdida? Veja bem, entre ganhar a vida por meio de transfusão de sangue e morrer, as testemunhas de Jeová preferem a morte. Se o próprio indivíduo prefere a morte do que a vida, isto significa que o desrespeito a seus princípios caracteriza uma morte maior, da sua fé, moral e ética.

2.3. Do transplante *post mortem*

O art. 14 e parágrafo único do CC dispõe que é válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte, podendo ser revogada a qualquer tempo. Além da disposição post-mortem, também é possível dispor do corpo enquanto vivo: é o chamado testamento vital (*living will*), contido na Resolução 1995/2012 do CFM, em que o paciente declara que, em certos casos, abre mão/não deseja tratamento médico ou intervenção cirúrgica (direito à distanásia e outonásia). No *living will*, o bem tutelado é o direito a uma morte digna.

O art. 14, ao tratar da disposição gratuita do corpo no todo ou em parte, não se refere ao transplante, uma vez que este está contido em lei especial e, por isso, não se aplica o CC, mas isto não impede que o direito à integridade física seja tutelado, já que, independentemente de qual lei ou norma a ser utilizada, a CF/88 há de ser sempre respeitada, especialmente em relação a seus princípios e direitos e garantias individuais. E, em relação àquele direito, por meio dele, o direito à vida, à saúde, ao corpo e ao cadáver são zelados.

Com base no direito à integridade física, é possível ocorrer o transplante entre pessoas vivas ou mortas, disposto na Lei 9.434/97. Não se aplica esta, porém, aos cabelos, óvulos, sêmen ou medula, pois são órgãos mais fáceis de serem transplantados.

Para o transplante entre vivos, é preciso que seja feito a título gratuito, entre cônjuge ou parentes consanguíneos de até o 4º grau e o órgão a ser transplantado deve ser dúplice ou regenerável. Pelo bem da integridade física, é preciso haver autorização judicial para a disposição de tecidos, órgãos e partes do corpo humano vivo, para fins terapêuticos ou para transplantes, dispensada está em relação à medula óssea. Não é mais exigido, para tanto, a intervenção do Ministério

Público (MP) na ação, a não ser que o transplante ocorra no interesse de incapaz (art. 178, Código de Processo Civil – CPC).

Para transplantes post-mortem, existem algumas especificidades que devem ser cumpridas: a gratuidade da doação; todos os órgãos devem ser aproveitáveis; deve haver autorização da família, não importando a escolha do beneficiário (art. 4º e 5º da Lei 9.434/97); e quem morreu na situação de indigente (sem identificação) não pode sofrer extração de órgão, pois precisa de autorização familiar. O corpo pode até ficar para estudos, mas não haverá extração dos órgãos.

No entanto, o Código Civil de 2002 nasceu com o problema de não respeitar por inteiro o direito da personalidade e o direito a autonomia privada da vontade. Isto porque, no art. 14, é prevista a validade da declaração feita pelo morto no sentido de dispor de seus órgãos ou tecidos com finalidade científica ou altruística. No entanto, no artigo anterior (art. 13, do CC), a realização do transplante de órgãos e tecidos post mortem ficaria a cargo da família, e não do falecido. Deste modo, no art. 14 do CC, preservou-se a autonomia privada de dispor sobre corpo para depois da morte, enquanto que, para retirada de órgãos e tecidos do corpo, a questão foi remetida à Lei dos Transplantes, a qual tornou legítima a escolha da família, ao invés do dono do corpo.

No texto original do art. 4º da Lei 9.434/97, a pessoa que não pretendia ser doadora de órgãos ou tecidos tinha em sua carteira de Identidade ou na Carteira Nacional de Habilitação a sua não vontade expressa para tanto. Hoje, a atual redação do artigo foi alterada pela Lei nº 10.211/2001, e o transplante só é realizado se a família consentir. Esta alteração na lei foi devida a enorme resistência à ela, a qual tinha transformado todos os brasileiros em doadores (VENOSA, 2019)⁸.

Graças a inúmeras propagandas a respeito do assunto, tem aumentado a quantidade de indivíduos que desejam ser doadores, mas, a questão ainda envolve um certo preconceito e, raras vezes, ela é discutida no âmbito familiar. Por isso, ocorre de muitas pessoas morrerem sem terem tido a oportunidade de discutirem o fato com os parentes, ou senão morrem já deixado autorizado o ato, mas o responsável pelo consentimento, por não entender como o mesmo funciona ou por simplesmente não aceitar, não o defere. Um outro problema é que a

8 VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil Parte Geral. 19º edição. São Paulo: Atlas, 2019.

autorização da doação de certas partes do corpo deve ser tomada em um período curto de tempo. Para transplante do coração e pulmão, por exemplo, o ato deve ser feito em até 6 horas. Ou seja, no mesmo dia da morte do possível doador, não sobrando muito tempo para que os familiares pensem a respeito. Sem tempo para raciocínio, as famílias negavam o pedido, fazendo com que o desejo do doador não seja ouvido.

Para que não haja confusão relativa à vontade do doador, existe no Senado Federal um projeto de lei, de nº 3.643, de 2019, o qual altera o art. 4º da Lei nº 9.439/97, para permitir a doação por manifestação própria da vontade, feito ainda em vida, sem que haja necessidade de concordância da família.

Veja o quadro comparativo caso fosse a Lei modificada conforme o pedido do projeto de lei:

LEI Nº 9. 434/97, DE 4 DE FEVEREIRO DE 1997.	PROPOSTA DE ALTERAÇÃO, Lei Nº 3.643 de 2019
Art. 4º A retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo de pessoas falecidas para transplantes ou outra finalidade terapêutica, dependerá da autorização do cônjuge ou parente, maior de idade, obedecida a linha sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau inclusive, firmada em documento subscrito por duas testemunhas presentes à verificação da morte.	Art. 4o A retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo de pessoa falecida para transplante ou outra finalidade terapêutica somente dependerá de autorização do cônjuge ou de parente maior de idade, obedecida a linha sucessória, reta ou colateral, até o segundo grau inclusive, firmada em documento subscrito por 2 (duas) testemunhas presentes à verificação da morte, nos casos em que o doador não tenha se manifestado em vida expressa e validamente a respeito.

Já o Enunciado 277 da Jornada de Direito Civil propõe uma solução diversa: se o titular manifestar vontade durante a vida, prevalecerá a vontade dele. Se nada for estabelecido por ele, aí caberá à família dele decidir. Ou seja, a família possuirá poder decisório no caso de silêncio do titular do corpo. Contudo, esta posição é minoritária, e a regra é que o CC não regulamenta transplantes, mas sim Lei especial, e esta, por sua vez, entende que só se extrai órgãos e tecidos com autorização familiar.

Observe o seguinte julgado (com grifo):

[...] CRIOGENIA. A DESTINAÇÃO DE RESTOS MORTAIS. DISPOSIÇÃO DE ÚLTIMA VONTADE. INEXISTÊNCIA DE TESTAMENTO OU CODICILO. DIREITO DA PERSONALIDADE. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. AUSÊNCIA DE CONSENSO ENTRE AS LITIGANTES. AFETIVIDADE. PROVA DOCUMENTAL ROBUSTA, QUE DEMONSTRA QUE O DE CUJUS DESEJAVA VER O SEU CORPO SUBMETIDO AO PROCEDIMENTO DA CRIOGENIA. 1. A criogenia ou criopreservação consiste na preservação de cadáveres humanos em baixas temperaturas para eventual e futura reanimação e insere-se dentre os avanços científicos que deram nova roupagem à ciência e medicina, rompendo com os novos paradigmas sociais, religiosos e morais. 2. Disputa acerca da destinação dos restos mortais do pai das litigantes, cujo desate não consiste na unificação da vontade das partes, mas sim na perquirição da real vontade do falecido. 3. Disposição de última vontade do falecido quanto à destinação de seu cadáver após a morte, que se insere dentre os direitos da personalidade, constitucionalmente assegurados. Inexistência de testamento ou codicilo que não deve inviabilizar o cumprimento dos desígnios do falecido, sob pena de afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana [...] 7. Ausência de previsão legal acerca do tema criogenia que, na forma do art. 4º da LICC, autoriza a aplicação analógica das disposições existentes acerca da cremação [...] EMBARGOS INFRINGENTES CRIOGENIA ANALOGIA LEI Nº 6.015 DECLARAÇÃO DE VONTADE INEXISTÊNCIA CHANCE DE CURA AUSÊNCIA DE INDÍCIOS FORMA E LOCAL E DE SEPULTAMENTO DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. I – o direito de dispor do corpo após a morte é um direito da personalidade, e por isto inerente a seu titular. II – o direito não pode ficar alheio aos avanços da ciência, a se permitir a disposição do corpo de forma diversa das usuais e típicas. [...] V – Impossibilidade de se substituir a manifestação de vontade do falecido,

pela vontade de uma de suas filhas. Caráter personalíssimo do direito de dispor sobre o corpo, após a morte. VI – Situação fática onde há incerteza quanto a real vontade do falecido, em razão das sequelas de um AVC. VII – total ausência de resultados favoráveis com o procedimento de criogenia. Princípio da dignidade humana deve ser observado, assim como a segurança jurídica das relações subsequentes que acentua a responsabilidade de se conferir o destino dado ao corpo após a morte. VIII- razoabilidade se aplica quanto ao local do sepultamento. Parcial acolhimento dos embargos infringentes. Daí o presente recurso especial interposto por Lígia Cristina Mello Monteiro. O Tribunal da Justiça fluminense, com arrimo no conjunto fático probatório dos autos, asseverou inexistir prova de que o Sr. Luiz Felipe desejasse ter seu corpo submetido a criogenia após a morte (e – STJ, fls. 730-733): extrai-se daí que a certeza quanto ao destino desejado pelo Sr. Luiz Felipe só poderia ser aferida por prova inequívoca de que o mesmo conhecia o alcance de congelamento e assim o quisesse, o que, conforme visto acima, não houve, tendo em vista das declarações pelo mesmo prestadas, numa mesma época. Com mais razão, não se pode admitir seja sua vontade suprida pelo simples consentimento de sua filha, até porque a mesma afirma que o falecido já não mais gozava de suas faculdades mentais plenas face a um AVC sofrido (fls. 596). Logo, não se pode afirmar o desejo de ser submetido à criogenia, sequer tendo sido o próprio a contratar previamente a empresa americana, se de fato celebrou-se um contrato, uma vez que este não veio aos autos. Há sobretudo que se considerar que o Sr. Luiz Felipe, Oficial da FAB e estudioso do assunto, saberia que se tratava de um procedimento inusitado no Brasil e com implicações jurídicas relevantes. Se de fato entendesse o alcance da criogenia, ou ser possível a cura posterior para os males que o levaram à morte, teria deixado orientações expressas a esse respeito, e não, ao contrário, outorgado poderes para que seus bens fossem inventariados e partilhados,

pois não se vislumbra a possibilidade de alguém pretender voltar à vida sem um mínimo financeiro que pudesse amparar os gastos a tanto. Aplica-se, portanto, por analogia, o § 2º, do art. 77 da Lei nº 6015/73, cuja finalidade é regular uma nova situação, na qual se exige a prévia manifestação de vontade do interessado, devendo haver prova quanto a esta, o que não ocorre no presente caso, como visto. Também não há como se proceder à substituição da manifestação de vontade, como defende a ré com base em alguns julgados, não só porque inexistente certeza quanto à intenção do congelamento, como do alcance real deste procedimento, visto que a ré afirma que o desejo de seu pai era realmente de que o avanço da ciência permitisse a sua eventual recuperação (fls. 39). [...] Logo, há que se trilhar, aqui, pelo caminho da responsabilidade, observando o alto gasto do procedimento, a comprometer as finanças do falecido, sem que efeito concreto alguma retomada da vida ocorra, desnaturando a própria vontade do falecido, na visão de uma filha que aqui figura como ré. Dessa forma, inexistindo manifestação expressa de vontade do Sr. Luiz Felipe quanto ao congelamento de seu corpo após a morte; inexistindo indícios de chance de cura e de uma vida digna, não há como autorizar o traslado do corpo do Sr. Luiz Felipe para ser submetido ao procedimento da criogenia, devendo prevalecer o enterro como forma de sepultamento e destino dado ao corpo após a morte. Desse modo, o acolhimento do inconformismo, segundo as alegações vertidas nas razões do especial, demanda o reexame de provas, situação vedada pela Súmula 7 do STJ. Ante o exposto, nego provimento ao recurso especial. Publique-se. Brasília (DF), 29 de setembro de 2017. MINISTRO MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Relator.

(STJ – REsp: 1693718 RJ 2017/0209642-3, Relator: Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Data de publicação: DJ 09/10/2017).

Mesmo após a negativa ao provimento do recurso especial transcrito acima, o STJ, no seu informativo nº 645, resolveu a questão da criopreservação, narrando que a vontade do falecido a ser submetido à criogenia pode ser demonstrada por outros meios de provas:

DIREITOS DA PERSONALIDADE: Não se exige que o indivíduo tenha deixado um documento escrito dizendo que desejava ser submetido à criogenia, podendo essa vontade ser provada por outros meios, como a declaração do familiar mais próximo.

Mas, sem que se considere o informativo do STJ, com o julgado foi possível perceber que, apesar do Enunciado 277 ser utilizado minoritariamente, ele teve como uma das bases da sua decisão a falta de declaração de vontade do morto enquanto vivo era. Sendo assim, se a pessoa tivesse estabelecido suas vontades enquanto vivo, por meio de um codicilo ou testamento, talvez essa questão não teria sido discutida em sede de juízo.

Para Venosa (2019)⁹, pode-se concluir que, ao conjugar o art 14 do CC com a Lei dos Transplantes, será válida, a respeito do transplante post mortem, qualquer manifestação de vontade do doador enquanto vivo era, e a anuência da família só ocorrerá quando a parte falecida tiver sido omissa. O entendimento do autor é similar ao disposto no informativo 645 do STJ e no Enunciado 277 da Jornada.

3. Considerações Finais

Todos os tópicos apresentados neste artigo dizem respeito à inobservância do direito à liberdade e à autonomia da vontade, presentes na CF/88 como preceitos fundamentais. Percebe-se que, dentre esses direitos, o direito à integridade física se sobrepõe, de modo que, não importa qual seja a vontade da pessoa, a convicção e seus princípios de vida, a autonomia da vontade deixará espaço para escolhas dos familiares (nos casos do transplante post mortem) ou para escolhas estatais.

⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil Parte Geral. 19ª edição. São Paulo: Atlas, 2019.

Percebe-se que, por mais que a liberdade de escolha esteja presente no ordenamento jurídico, ao lado dela virão outros direitos, que não a excluíram, mas, ao serem ponderados, se sobressairão. Entretanto, a liberdade e a autonomia de vontade não deveriam ser ofuscadas pelos outros variados direitos modulados pela Constituição, ainda mais quando na criação desta foi disposto que um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil é construir uma sociedade livre (art. 3º, inciso I, da CF/88).

A análise a ser feita é: quais os limites da intervenção estatal na ótica privada de cada ser humano? Há excesso de paternalismo estatal?

Ante todo o exposto, como fim de conclusão do artigo, segue, com recortes, o resto do julgado de transfusão de sangue em testemunha de Jeová, o qual defendeu como primordial a liberdade religiosa e a autonomia do paciente, e o qual reflete, com excelência, tudo que foi tentado passar no trabalho. Tal julgado, mesmo sendo sentenciado em caso diferente, vale, também, para o transplante post mortem e para os casos de pessoas que desejam efetuar o body modification extreme ou que sofrem do distúrbio de identidade da integridade corporal (apotemnofilia), sendo necessário adequá-lo a cada situação:

[...] Todos os valores constitucionais, inclusive o direito fundamental à liberdade de consciência e de crença, devem ser respeitados, sempre resguardado o direito fundamental de todos e de cada um de viver de acordo com seus próprios e específicos valores, ainda que exóticos ou não compartilhados pela maioria da sociedade. [...] Evidentemente, se os valores ou a crença de alguém fossem, por sua exteriorização, nocivos a terceiros ou ao corpo social, não haveria maior dificuldade na solução do problema. Mas quando a crença de alguém não coloca sob risco direitos de terceiros, a questão é saber-se se, também nesse caso, o Estado pode intervir na órbita individual para “salvar a pessoa dela própria”. [...] No âmbito individual, na seara de sua liberdade de crença e consciência, para a agravante o valor maior, na eleição do que fazer, parece ser a vida, mas a vida conformada pelos valores de seu

credo, de sua consciência religiosa, sem os quais ela não parece fazer sentido, tanto assim que está, consciente e lucidamente, correndo risco de morte ao não admitir submeter-se a um tratamento que possivelmente melhoraria seus prognósticos clínicos, mas que significaria uma enorme violência do núcleo de valores que justifica sua existência. [...] Não há valores absolutos na Constituição. Mesmo o direito à vida pode ser relativizado ante outros direitos. Por exemplo, uma pessoa está legitimada, em tese, a matar em legítima defesa para defender-se de uma tentativa de estupro.[...] As piores experiências totalitárias foram justificadas por “valores” de Estado que arrombaram a tranca das liberdades de consciência, de crença, de pensamento, de escolha do cidadão a respeito do seu próprio destino, da eleição do significado de sua vida, sempre sob alguma justificativa para “salvá-los de si mesmos” ante um valor maior que os seus.¹⁰

4. Referências

BITTAR, Carlos Alberto. Os Direitos da Personalidade. 8º ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 129 a 147.

BRASIL. Tribunal de Justiça do DF. (sexta Turma Cível). Apelação Nº 07126198220198070001. 1. Realizada ponderação entre direitos e garantias fundamentais, o direito à vida se sobrepõe à liberdade de religião porque o direito à vida é a premissa maior para o exercício de qualquer outro direito assegurado constitucionalmente ou em tratados internacionais[...]. Apelante: Jessica Priscila Inacio dos Santos. Apelado: Associação das pioneiras sociais. Relator(a): Des.

10 BRASIL. Tribunal de Justiça do RS. (Primeira Câmara Cível). Agravo de Instrumento Nº 70020868162. 1. O direito à vida previsto no art. 5º da Constituição Federal não é absoluto, razão por que ninguém pode ser obrigado a se submeter a tratamento médico ou intervenção cirúrgica contra a sua vontade, não cabendo ao Poder Judiciário intervir contra esta decisão, mesmo para assegurar direito garantido constitucionalmente [...]. Agravante: Fundação Hospital Centenário. Agravado: José Marcos Freitas de Souza. Relator: Des. Sérgio Luiz Grassi Beck, 03 de setembro de 2015. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/230669134/agravo-de-instrumento-ai-70065995078-rs/inteiro-teor-230669136?ref=juris-tabs>. Acesso em: 4 junho 2020.

Vera Andrighi, 03 de junho de 2020. Disponível em: <https://tjdf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/855247162/7126198220198070001-df-0712619-8220198070001/inteiro-teor-855247181?ref=juris-tabs>. Acesso em: 27 de mai de 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do RS. (Primeira Câmara Cível). Agravo de Instrumento Nº 70020868162. 1. O direito à vida previsto no art. 5º da Constituição Federal não é absoluto, razão por que ninguém pode ser obrigado a se submeter a tratamento médico ou intervenção cirúrgica contra a sua vontade, não cabendo ao Poder Judiciário intervir contra esta decisão, mesmo para assegurar direito garantido constitucionalmente [...]. Agravante: Fundação Hospital Centenário. Agravado: José Marcos Freitas de Souza. Relator: Des. Sérgio Luiz Grassi Beck, 03 de setembro de 2015. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/230669134/agravo-de-instrumento-ai-70065995078-rs/inteiro-teor-230669136?ref=juris-tabs>. Acesso em: 27 de mai de 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial Nº 1.693.718 – RJ. 1. DISPOSIÇÃO DO PRÓPRIO CORPO PARA DEPOIS DA MORTE. CROGENIA. VONTADE DO FALECIDO NÃO CONFIRMADA PELAS PROVAS DOS AUTOS. SÚMULA 7 DO STJ [...]. Recorrente: Lígia Cristina Mello Monteiro. Recorrido: Carmen Silvia Monteiro. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze, 29 de setembro de 2017. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/507983820/recurso-especial-resp-1693718-rj-2017-0209642-3?ref=serp>>. Acesso em: 29 de abr de 2020.

CRUZ, Elaine Patrícia. Principal motivo para a não doação de um órgão é a negativa familiar. Agência Brasil, 2019. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/saude/noticia/2019-09/principal-motivo-para-nao-doacao-de-um-orgao-e-negativa-familiar>>. Acesso em: 3 de maio de 2020.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

LEAL, Fernando Angelo Ribeiro. Introdução ao Direito Civil, 2018. FGV Direito Rio, 2018. Disponível em: <https://direitorio.fgv.br/sites/direitorio.fgv.br/files/u1882/introducao_ao_direito_civil_2018_2-ok.pdf>. Acesso em: 20 de abr de 2020.

MIRANDA, Sara Barbosa. “Imagem à venda”: por quanto e por quanto tempo?. Folha Vitória, 2014. Disponível em: <<https://www.folhavitoria.com.br/geral/blogs/direito-direto/2014/12/05/quanto-vale-a-sua-imagem/>> Acesso em: 29 de abr de 2020.

Moraes, Maria Celina Bodin de. A autonomia existencial nos atos de disposição do próprio corpo. Fortaleza: Pensar, 2014.

----- Maria Celina Bodin de. Danos à Pessoa Humana: Uma Leitura Civil - Constitucional dos Danos Morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

PLANALTO, Lei 9439, Capítulo II, art. 4º. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9434.htm>. Acesso em: 13 de maio de 2020.

Senado Federal. Projeto de Lei Nº 3.643/2019. PLS no 453/2017. Altera o caput do art. 4o da Lei no 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, que dispõe sobre a retirada de tecidos, órgãos e partes do corpo de pessoas falecidas para transplantes ou outra finalidade terapêutica. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=098F96D1B84F8357227AF44C16F4600B.proposicoesWebExterno2?codteor=1789160&filename=Avulso+-PL+3643/2019>. Acesso em: 13 de maio de 2020.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil Parte Geral. 19º edição. São Paulo: Atlas, 2019, p. 185.

ASPECTOS JURÍDICOS E CONTRATUAIS DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA NO DIREITO BRASILEIRO

Nayane Costa Nascimento¹¹

Alice Andrade Pereira¹²

RESUMO:

O presente artigo aponta os aspectos jurídicos da Reprodução Humana Assistida no Brasil. A reprodução humana medicamente assistida pode ser denominada como as diversas técnicas de interferência no processo natural, ou seja, aquele realizado por meio do ato sexual. Referidas técnicas, tem o papel de auxiliar na resolução de problemas de reprodução humana, facilitando o processo de procriação, com a utilização de medicamentos, equipamentos de laboratório, manipulação de materiais biológicos, como gametas e embriões, com o objetivo de conseguir realizar a fecundação fora do corpo da mulher. Este procedimento está alicerçado nas normas deontológicas do Conselho Federal de Medicina, e mesmo com os avanços destas técnicas, o tempo e demanda por estas, no Brasil ainda não efetivou uma legislação federal sobre esse tema, deixando o cenário incerto. Desta feita, cabe então ao instituto do Direito Contratual tutelar e dirimir as relações existentes na tentativa de suplantar as lacunas legislativas e garantir a efetivação do planejamento familiar.

Palavras-Chave: planejamento familiar, reprodução humana assistida, normas deontológicas, contratos

1. Introdução

A construção de uma família, além de um desejo legítimo de todas as pessoas, é um direito fundamental assegurado pelo Estado a partir da Constituição Federal de 1988, sendo inviolável o direito à vida

11 Doutoranda em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (Bolsista CAPES), Especialista em Direito Civil e Direito do Trabalho. Advogada.

12 Graduanda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

(art. 5º, caput)¹³ e a família é considerada a base da sociedade (art. 226)¹⁴.

A formação de conceitos jurídico-normativos que visam ampliar esse direito vai ao encontro do texto constitucional, como o de planejamento familiar, assim definido no caput do artigo 2º da Lei 9.263 de 1996, como o “o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal”¹⁵.

No contexto do planejamento familiar, a descoberta da infertilidade, tanto no homem, quanto na mulher, exige soluções diferenciadas, encontradas na reprodução humana medicamente assistida-RHA. Por meio desse método, é possível aplicar o instituto constitucional do planejamento familiar, pois, assim como os meios contraceptivos, os conceptivos também são tutelados pelo ordenamento jurídico brasileiro, facultando ao indivíduo ter ou não filhos, e se sim, quantos terá.

Devido à falta de leis federais específicas para os casos que envolvam o Biodireito, no caso em específico a reprodução humana assistida, a regulamentação fica a cargo de normas deontológicas do Conselho Federal de Medicina – CFM e os contratos biomédicos.

O Brasil já realiza as técnicas de Reprodução Humana Assistida há mais de 20 anos, alicerçados há princípios éticos e constitucionais que devem ser observados, além das resoluções vigentes, e por fim, elementos e requisitos básicos a serem seguidos para a validade de todo e qualquer negócio jurídico, previstos nas legislações já promulgadas.

Acontece que, a medicina tem caminhado a passos largos e a legislação não consegue acompanhar os referidos avanços tecnológicos, deixando o cenário jurídico incerto, fazendo-se necessário o instituto

13 Art. 5º, caput da CRFB/88 (BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil.. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em março de 2021

14 Art. 226 da CRFB/88, Idem.

15 Art. 2º da Lei 9.263/96. BRASIL (1996). Presidência da República. Lei n.9.263 de 12 de janeiro de 1996. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 15 jan. 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9.263.htm>. Acesso em: 30 março. 2021

do Direito Contratual, para dirimir as relações pré-existentes, tutelando a autonomia da vontade.

2. O planejamento familiar e o uso da Reprodução Humana Assistida como ferramenta auxiliar na sua efetivação

Nos últimos anos a área da ciência avançou expressivamente, descobrindo novas doenças, o tratamento e a cura de outras, e tal avanço é responsável por grande mudança na sociedade. A Biotecnologia gerou grande impacto na Medicina, e principalmente, no campo da genética.

Dos estudos com genes humanos, surgiram as técnicas de Reprodução Humana Assistida (RHA), possibilitando a efetivação do direito constitucional do Planejamento Familiar. Com tais avanços tecnológicos, observa-se probabilidades, antes, inimagináveis para a reprodução.

O conceito de planejamento familiar está definido no caput do artigo 2º da Lei 9.263 de 1996 (BRASIL,1996), como “o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal”. Nesse sentido, o artigo 3º, parágrafo único do mesmo diploma legal, prevê que cabe ao Estado a realização das ações incluídas para a efetivação do “Planejamento Familiar”:

“O planejamento familiar é parte integrante do conjunto de ações de atenção à mulher, ao homem ou ao casal, dentro de uma visão de atendimento global e integral à saúde. Parágrafo único - As instâncias gestoras do Sistema Único de Saúde, em todos os seus níveis, na prestação das ações previstas no caput, obrigam-se a garantir, em toda a sua rede de serviços, no que respeita a atenção à mulher, ao homem ou ao casal, programa de atenção integral à saúde, em todos os seus ciclos vitais, que inclua, como atividades básicas, entre outras: I - a assistência à concepção e contracepção; II - o atendimento pré-natal; III - a assistência ao parto, ao puerpério e ao neonato; IV - o controle das doenças sexualmen-

te transmissíveis; V - o controle e a prevenção dos cânceres cérvico-uterino, de mama, de próstata e de pênis.”¹⁶

No contexto do planejamento familiar, a descoberta da infertilidade, tanto no homem, quanto na mulher, exige soluções diferenciadas, encontradas na reprodução humana medicamente assistida.

Lado outro, os métodos contraceptivos também são facultados ao indivíduo, vez que o ordenamento jurídico brasileiro determina a possibilidade do Planejamento Familiar, previsto expressamente na Constituição Federal Brasileira, já em 1988, em seu artigo 226, §7º:

“Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...]

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas”. (grifos nossos)¹⁷

Através do Planejamento Familiar verifica-se a autonomia do casal, ou do indivíduo, na efetivação do seu direito materno ou paterno, sendo dever do Estado garantir recursos para que exerçam tal direito, conforme afirma o Código Civil Brasileiro em seu artigo 1.565, §2º:

“Art. 1.565. Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família.

[...]

§ 2º O planejamento familiar é de livre decisão do

16 BRASIL (1996). Presidência da República. Lei n.9.263 de 12 de janeiro de 1996. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 15 jan. 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9.263.htm>. Acesso em: 30 março. 2021

17 Art. 226 da CRFB/88 (BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil.. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em março de 2021

casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas”.¹⁸

Para regular e conceituar o Planejamento familiar, o legislador promulgou a lei 9.263/96, concedendo a todo cidadão o direito de definir como será sua prole, quando for mais conveniente a procriação, e assim como os dispositivos supracitados, reafirma a assistência do Estado:

“Art. 1º O planejamento familiar é direito de todo cidadão, observado o disposto nesta Lei.

Art. 2º Para fins desta Lei, entende-se planejamento familiar como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal”.¹⁹

Desta feita, para exercer tal direito, devem ser oferecidos todas as técnicas e procedimentos para a contracepção e concepção, ambos cientificamente aceitos, livre de riscos à saúde e a vida das pessoas.

Ocorre, porém que a liberdade de procriação tutelada pela referida norma tem efetivado os métodos alternativos de reprodução humana assistida.

3. Os desdobramentos da Reprodução Humana Medicamente Assistida

A reprodução humana medicamente assistida pode ser denominada como “as diversas técnicas de interferência no processo natural,

18 Art. 1.565 do CC (BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, 11 de janeiro 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCi-vil_03/Leis/2002/L10406.htm Acesso em março de 2021.

19 Art. 1º da Lei 9.263/96. BRASIL (1996). Presidência da República. Lei n.9.263 de 12 de janeiro de 1996. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 15 jan. 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9.263.htm>. Acesso em: 30 março. 2021

ou seja, aquele realizado por meio do ato sexual”.²⁰. Referidas técnicas, tem o papel de auxiliar na resolução de problemas de reprodução humana, facilitando o processo de procriação, com a utilização de medicamentos, equipamentos de laboratório, manipulação de materiais biológicos, como gametas e embriões, com o objetivo de conseguir realizar a fecundação fora do corpo da mulher.

Segundo Guilherme Calmon Nogueira da Gama, as técnicas de reprodução assistida podem ser classificadas, em:

- 1- Inseminação artificial, de fertilização in vitro que envolvam apenas o material fecundante do casal;
- 2- Inseminação artificial, de fertilização in vitro e outras que envolvam o material fecundante de apenas um dos cônjuges ou companheiros;
- 3- Transferência de embriões de terceiros, não contando com qualquer contribuição dos cônjuges ou companheiros no que toca ao material genético da futura criança;
- 4- Maternidade de substituição, que envolve a gravidez por outra mulher que não aquela desejosa de ter um filho.²¹

Constata-se que as técnicas de reprodução humana assistida, em linhas gerais pode se dar em dois pontos, a In Vivo, fertilização que ocorre dentro do próprio corpo da mulher, e a In Vitro, que ocorre em laboratório, com a união dos gametas femininos e masculinos. Estas, por sua vez, se distinguem em homólogas e heterólogas.

Ocorre a reprodução humana assistida na modalidade homóloga quando o material biológico utilizado é coletado do próprio casal, não havendo doação ou fusão de material genético germinativo de terceiros. Nessa hipótese é necessário o prévio consentimento, escrito e expresso, de todos os envolvidos no projeto parental, conforme artigo I, inciso IV, da Resolução nº 2168/17, do Conselho Federal de Medicina, além dos requisitos de livre consentimento e esclarecimento.

20 DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 335

21 GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade – filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

Já a reprodução humana assistida heteróloga ocorre quando há a doação de material genético, como o sêmen ou óvulo de terceiro ou mediante a doação de um embrião feita por um casal anônimo de maneira gratuita e voluntária, seja no formato unilateral ou bilateral. Na unilateral, há doação de apenas um dos materiais (sêmen ou óvulo). A doação de sêmen, por exemplo, segundo o direito brasileiro, deve ser anônima, sem fins lucrativos e o homem ter entre 18 e 50 anos de idade. É necessário, também, que o material seja livre de qualquer tipo de doença transmissível sexualmente, como exemplo a AIDS, e não pode ter nenhuma alteração na quantidade de espermatozoides. Já na doação bilateral, se faz mediante a disponibilização do material genético do casal, de forma anônima. Há também a possibilidade da fecundação heteróloga com a doação de embriões excedentes de um procedimento de outro casal para aqueles casos diagnosticados de infertilidade do casal receptor.

Pois bem, mesmo sendo possível juridicamente a realização da reprodução humana assistida, no Brasil, não há norma federal que regulamente o procedimento, sendo regulamentada por dispositivos deontológicos como as resoluções do Conselho Federal de Medicina (CFM).

Atualmente no Brasil, está em vigor a Resolução nº2.168 de 10 de novembro de 2017, que termina as Normas Éticas para a Utilização das Técnicas de Reprodução Assistida, e Princípios Gerais:

“As técnicas de reprodução assistida (RA) têm o papel de auxiliar na resolução dos problemas de reprodução humana, facilitando o processo de procriação. As técnicas de RA podem ser utilizadas na preservação social e/ou oncológica de gametas, embriões e tecidos germinativos”.²²

22 BRASIL (2017). Conselho Federal de Medicina. Resolução do CFM n.2.168 de 10 de novembro de 2017. 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 ajudam 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 nº2.121, publicada no D.O.U. de 24 de setembro de 2015, Seção I, p.117. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>>. Acesso em: 01 jul. 2020.

Dessa feita, necessário se faz uma incursão das normas deontológicas que regulamentam a reprodução humana assistida para compreender os limites éticos e morais do referido procedimento.

4. As Normas Deontológicas brasileiras acerca da Reprodução Humana Assistida e os pontos polêmicos

No Brasil, é possível afirmar que há deficiência do sistema jurídico acerca do assunto. A legislação atual se compreende entre a Constituição Federal, o Código Civil Brasileiro, as Resoluções do Conselho Federal de Medicina- CFM e ainda, há um projeto de lei - PL 115/2015-, que institui o “Estatuto da Reprodução Assistida”, para regular a aplicação e utilização das técnicas de reprodução humana assistida e seus efeitos no âmbito das relações civis sociais.

O Conselho Federal de Medicina (CFM) realizou no ano de 1992 a Resolução nº 1.358/1992 a fim de instaurar normas éticas para utilização das técnicas de Reprodução Humana Assistida. Em 2010, esta Resolução foi atualizada, dando lugar a CFM nº 1.957/2010, que logo foi substituída pela CFM Nº 2.013/13. Posteriormente, o Conselho Federal de Medicina realizou a atualização do procedimento de RHA pela Resolução CFM nº 2.121/2015 atualizada em 2017 pelo nº 2.168/2017 e por fim em 2020, a Resolução nº.2.283/2020 com apenas uma alteração de artigo. A frequência de atualização normativa pelo CFM tem o objetivo de nortear os avanços incessantes dos procedimentos na realização da RHA.

A Resolução nº 1.358/92 do Conselho Federal de Medicina²³, foi a primeira norma ética para a utilização das técnicas de reprodução assistida estabelecidas no Brasil, e se deu após um cenário social instigante, vez que foi publicada no ano de 1992, 08 (oito) anos após o nascimento do primeiro bebê proveniente de reprodução humana assistida

23 BRASIL (1992). Conselho Federal de Medicina. Resolução do CFM n.1.358 de 19 de novembro de 1992. Adota as Normas Éticas para a Utilização das Técnicas de Reprodução Assistida, anexas à presente Resolução como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/1992/1358>>. Acesso em: 01 jul. 2020.

²⁴. Antes da referida normativa, não havia qualquer regulamentação do procedimento médico/clínico.

A Resolução nº 1.358/92 foi baseada no Warnock Report de 1984, uma diretriz que tinha por objetivo regulamentar a prática da fertilização *in vitro* nos Países do Reino Unido²⁵. Contudo, a referida norma apenas abordava os desejos dos médicos da área que atuavam à época, não sendo muito específica. Em suma, proibia a redução embrionária, proibição de técnicas de reprodução humana assistida com a intenção de selecionar o sexo ou qualquer outra característica biológica do futuro filho, exceto quando se trate de evitar doenças ligadas ao sexo do filho que venha a nascer, além da obrigatoriedade da manutenção do sigilo sobre a identidade dos doadores de gametas e embriões, assim como dos receptores; limitava a transferência de mais de 04 (quatro) embriões por tentativa, tutelava a destruição do material genético e a comercialização dos gametas e embriões. A Resolução ainda permitia a prática de congelamento do material genético germinativo e possibilitava o diagnóstico genético pré-implantacional, por fim, estabelecia como os seus princípios gerais:

1 - As técnicas de Reprodução Assistida (RA) têm o papel de auxiliar na resolução dos problemas de infertilidade humana, facilitando o processo de procriação quando outras terapêuticas tenham sido ineficazes ou ineficientes para a solução da situação atual de infertilidade.

2 - As técnicas de RA podem ser utilizadas desde que exista probabilidade efetiva de sucesso e não se incorra em risco grave de saúde para a paciente ou o possível descendente.

3 - O consentimento informado será obrigatório e extensivo aos pacientes inférteis e doadores. Os aspectos médicos envolvendo todas as circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA serão detalhadamente expostos, assim como os resultados já obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica

24 Reis ARG. A fertilização *in vitro* no Brasil. A história contada, as estórias. Brasília: Biblioteca do Senado Federal; 1985

25 Diniz D. Tecnologias reprodutivas, ética e gênero: O debate legislativo brasileiro. Brasília: LetrasLivres; 2000.

proposta. As informações devem também atingir dados de caráter biológico, jurídico, ético e econômico. O documento de consentimento informado será em formulário especial, e estará completo com a concordância, por escrito, da paciente ou do casal infértil.

4 - As técnicas de RA não devem ser aplicadas com a intenção de selecionar o sexo ou qualquer outra característica biológica do futuro filho, exceto quando se trate de evitar doenças ligadas ao sexo do filho que venha a nascer.

A Resolução nº 1.358/92 foi omissa em todos os outros aspectos, e ficou vigente por 18 (dezoito) anos. Contudo, a RDC nº 33, de 17 de fevereiro de 2006²⁶, a Lei nº 9.434/97 Lei de Transplante de Órgãos, foram taxativas na proibição da comercialização de partes do corpo humano, de óvulos, espermatozoides e embriões, havendo apenas a possibilidade de dispor através da doação.

A Resolução CFM nº 1.957/10 mostrou-se satisfatória e eficaz, balizando o controle dos processos de fertilização assistida. Essa Resolução trouxe mudanças significativas, vez que a antiga norma estaria defasada indo contra as práticas médicas, que já estariam avançadas. A falta de atualização da resolução trazia possibilidade de os profissionais atuarem de maneiras diferentes, pois não havia entendimento unificado, o que era o caso da Reprodução Humana Assistida Post Mortem, ato não considerado antiético, diante da inexistência normativa proibindo o procedimento. No entanto, as mudanças sociais, a constante e rápida evolução científica nessa área tornaram necessária à sua revisão.

As mudanças mais significativas trazidas na resolução de 2010 foram: a transferência embrionária limitada por faixa etária da futura gestante sendo até 35 anos, 2 embriões; entre 36 e 39 anos, 3 embriões, e mulheres com mais de 40 anos, no máximo 4 embriões. Passou a não ser exigido estado civil e sexo específico para ser considerado tentan-

26 BRASIL (2006). Agência Nacional de Vigilância Sanitária- ANVISA. Resolução de Diretoria Colegiada- RDC n.33, de 17 de fevereiro de 2006. Aprova o Regulamento técnico para o funcionamento dos bancos de células e tecidos germinativos. Disponível em: <https://aeap.org.br/wpcontent/uploads/2019/10/resolucao_rdc_33_de_17_de_fevereiro_de_2006.pdf>. Acesso em: 01 jul. 2020.

te dos procedimentos de RHA, foi editada a possibilidade de descarte de embrião e, por fim, a regulamentação da reprodução assistida post mortem. Essa normativa foi inovadora pois abriu a discussão para a utilização das técnicas para pessoas solteiras e casais homoafetivos ²⁷.

Concomitante com a Resolução de 2010, a Lei de Biossegurança nº. 11.105/05²⁸, que por sua vez, estabeleceu em seu artigo 5º os limites e diretrizes para a pesquisa a ser realizada em embriões criopreservados, a ilegalidade de sua comercialização, além da realização de engenharia genética em embriões humanos. Em mesmo sentido, a Resolução n. 1.957/10 do Conselho Federal de Medicina²⁹, dispôs sobre as doações de embriões e gametas, em sua seção IV, estabelecendo a gratuidade nesse tipo de doação e proibindo essa prática para obtenção de lucro ou comercialização. Além de proibir o comércio e lucro sobre a venda de embriões, há previsão de sigilo aos doadores, que não deverão saber quem são os receptores, vice e versa.

A Resolução do CFM nº 2.013/13 trouxe a baila uma crítica severa, vez que estipulou limite de idade para a mulher gestar. Além dessa polêmica alteração, a Resolução de 2013 também limitou a idade dos doadores de gametas, tempo de criopreservação dos embriões, descarte e utilização para pesquisas de células tronco, como previsto na Lei de Biossegurança, cessão de útero com documentação comprobatória, por fim, a determinação de que todos os casos não previstos na resolução devem ser encaminhados para o Conselho Federal de Medicina.

A Resolução nº 2.121 de 2015 do Conselho Federal de Medicina, estabeleceu que as doações de gametas devem ser gratuitas, sendo ve-

27 Conselho Regional de Medicina (CRM). Resolução CFM nº 1.957/2010. Normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida. *Diário Oficial da União* 2011;

28 BRASIL (2015). Presidência da República. Lei n. 11.105 de 24 de março de 2005. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 28 mar. 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L11105.htm>. Acesso em: 30 jun. 2020

29 BRASIL (2010). Conselho Federal de Medicina. Resolução do CFM n 1.957 de 15 de dezembro de 2010. Disciplina as Normas Éticas para a Utilização das Técnicas de Reprodução Assistida. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2010/1957>>. Acesso em: 01 jul. 2020.

dado o pagamento em retribuição ao seu fornecimento, conforme preleciona o artigo 199, parágrafo 4º da Constituição República Federativa do Brasil³⁰. A Resolução de 2015 preencheu lacunas deixadas pelas anteriores, em especial, da norma de 2013, que foi omissa em aspectos que estavam em constante evolução na prática médica. Esta norma inovou ao trazer a previsão de doação compartilhada de oócitos, que consiste na doação de metade dos oócitos de uma mulher para outra mulher mediante o custeio do tratamento da primeira; permitiu a gestação compartilhada no caso de em um casal homossexual de mulheres uma doa os oócitos e a outra gestante e uma relativização da idade da mulher para gestar, mantendo a idade máxima das candidatas a RHA de 50 anos, porém que exceções a esse limite serão aceitas baseadas em critérios técnicos e científicos fundamentados pelo médico responsável quanto à ausência de comorbidades da mulher e após esclarecimento aos candidatos quanto aos riscos envolvidos para a paciente e para os descendentes eventualmente gerados a partir da intervenção, respeitando-se a autonomia da paciente. A Resolução de 2015 trouxe abordagens ainda não mencionadas nas resoluções anteriores.

Atualmente, a reprodução humana assistida é regulamentada através da Resolução 2168/17, do Conselho Federal de Medicina- CFM, que disciplina as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução humana assistida, defesa do aperfeiçoamento das práticas e também a observância dos princípios éticos e bioéticos que possam trazer segurança, eficácia aos tratamentos e procedimentos médicos, a fim de propiciar melhor planejamento reprodutivo.

Dentre os destaques abordados pela norma nº 2.168/17, o Conselho Federal de medicina estendeu a cessão temporária de útero para familiares em grau de parentesco consanguíneo descendente, até o quarto grau. Na normativa anterior só estavam abertas a possibilidade de útero cessionário mãe, avó, irmã, tia e prima, com a atualização da regra, filha e sobrinha também poderão ceder temporariamente seus úteros. Ainda no que tange ao útero de substituição, na norma vigente, pessoas solteiras podem recorrer a cessão temporária.

30 Art. 4º da CRFB/88 (BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil.. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em março de 2021

O Conselho Federal de Medicina definiu no texto da Resolução o conceito de gestação compartilhada, já anteriormente contemplada para casos de união homoafetiva feminina. De acordo com a norma, considera-se que os casos que se enquadram nesta situação são aqueles em que o embrião obtido a partir da fecundação de oócito(s) de uma mulher é transferido para o útero de sua parceira, ainda que não exista diagnóstico de infertilidade.

Outra temática apontada pela Resolução CFM nº 2.168/2017 é a redução de cinco para três anos no período mínimo para descarte de embriões. O novo critério vale tanto em casos de expressa vontade dos pacientes quanto em situação de abandono, em casos de não localização dos responsáveis pelo material genético criopreservado.

Em casos de doação voluntária de gametas, a Resolução do Conselho Federal abriu a possibilidade também para mulheres, vez que essa possibilidade já existia para os homens. Então, mulheres que desejam doar óvulos de forma altruísta e voluntária poderão fazê-lo, desde que cientes e devidamente esclarecidas sobre as etapas e procedimentos.

Conforme apontado por Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves, embora não tutele todas as situações existentes na reprodução humana assistida, a Resolução CFM 2.168/2017, tem muitos pontos positivos:

Considerou a noção ampliada família; preocupou-se em proteger os doadores de gametas; determinou uma forma de facilitar o acesso à técnica, com a chamada doação compartilhada de oócitos, procurou uma respostas ao problema do grande número de embriões criopreservados e não implantados; enfrentou a questão da cessão temporária de útero, e procurou dar maior segurança à reprodução assistida post mortem.³¹

Por sua vez, em 27 de novembro de 2020, através da Resolução nº: 2.283/2020, o Conselho Federal de Medicina alterou a redação do

31 SÂ, Maria de Fátima e NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. Bioética e Biodireito. 5ed. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2021

item 2 da inciso II, que versava sobre os pacientes das técnicas de RA, da Resolução CFM nº 2.168/2017, em observância ao princípio da isonomia, permitindo que o uso das técnicas de RA para heterossexuais, homoafetivos e transgêneros. Na exposição de motivos, o relator da referida Resolução, explica que a redação original do regulamento de 2017, permitia interpretações divergentes ao afirmar que “é permitido o uso das técnicas de reprodução assistida para relacionamentos homoafetivos e pessoas solteiras, respeitando o direito a objeção de consciência por parte do médico”. Assim:

Evidenciou-se, deste modo, a necessidade de alteração do texto normativo, de modo a adotar-se nova redação, mais geral e abrangente, que não exclua possíveis interessados na RA, nem permita interpretações heterodoxas que prejudiquem a eficácia da norma. Por esse motivo, passa-se a indicar a técnica para a generalidade das pessoas em sociedade: “heterossexuais, homoafetivos e transgêneros”.³²

As alterações das Resoluções do CFM possibilitam a pessoas que jamais imaginavam realizar o sonho de ter filhos, alcançando normativamente os avanços médicos e científicos. Mas, apesar da importância das Resoluções na área da reprodução humana assistida, vale salientar que estas compreendem apenas valores deontológicos. Isso significa que o não cumprimento de alguma das cláusulas previstas constitui conduta antiética, sendo passível de punição administrativa pelos Conselhos de Medicina. Desta feita, para dirimir dúvidas e evitar imbróglis jurídicos, as clínicas de reprodução humana assistida, se valem de termos contratuais para resguardar a autonomia de vontade dos pacientes na tutela do planejamento familiar.

32 BRASIL (2020). Conselho Federal de Medicina. Resolução do CFM n 2.283 de 27 de novembro de 2020. Altera a redação do item 2 do inciso II, “Pacientes das técnicas de RA”, da Resolução CFM nº 2.168/2017, aprimorando o texto do regulamento de forma a tornar a norma mais abrangente e evitar interpretações contrárias ao ordenamento jurídico. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2020/2283>>. Acesso em: 10 jan.2021.

5. A contratos na efetivação da autonomia de vontade na reprodução humana assistida

O desenvolvimento repentino de técnicas de reprodução humana assistida trouxe questionamentos a ética e ao Direito, que encontram-se em um impasse de não impedir os avanços científicos, mas ao mesmo tempo, tendo de observar até onde tais procedimentos não ferem a autonomia de vontade no efetivação da dignidade da pessoa humana.

As normas suscitadas anteriormente por si só não são suficientes para dirimir todo procedimento da Reprodução humana Assistida, além do mais, as técnicas de fertilização por interferência médica são tuteladas pelo Conselho Federal de Medicina, havendo uma esquivia do Poder Legislativo.

Há uma necessidade legislativa de impor comportamentos médico/científico que permitam ou impeçam certas atitudes, e suas sanções pela inobservância destas normas. Desta feita, a área Biodireito, ainda pouco explorada no Brasil, se obriga a englobar todo o conjunto normativo já positivado, e suprir as lacunas com o Direito Contratual, que observará cada caso em específico, para elaborar um contrato embriologista-tentante que assista aos interesses de ambos, mas sempre observando a legislação complementar, como Código Civil e Constituição Federal, para que todo procedimento seja legal e eficaz do ponto de vista jurídico. Assim, esclarece Heloisa Barboza:

[...] O encaminhamento das soluções jurídicas para todos confrontos decorrentes desses fatos, ainda que distintos em sua causa e efeitos, deve encontrar um ponto comum em princípios éticos, notadamente na valorização e preservação da dignidade e vida humanas, hoje princípios constitutivos do nosso sistema. Por conseguinte, após a constitucionalização do Direito Civil, todas as respostas devem, necessariamente, estar embasadas nos princípios estabelecidos pela Constituição Federal pertinentes à matéria, dentre outros: dignidade da pessoa humana, respeito aos direitos fundamentais, direito à vida, paternidade responsável, melhor interesse da

criança e do adolescente, vedação de qualquer tipo de comercialização na retirada das partes do corpo para fins de transplante, e preservação da integridade e diversidade do patrimônio genético.³³

Diante da inexistência de normas federais para tutelar a reprodução humana assistida, far-se-á necessário a utilização de instrumentos contratuais em consonância com as normas deontológicas para resguardar a autonomia de vontade do indivíduo, bem como da clínica.

Assim da observância das normas deontológicas, é necessária a regulamentação da relação jurídica existente entre as partes, com ampla aplicação do Termo de Consentimento Informado, que deverá abordar as consequências da técnica utilizada, além de conter a escolha da utilização do material genético, em franco atendimento ao princípio da informação. O embriologista também deverá repassar as informações de forma clara, explicando a natureza do procedimento e os riscos, conforme previsto na Resolução nº 1.957/2010, do Conselho Federal de Medicina:

O consentimento informado será obrigatório a todos os pacientes submetidos às técnicas de reprodução assistida, inclusive aos doadores. Os aspectos médicos envolvendo as circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA serão detalhadamente expostos, assim como os resultados obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta. As informações devem também atingir dados de caráter biológico, jurídico, ético e econômico. O documento de consentimento informado será expresso em formulário especial e estará completo com a concordância, por escrito, das pessoas submetidas às técnicas de reprodução assistida. (BRASIL, 2010)³⁴

33 BARBOZA, Heloisa Helena. Novos temas de Biodireito e Bioética. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 27.

34 BRASIL (2010). Conselho Federal de Medicina. Resolução do CFM n 1.957 de 15 de dezembro de 2010. Disciplina as Normas Éticas para a Utilização das Técnicas de Reprodução Assistida. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2010/1957>>. Acesso em: 01 jul. 2020.

Há também o Acordo de Criopreservação de Sêmen, que nada mais é do que um contrato celebrado entre o doador e a clínica para armazenar seu sêmen, para uma futura reprodução humana assistida. Neste caso, a clínica terá a custódia do material genético germinativo masculino, sendo de sua inteira responsabilidade o armazenamento, segurança e a rastreabilidade. Já os casos de congelamento e preservação de pré-embriões é necessário o preenchimento do termo de consentimento, no qual consignará o procedimento a ser realizado e o tipo de armazenamento.

Nos contratos que versam sobre material genético germinativo humano é de suma importância atentar-se que no Brasil não podem ser realizadas transações econômicas com partes do corpo humano, incluindo os gametas, quais sejam: óvulos e sêmen. Sendo assim, o instrumento jurídico que versa sobre a disposição do material genético germinativo humano é necessariamente de doação, sendo proibida a venda ou qualquer outra contraprestação, vez que é um ato de benevolência de quem dispõe do próprio corpo.

É imprescindível que nos contratos de doação de gametas, as partes tenham a livre vontade manifestada, expressamente prevista na Resolução nº 2.168/2017 do CFM, e esta manifestação de vontade deve se dar, obrigatoriamente, na forma escrita, explicitando detalhadamente as técnicas utilizadas, informações jurídicas e biológicas e éticas, vejamos:

4. O consentimento livre e esclarecido será obrigatório para todos os pacientes submetidos às técnicas de RA. Os aspectos médicos envolvendo a totalidade das circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA serão detalhadamente expostos, bem como os resultados obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta. As informações devem também atingir dados de caráter biológico, jurídico e ético. O documento de consentimento livre e esclarecido será elaborado em formulário especial e estará completo com a concordância, por escrito, obtida a partir de discussão bilateral entre as pessoas envolvidas nas técnicas de reprodução assistida.”³⁵

35 BRASIL (2017). Conselho Federal de Medicina. Resolução do CFM n.2.168 de 10

Certo é que alguns questionamentos e incertezas surgem com o desenvolvimento e aperfeiçoamento das técnicas de reprodução humana assistida, seja em virtude dos procedimentos, seja pela coisificação do ser humano, em especial dos embriões. Nesse sentido, para Pussi, as técnicas de reprodução humana assistida:

trazem consigo uma grande carga de problemas éticos para os quais o nosso ordenamento jurídico ainda não oferece soluções adequadas. Alguns chegam a afirmar que o progresso científico e técnico no campo da procriação humana pode se traduzir na revolução mais profunda que o direito já sofreu até hoje. Isso porque institutos e conceitos jurídicos como a paternidade, a maternidade e a personalidade serão relativizados, assim como a própria concepção de família.³⁶

Nesse cenário, o professor Eduardo Corral García, da Universidade de Cádiz, em 2009, já alertava acerca da coisificação dos embriões excedentes, previstos na lei espanhola:

Daí que, quando a Lei de Reprodução Assistida aborda os possíveis destinos dos embriões sobran-tes crioconservados, os três primeiros o conside-ram como uma coisa que se pode utilizar ou doar, e o quarto acaba com a polêmica que durante anos tem presidido os debates acerca do que fazer com os embriões conservados e não utilizados, e que motivou a reforma de 2003: o fim de sua conserva-ção sem outra utilização... o que não é outra coisa que permitir sua morte²⁴. (livre tradução das auto-ras).³⁷

de novembro de 2017. 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 ajudam 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 nº2.121, publicada no D.O.U. de 24 de setembro de 2015, Seção I, p.117. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>>. Acesso em: 01 jul. 2020

36 PUSSI, William Artur. Personalidade jurídica do nascituro. 1 ed. (ano 2005), 3ª tir. Curitiba: Juruá, 2007.

37 GARCÍA, Eduardo Corral. La desprotección jurídica Del embrión humano tras

O desafio nos procedimentos na reprodução humana assistida é a tentativa de inserir a ética, observando os direitos fundamentais do ser humano, vez que a temática é extremamente delicada, se relacionada com cunho religioso e moral do século passado, que jamais cogitaria a hipótese de tamanho avanço científico. A tarefa é árdua, pois a ciência avança a largos passos e a legislação não acompanha tamanho avanço, sendo os princípios éticos, as normas deontológicas e os contratos, os sustentáculos na atualidade, para dirimir quaisquer relações jurídicas existentes na reprodução humana assistida.

6. Considerações Finais

Conforme restou demonstrado no presente trabalho, é evidente o progresso das técnicas de Reprodução Humana Assistida no Brasil e a tentativa do Conselho Federal de Medicina para acompanhar tamanho avanço científico. Por meio dos métodos de reprodução assistida, é possível aplicar o instituto constitucional do planejamento familiar, pois, assim como os meios contraceptivos, os conceptivos também são tutelados pelo ordenamento jurídico brasileiro, facultando ao indivíduo ter ou não filhos, e se sim, quantos terá.

Muito embora o Código Civil faça menção a inseminação artificial, sobre essas técnicas cabem muitas discussões, vez que a normatização ainda é muito precária. Mesmo sendo possível juridicamente a realização da reprodução humana assistida, no Brasil, não há norma federal que regulamente o procedimento, sendo regulamentada por dispositivos deontológicos como as Resoluções do Conselho Federal de Medicina (CFM), atualmente em vigor a Resolução nº 2.168/2017 e Resolução nº 2.283/2020.

Apesar da ausência de normas jurídicas para nortear o uso das técnicas de Reprodução Humana Assistida, o CFM por meio das Resoluções regulamenta a prática médica, não somente para impor condutas éticas, mas abrangendo também outros aspectos, como jurídicos, nessa seara os contratos e os termos de consentimentos surgem para suplantar a referida lacuna, legislativa, permitindo uma cerca efeti-

la nueva ley de reproducción humana asistida y la ley de investigación biomédica. Universidad de la Rioja, vol. 20, n. 69, 2009. Disponível em: <<http://www.aebioetica.org.rtf/02-BIOETICA-69.pdf>>. Acesso em: 20 jan. 2020

vação da segurança jurídica ao consignar expresso a manifestação de vontade dos envolvidos no procedimento da reprodução humana assistida.

7.Referências

ANDORNO, Roberto. Bioética y dignidad humana. Tecnos: Madrid, 1998.

ANDORNO, Roberto. La dimensión biológica de la personalidad humana: el debate sobre el estatuto del embrión. Cuardenos de Bioética. Edición Electrónica N° 53. Volumen XV, 1ª, 2004 enero-abril. Disponível em: <<http://www.aebioetica.org/cb53.htm>>. Acesso em: 30 jun. 2020.

AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA (2017). Segundo Relatório de Dados de Importação de Células e Tecidos Germinativos para Uso em Reprodução Humana Assistida. Disponível em: <<http://portal.anvisa.gov.br3>>. Acesso em: 01 jul.2020.

BERLINGUER, G.; GARRAFA, V.. O Mercado Humano: estudo bioético da compra e venda de partes do corpo. Tradução de Isabel Regina Augusto. Brasília: Universidade de Brasília, 1996

BRASIL (1988). Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Congresso Nacional. 1988.

BRASIL (1992). Conselho Federal de Medicina. Resolução do CFM n.1.358 de 19 de novembro de 1992. Adota as Normas Éticas para a Utilização das Técnicas de Reprodução Assistida, anexas à presente Resolução como dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/1992/1358>>. Acesso em: 01 jul. 2020.

BRASIL (1996). Presidência da República. Lei n.9.263 de 12 de janeiro de 1996. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 15 jan. 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9.263.htm>. Acesso em: 30 jun. 2020

BRASIL (2006). Agência Nacional de Vigilância Sanitária- ANVISA. Resolução de Diretoria Colegiada- RDC n.33, de 17 de fevereiro de

2006. Aprova o Regulamento técnico para o funcionamento dos bancos de células e tecidos germinativos. Disponível em: <https://aeap.org.br/wpcontent/uploads/2019/10/resolucao_rdc_33_de_17_de_fevereiro_de_2006.pdf>. Acesso em: 01 jul. 2020.

BRASIL (2010). Conselho Federal de Medicina. Resolução do CFM n. 1.957 de 15 de dezembro de 2010. Disciplina as Normas Éticas para a Utilização das Técnicas de Reprodução Assistida. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2010/1957>>. Acesso em: 01 jul. 2020.

BRASIL (2011). Agência Nacional de Vigilância Sanitária- ANVISA. Resolução de Diretoria Colegiada-RDC n. 23, de 27 de maio de 2011. Dispõe sobre o regulamento técnico para o funcionamento dos Bancos de Células e Tecidos Germinativos e dá outras providências. Disponível em: <<http://portal.anvisa.gov.br/documents>>. Acesso em: 01 jul. 2020.

BRASIL (2015). Presidência da República. Lei n. 11.105 de 24 de março de 2005. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 28 mar. 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L11105.htm>. Acesso em: 30 jun. 2020

BRASIL (2015). Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n. 115/2015 de 03 de fevereiro de 2015. Institui o Estatuto da Reprodução Assistida, para regular a aplicação e utilização das técnicas de reprodução humana assistida e seus efeitos no âmbito das relações civis sociais. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichade-tramitacao?idProposicao=945504>>. Acesso em: 01 jul. 2020.

BRASIL (2017). Conselho Federal de Medicina. Resolução do CFM n.2.168 de 10 de novembro de 2017. 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 ajudam 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 nº2.121, publicada no D.O.U. de 24 de setembro de 2015, Seção I, p.117. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>>. Acesso em: 01 jul. 2020.

CASABONA, Carlos Maria; QUEIROZ, Juliane Fernandes. Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

COUTINHO, Maria Tereza da CUNHA; Suzana Ezequiel da. Os caminhos da pesquisa em ciências humanas. Belo Horizonte: PUC Minas, 2004.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 335

FORNA, Aminatta. Mãe de todos os mitos: como a sociedade modela e reprime as mães. Tradução de Ângela Lobo de Andrade. Rio de Janeiro: Ediouro, 1999.

FIRST EGG BANK. FirstEggBank 2020. Disponível em < <https://www.first-egg-bank.com/en>>. Acesso em 02 fev. 2020.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. A nova filiação: o biodireito e as relações parentais: o estabelecimento da parentalidade – filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GARCÍA, Eduardo Corral. La desprotección jurídica Del embrión humano tras la nueva ley de reproducción humana asistida y la ley de investigación biomédica. Universidad de la Rioja, vol. 20, n. 69, 2009. Disponível em: <<http://www.aebioetica.org.rtf/02-BIOETICA-69.pdf>>. Acesso em: 20 jan. 2020

LEITE, Eduardo de Oliveira. A monografia jurídica. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

LEWICKI, Bruno. O homem construtível: responsabilidade e reprodução assistida. In: BARBOZA, H. H.; BARRETTO, V. de P. (Org.). Temas de biodireito e bioética. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

PUSSI, William Artur. Personalidade jurídica do nascituro. 1 ed. (ano 2005), 3ª tir. Curitiba: Juruá, 2007.

QUEIROZ, Juliane Fernandes. Reprodução humana assistida post mortem: aspectos jurídicos de filiação e sucessório. Curitiba: Ed UFPR, 2015.

SÁNCHEZ, Fernando Abellan-Garcia. El estatuto jurídico del embrión en España: de la ley de reproducción de 1988 a la clonación de nuestros días. Revista de Derecho y Genoma Humano. Bilbao, n.28.2008.

SÀ, Maria de Fátima e NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. Bioética e Biodireito. 5ed. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2021

BARBOZA, Heloisa Helena. Novos temas de Biodireito e Bioética. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 27.

BRASIL (1988). Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Congresso Nacional. 1988.

BRASIL (1996). Presidência da República. Lei n.9.263 de 12 de janeiro de 1996. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 15 jan. 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9.263.htm>. Acesso em: 30 março. 2021

QUEIROZ, Juliane Fernandes. Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 279.

Reis ARG. A fertilização in vitro no Brasil-A história contada, as histórias. Brasília: Biblioteca do senado federal; 1985

Diniz D. Tecnologias reprodutivas, ética e gênero: O debate legislativo brasileiro. Brasília: LetrasLivres; 2000.

REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA: DESTINAÇÃO DE EMBRIÕES EXCEDENTÁRIOS FRENTE AO DIREITO E À ÉTICA

Egídio Antônio Silva Saraiva³⁸

RESUMO:

O avanço da medicina no campo da reprodução humana é um campo em constante evolução. O advento do método de reprodução in vitro, possibilitou tornar realidade a reprodução de pessoas que não conseguiriam naturalmente. Contudo, juntamente com avanço da ciência surgiram questionamentos éticos a despeito do excedente embrionário que se acumula nas clínicas de reprodução assistidas. A bioética e o biodireito são institutos que fomentam as discussões que abrangem o princípio da dignidade da pessoa humana e o eventual direito da personalidade do embrião. Assim, o presente artigo pretende estudar o destino dos embriões criopreservados à luz da legislação brasileira, frente ao que é considerado pela ética, direito de personalidade e dignidade da pessoa humana.

Palavras chave: Reprodução assistida, medicina, criopreservação, bioética, biodireito, direito de personalidade, princípio da dignidade da pessoa humana.

1. Introdução

A sociedade contemporânea tem passado por constantes mudanças de comportamento no que se diz respeito ao conceito de família e no planejamento familiar. O avanço das técnicas de Reprodução Humana Assistida – RHA pelo método de Reprodução In Vitro - RIV tornou-se uma realidade constante na luta contra a infertilidade ou quando a natureza humana limita a gestação, no caso de casais homossexuais ou reprodução independente.

38 Pós-Graduando em Direito Civil Aplicado, IEC PUC MINAS -Pça. Da Liberdade, e-mail: egidio.saraiva@yahoo.com.br.

À medida que a ciência avança, principalmente no que diz respeito ao ser humano, crescem as discussões a respeito da ética médica, matéria pela qual se estuda pela bioética, com a finalidade de respeito aos preceitos sociais, culturais e até mesmo religioso.

O direito também acompanha a ciência limitando a atuação científica pelos caminhos apontados pela bioética. O biodireito tem esse papel importante no avanço tecnológico e não pode se furtar aos excessos eventualmente cometidos sob pena de sucumbir diante de sua própria existência.

Quando o assunto é material genético humano o que gera polêmica é todo aquele excedente produzido pela RHA e não é utilizado, congelados nas clínicas esperando por uma definição dos pacientes doadores ou por definição da lei sobre a destinação.

Deste modo, o presente artigo pretende estudar o destino dos embriões criopreservados à luz da legislação brasileira, frente ao que é considerado pela ética, direito de personalidade e dignidade da pessoa humana.

2. Bioética

A etimologia da palavra bioética onde, bio (vida) e ética (hetos) sendo esta última representando características dos seres humanos como costumes e hábitos fundamentais, dos afazeres, da cultura, dos valores, ideias, crenças. Desta forma podemos inferir que a bioética seria a correlação entre o homem e suas características.

Segundo TAITSON et.al, publicou no livro Bioética: vida e morte:

O neologismo usado para designá-lo aparece pela primeira vez nos anos 70, em uma publicação do cancerologista Van Rensselaer Potter, professor da Universidade Wisconsin, que definia a Bioética tomando por base a etimologia da palavra: bio (vida) + ética (ethos). Somente naquela época, a Bioética chegou a ser batizada oficialmente como “ciência da vida enquanto o ethos assume o caráter de morada da vida”. Entretanto, o termo “vida” demandava nova significação e nova compreensão a partir dos grandes desafios das ciências.

Para MICHESL, “a bioética se ocupa das implicações ético-morais resultantes dos avanços tecnológicos nas áreas da Medicina e da Biologia e, sendo ramo transdisciplinar, recebe influência da Sociologia, Biologia, Medicina, Psicologia, Teologia, Direito e mais profundamente da Filosofia”.

Pode se dizer que a bioética está diretamente relacionada aos aspectos éticos, morais, dogmáticos dos estudos científicos que abordam a vida do ser humanos. Os avanços na ciência, as técnicas utilizadas, experimentos, etc., são balizados pela bioética no que concerne à violação dos direitos humanos e proteção da vida.

Posto isso, podemos dizer as tomadas de decisão no que diz respeito às técnicas médicas e experimentos com células tronco, transplantes, clonagem, técnicas reprodutivas ou no que se diz respeito a dógmas religiosos e culturais como o aborto, eutanásia ou ainda quando se estuda racismo e exclusão social, todos podem valer-se da bioética como meio de limitar excessos de conduta humana.

Ainda no que diz respeito às técnicas experimentais e pesquisas sobre seres humanos, segundo TAITSON et.al, existe uma hierarquia de princípios éticos, quais sejam “os quatro primeiros (respeito, não-maleficência, beneficência, justiça) são considerados princípios primários; os três últimos (fidelidade, veracidade e confidencialidade) são derivados ou considerados normas”. O autor ainda afirma que “princípios estão associados às obrigações expressas em normas de ação”.

3. Biodireito

Não poderia começar a falar de biodireito sem citar que a Constituição Federal do Brasil, consagra como direito fundamental toda a expressão de atividade intelectual e científica, independente de censura ou licença (CF, Art. 5º, IX).

Diante de tal liberdade, constitucionalmente garantida, de estudos e experimentos científicos, nascem as discussões acerca dos limites éticos, quando se trata de experimentos correlacionados aos direitos individuais, quando possivelmente se cruza a barreira do respeito à dignidade da pessoa humana.

É claro que essas discussões não se limitam ao Brasil, sendo evidente que, as levantadas aqui e mundo afora, diante do avanço científico, são polemizadas quando se confrontam muitas vezes com culturas e religiões diversas.

O biodireito pode ser definido como o novo ramo do estudo jurídico, resultado do encontro entre a bioética e o direito. É o ramo do Direito Público que se associa à bioética, estudando as relações jurídicas entre o direito e os avanços tecnológicos conectados à medicina e à biotecnologia; tendo como referência basilar a dignidade da pessoa (MALUF, A. C. R. F. D.)

MALUF, citando a professora Maria Helena Diniz, diz que:

Tem a vida por objeto principal, salientando que a verdade jurídica não poderá salientar-se à ética e ao direito, assim como o progresso científico não poderá acobertar crimes contra a dignidade humana, nem traçar sem limites jurídicos, os destinos da humanidade. (DINIZ, Maria Helena apud MALUF, A.C.R.F.D)

É possível inferir, diante da lição de Maria Helena Diniz que o direito não poderá se furtar de agir diante quebra de limites do ético e crimes eventualmente cometidos pelo avanço científico contra a dignidade da pessoa humana.

É possível compreender que da preocupação com a proteção à vida e à dignidade da pessoa humana é que nasce o biodireito. É importante que o homem, a criança, o idoso, o corpo morto, o nascituro, o embrião, o incapaz, enfim, todas as diversas etapas e possibilidades de existência humana merecem guarida do biodireito.

Assim, podemos concluir que o biodireito tem a missão de regular a atividade humana em virtude do avanço da ciência médica, biológica, tecnológica tendo como pilar de sua existência a proteção à vida e ao meio ambiente, sempre pautando pelo equilíbrio e coexistência.

4. Direito da Personalidade do embrião

Segundo GAGLIANO et al, “O homem não deve ser protegido somente em seu patrimônio, mas, principalmente, em sua essência”

O mesmo autor, conceitua “direitos da personalidade como aqueles que têm por objeto os atributos físicos, psíquicos e morais da pessoa em si e em suas projeções sociais”.

Quando estamos tratando de direito da personalidade, exclui-se do debate tudo que é patrimônio material, que pode ser mensurável pecuniariamente. Discute-se neste momento a tutela jurisdicional de bem maior, como a vida e seus valores, a integridade física, a honra, a intimidade, etc.

Segundo MONTORO “personalidade, na terminologia jurídica, é a aptidão para ser sujeito ou titular de direito”. Eis que antiga e grande controvérsia surge quando nos deparamos com a necessidade de demarcar o momento em que nasce a personalidade civil.

Nos termos da legislação civil, embora exista a proteção ao nascituro, a personalidade civil da pessoa surge com o nascimento com vida.

Como o direito civil brasileiro adotou o nascimento com vida para início da personalidade civil da pessoa e, para explicar e justificar os direitos e a situação jurídica do nascituro, existem três teorias, quais sejam, teoria natalista, teoria da personalidade condicional e teoria concepcionista.

A teoria natalista é aquela que corresponde de fato ao nascimento com vida, cabendo ao nascituro apenas a expectativa de direito. Essa teoria coisifica o nascituro, não o considerando como pessoa. A controvérsia nasce no ponto em que teoria natalista esbarra com outros dispositivos legais do próprio código civil que garantem direitos ao nascituro.

A teoria da personalidade condicional também entende o início da personalidade civil com o nascimento com vida, no entanto, os direitos do nascituro então sujeitos a uma condição suspensiva, ou seja, são direitos eventuais. Neste caso a condição é o nascimento com vida. O dilema desta teoria e a aproximação com o direito patrimonial, afastando-se da essência do direito da personalidade.

A teoria concepcionista é que mais possuem adeptos na doutrina e está presente na jurisprudência dominante. Essa teoria entende que o início da personalidade jurídica se dá na concepção, ou seja, antes do nascimento.

Para GAGLIANO et al,

Segundo essa vertente de pensamento, o nascituro adquiriria personalidade jurídica desde a concepção, sendo, assim, considerado pessoa. É a posição de TEIXEIRA DE FREITAS¹⁵⁴, seguido por BEVILÁQUA, LIMONGI FRANÇA e FRANCISCO AMARAL SANTOS. Essa linha doutrinária rende ensejo inclusive a se admitirem efeitos econômicos e materiais, como o direito aos alimentos, decorrentes da personificação do nascituro.

Assim, podemos concluir que o embrião possui direitos de personalidade consagrada na teoria concepcionista, não sendo tratado como coisa, mas já, como sujeito de direito que carece de tutela do estado.

5. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

O princípio da dignidade da pessoa humana é resguardado pela CF, pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, além de ser pilar fundamental do Estado Democrático de Direito.

Acerca do tema, MORAES assevera que a dignidade humana é:

[...] um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.

Segundo as lições de SARLET, que bem define a dignidade da pessoa humana:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos.

Segundo SEDGWICK, para o filósofo Immanuel Kant, “dignidade é algo que todas as naturezas racionais possuem. Para ele, um ser tem dignidade não devido ao seu estatuto sociopolítico, crenças religiosas, sexo ou raça. Um ser tem dignidade devido à sua racionalidade prática”.

Na visão kantiana, “a capacidade de razão prática refere-se, antes, à faculdade da vontade livre ou autodeterminação”.

Para CARDIN, a dignidade da pessoa humana estaria intrinsecamente ligada à autonomia da vontade, por ser um ser capaz de razão, bem como é o pressuposto para o exercício de qualquer direito fundamental.

Nessa linha de raciocínio continua o autor, “essa autonomia da vontade está limitada a própria natureza humana do embrião, pois não pode ser considerado como simples coisa, em decorrência que tratar-se de uma pessoa *in fieri*.”

Desta forma, CARDIN considera que o embrião é um ser vivo *in fieri*, fruto da manifestação de vontade de seus genitores, deve a ele ser estendido o princípio da dignidade humana, pois “pois toda criança que venha a nascer deverá ter condições indispensáveis para nascer e, sobretudo, viver em um ambiente familiar com afeto necessário para um desenvolvimento físico, psíquico, material, espiritual e sentimentalmente adequado”.

6. Reprodução Humana Assistida- RHA e Fertilização in vitro - FIV

A literatura científica registra a primeira inseminação artificial realizada pelo italiano Lázaro Spalanzani em 1779, que colheu o sêmen de um cachorro e o aplicou em uma cadela em cio, a qual pariu três filhotes (MOURA, et al).

Posteriormente, na década de 1970 essa técnica de inseminação artificial fora testada em humanos, contudo, sem muito sucesso. Essa técnica fora quase totalmente deixada de lado na década de 1980 por conta do avanço de estudos e aprimoramento da FIV.

A FIV é o método pelo qual se é colhido o material genético feminino (óvulo) e, o material genético masculino (espermatozoide), em seguida, em um instrumento laboratorial se realiza a fusão entre os dois gametas. Tal fusão ou fecundação se dá por meio de técnicas médicas desenvolvidas a mercê da evolução científica que a passos largos vem revolucionando a RHA.

Foi em julho de 1978 nasceu o primeiro ser humano produzido pelo método de FIV. Louise Brown, nasceu pelo trabalho técnico do embriologista Robert Edwards e o ginecologista Patrick Steptoe (MOURA, et.al).

No Brasil, o primeiro nascimento de um ser humano gerado a partir da FIV ocorreu 6 anos depois, o nascimento de Anna Paula Caldeira ocorreu em 1984, sendo também o primeiro caso registrado na América Latina.

Não obstante o avanço da ciência no campo da FIV, outra técnica que a ciência conseguiu aprimorar foi a da vitrificação — técnica de congelamento — considerada como muito importante para a RHA. No Brasil, o início dessa técnica em embriões data do ano de 2005. Com ela, a sobrevivência de embriões após descongelamento é de mais de 95%, muito acima do que era obtido com o antigo congelamento lento. A vitrificação também foi aprimorada para o congelamento de óvulos, como forma de preservar a fertilidade feminina e postergar a gravidez (AMARAL, Adelino).

Não é despendendo relatar que a evolução de estudos no campo da reprodução humana, em especial a FIV e o congelamento de embriões

ou ovócitos – criopreservação – trouxe liberdade, principalmente para a mulher, no que tange a escolha do momento em que engravidar. Esta talvez seja uma das mais importantes contribuições da ciência para as causas feministas, onde possibilita à mulher optar pela carreira profissional, trabalho ou qualquer outra situação podendo deixar a gestação para momento futuro, se assim for de seu desejo.

7. Embriões excedentários

Na reprodução assistida, é muito comum que sejam transferidos mais de um embrião ao útero da paciente, após a FIV, para aumentarem as chances de êxito do procedimento, isso por necessidade de ordem técnica, financeira e emocional – o que representa a necessidade de se ter mais embriões fecundados do que os que vão ser implantados (FRANÇA, G. V de).

Para tanto, é realizado a FIV em numerário maior de gametas que, futuramente, se decidirá transferir para o útero, também como forma de prevenção à novo estímulo e retirada de óvulos, o que demanda a administração de hormônios e procedimento um tanto invasivo.

Diante o numerário expressivo de embriões produzidos in vitro, exige-se o armazenamento dos mesmos que se faz por meio da criopreservação – congelamento – dos embriões, para a utilização futura, de acordo com a vontade e conveniência dos pacientes.

Ocorre que, após a transferência de embriões para o útero, os excedentes permanecem congelados e conservados nas clínicas de fertilização a espera de um futuro cheio de incertezas.

A despeito dos embriões excedentes, os pacientes – doadores dos gametas – são os seus “proprietários” e às clínicas somente cabem a guarda segura do material genético. E quando os pais não querem mais utilizar o material genético, seja por opção do casal, ou por divórcio onde um não quer mais filho com o outro? Ou quando um dos doadores falece sem deixar consentimento para o prosseguimento da gestação? Qual o destino desses embriões?

Sem adentrar no mérito de disputas judiciais, considerando apenas o desinteresse na utilização dos excedentários, temos poucas opções.

8. Lei de Biossegurança e Portarias do Conselho Federal de Medicina – CFM

As técnicas de reprodução humana assistida e da fertilização in vitro compõem meios de possibilitar que famílias, em seu conceito mais amplo, acometidas pela infertilidade o pleno direito reprodutivo.

A criopreservação por sua vez, abre um leque de possibilidade, a partir da existência de gametas ou embriões devidamente conservados. Uma nova tentativa de gestação em virtude de uma primeira mal-sucedida; uma segunda gestação; a doação de gametas ou embriões para terceiro; a doação para fins de pesquisas, etc.

Lado outro, a criopreservação de óvulos pode criar litígios, por exemplo, quando um dos doadores de gametas não mais concorda com o prosseguimento da gestação, ou com a doação e etc., situação comum em caso de divórcios ou dissoluções de união estável. Ou quando os gametas e/ou embriões são abandonados à mercê das clínicas, gerando despesas de conservação, etc.

Diante desta ou daquela situação, fato é que na RHA e na RIV geralmente restará embriões que serão congelados para a preservação, sendo necessário a destinação, não podendo ficar indefinidamente congelados.

Mesmo diante de tema tão importante, o Brasil ainda não possui uma legislação específica que regule a RHA e que defina destinação adequada aos embriões excedentários. Diante da ausência da legislação específica, o Conselho Federal de Medicina tem editado resoluções para regulamentar a matéria dispondo regras para que as clínicas de RHA garantam a segurança e qualidade.

A Lei de Biossegurança (Lei 11.105/05), que tem por objetivo estabelecer normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM (alimentos transgênicos), é a única produção legislativa brasileira que dispõe, muito além do necessário, a respeito da utilização do excedente embrionário criopreservados.

Tal legislação determina que os embriões humanos gerados por meio de FIV e considerados excedentários, podem ser utilizados “para fins de pesquisa e terapia” desde que haja consentimento dos genito-

res, sejam inviáveis ou estejam congelados a mais de 3 anos (art. 5º). A mesma lei veda expressamente a comercialização de embriões obtidos através da FIV, sob pena de constituir crime tipificada no art. 15 da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.

Temos ainda, o Decreto 5.591/05, que regulamenta a Lei de Biossegurança, atribui à Agência Nacional de Vigilância Sanitária a missão de criar normas para procedimentos de coleta, processamento, teste, armazenamento, transporte, controle de qualidade para a células troncos obtidas de embriões originados da FIV.

Ademais, a Lei de Biossegurança determina que instituição de pesquisa ou saúde submetam para aprovação, todos os projetos de pesquisa e terapia com células tronco embrionária humana (Art. 5º, §2º).

Diante da ausência de legislação específica, o Conselho Federal de Medicina edita regularmente portarias com objetivo de estabelecer normas éticas para utilizações das técnicas de reprodução assistida. A mais recente é a Resolução CFM nº 2.168/2017 que estabelece a possibilidade de doação e até mesmo o descarte dos embriões excedentários.

Para o caso de doação de gametas ou óvulos, a Resolução CFM nº 2.168/2017 estabelece, dentre outras normas, que a doação não poderá ter caráter lucrativo ou comercial e os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa. Para o descarte de embriões e gametas, ficou determinado que somente ocorrerá depois de 3 anos de criopreservação, com a anuência expressa dos pacientes. Em caso de abandono dos embriões, as clínicas de RHA poderão descartá-los a partir de 3 anos de preservação desde que descumprido contrato entre clínica e paciente e estes não forem mais localizados (RESOLUÇÃO CFM nº2.168/2017).

A resolução deixa claro que os pacientes devem, no momento da criopreservação, manifestar sua vontade, por escrito, o destino a ser dado aos embriões criopreservados em caso de divórcio ou dissolução de união estável, doenças graves ou falecimento de um deles ou de ambos, e quando desejam doá-los. (RESOLUÇÃO CFM nº2.168/2017).

Vaja que, diante das inúmeras relações humanas e empresariais advindas das técnicas de RHA, diante de possíveis entraves a respeito

do poder decisório pós fecundação e, frente à latente necessidade de regulamentação de destinação do excedente embrionário criopreservado, quem tem ditado regras é o CFM.

9. Dados da RHA no Brasil em 2019

O Brasil possui um sistema de informação nacional, que coleta todos os dados e estatísticas nacionais. O sistema denominado SisEmbrio – Sistema Nacional de Produção de Embriões que foi criado pela Resolução de Diretoria Colegiada/Anvisa RDC nº 29, de 12 de maio de 2008, e atualizado pela RDC nº 23/2011.

Os objetivos do sistema, dentre outras, é a divulgação de dados como o número de embriões humanos produzidos pelas técnicas de FIV criopreservados (congelados) nas clínicas de RHA; apresentar o número de embriões doados para pesquisas com células-tronco embrionárias; apresentar o número de ciclos de FIV realizados; número de embriões descartados, etc.

De acordo com o 13º relatório do SisEmbrio, no ano de 2019 foram realizados 43.956 ciclos de FIV. São Paulo é o estado que mais realizou o procedimento (48% do total do país)

O relatório informa ainda que foram congelados – criopreservados – 99.112 embriões para uso em técnicas de RHA, 11,6% a mais do que em 2018 (88.776). Deste número, foram registradas 25.210 transferências para o útero materno, uma redução de aproximadamente 65% em relação ao número de transferências ocorridas no ano de 2019 (70.908).

No ano de 2019 apenas 22 embriões congelados foram doados para pesquisas, conforme aponta o relatório.

O relatório aponta que 81437 embriões foram descartados por serem considerados inviáveis, nos termos do capítulo IV, da Resolução CFM nº 2.168/2017.

10. Considerações Finais

Não é incomum as discussões éticas quando o assunto é pesquisa científica relacionada ao ser humano. Não poderia ser diferente quando se trata do início da vida, tema debatido no presente trabalho.

A reprodução humana a muito tempo não é concebida apenas pelo método convencional, a partir do ato sexual e posterior fecundação dos gametas no útero. Graças a essa evolução, não apenas casais constituídos por homem e mulher, podem constituir sua família a partir da proli.

A RHA é a solução para a infertilidade, gestação independente, gestação para casais homossexuais. Contudo, a ciência que cria é a mesma que destrói.

Só no ano de 2019, conforme relatório da ANVISA, mais de 81 mil embriões foram descartados das clínicas de reprodução assistidas. Os embriões descartados foram classificados como inviáveis, conforme resolução do Conselho Federal de Medicina.

De tamanha complexidade e polêmico é o tema, o poder legislativo não produziu lei específica, deixando a cargo do CFM regulamentar por meio de resoluções, matéria que afeta a toda uma sociedade.

Sob a égide da legislação civil positivada temos que o direito à personalidade surge com o nascimento com vida, mas o direito já garante ao nascituro proteção que vai muito além do direito de nascer.

Muito embora a grande diferença entre o embrião congelado em laboratório com o aquele sendo gerado no ventre de sua mãe, entendo que o descarte do embrião, pautado em uma classificação de inviável, é muito aquém do que disciplina a bioética e o biodireito.

Entendo que é urgente e necessário a produção de lei específica, oportunizando a ampla discussão entre os mais variados atores da sociedade civil, médica, cultural e religiosa, para que a construção legal seja legítima.

Ao embrião pode não ser concedido o direito de personalidade, mas os princípios éticos devem ser definidos e resguardados pelo direito. Resolução criada pelo CFM, a meu ver norma unilateral, que pode ser carregada do sentimento de classe e favorável aos interesses econômicos ante à ampla importância do tema.

A destinação dos embriões criopreservados que hoje em sua grande maioria é o descarte, poderia, a partir de determinação legal, ser destinados à estudos e pesquisas, como exemplo.

Assim, ciente da importância do avanço da ciência na RHA e convencido de que o descarte discriminado de embriões não corresponde aos princípios éticos, concluo este trabalho com a certeza de o ser humano deve ser protegido pelo direito desde a fertilização, seja natural ou in vitro, afinal não somente em respeito ao embrião em si, mas por tudo que a raça humana representa.

11. Referências

MOURA, Marisa Decat de; SOUZA, Maria do Carmo Borges de; SCHEFFER, Bruno Brum. Reprodução assistida: Um pouco de história. Rev. SBPH, Rio de Janeiro, v. 12, n. 2, p. 23-42, dez. 2009. Disponível em http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-08582009000200004&lng=pt&nrm=iso. Acessos em 27 de jul. 2020.

AMARAL, Adelino. 2017 marcou a história da reprodução assistida no Brasil. Conselho Federal de Medicina, 2018. Disponível em: <<https://portal.cfm.org.br/index.php?option=comcontent&view=article&id=27422:2018-02-05-12-1959&catid=46#:~:text=Desde%20o%20primeiro%20marco%20da,%E2%80%94%20Louise%20Brown%2C%20na%20Inglaterra>>. Acesso em: 27, jul. 2020.

RESOLUÇÃO CFM nº2.168/2017. Conselho Federal de Medicina, 2017. Disponível em: < <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2017/2168>> acessos em 27 jul. 2020.

FRANÇA, Genival Veloso de. A adoção de embriões excedentários ou congelados. Genjuridico, 2017. Disponível em < <http://genjuridico.com.br/2017/09/22/adocao-embrioes-excedentarios-congelados/>> . acessos em 27 jul. 2020

Bioética: vida e morte / Paulo Franco Taitson, Evaldo Alves D'Assumpção, Silma Mendes Berti, Otávio Juliano de Almeida (Ed.). 2. ed. Belo Horizonte: PUC Minas, 2016. 171 p.

MICHEL, Sarita Von Roeder. O DESCARTE DE EMBRIÕES EM-FACE DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE. Revista Esmat, Palmas, Ano 2, nº 2, pag. 167 a 187 - jan/dez 2010.

MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas Dabus. O Biodireito e sua importância na pós-modernidade. FMU DIREITO revista eletrônica, 2011. Disponível em <<http://www.revistaseletronicas.fmu.br/index.php/FMUD/article/view/152>> Acessos em 27 jul. 2020

GAGLIANO, Pablo Stolze. Novo curso de direito civil, volume 1 : parte geral / Pablo Stolze Gagliano, Rodolfo Pamplona Filho. – 21. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MONTORO, André Franco. Introdução à Ciência do Direito. São-Paulo: RT, 1994. p 945.

MORAES, Alexandre. Direito Constitucional. 12. ed. São Paulo: Jurídico Atlas, 2002, p. 50.

SÀ, Maria de Fátima e NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. Bioética e Biodireito. 5ed. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2021

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SEDGWICK, Sally. Fundamentação da metafísica dos costumes: uma chave de leitura / Sally Sedgwick; Tradução de Diego Kosbiau Trevisan. / Sally Sedgwick; Tradução de Diego Kosbiau Trevisan. Petrópolis, RJ: Vozes, 2017.

CARDIN, V. S. G. ; ROSA, L. C. B. . Do status jurídico do embrião crioconservado e do princípio da dignidade da pessoa humana frente à utilização das técnicas de reprodução humana assistida. In: Letícia de Campos Velho Martel; Monica Neves Aguiar da Silva; Wilson Engelmann. (Org.). Biodireito. 1ed. Florianópolis: FUNJAB, 2012, v. 1, p. 242-269. Disponível em < <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=f7efa4f864ae9b88>> Acesso em 30 jul. 2020.

SISEMBRIO, 13º Relatório do sistema nacional de produção de embriões. ANVISA, 2020. Disponível em <<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiYmYxM2M1MTctNGE5ZC00ODdhLTk3ZTk3YTZhMzBkMjhjYjM1IiwidCI6ImI2N2FmMjNmLWMzZjMtNGQzNS04MG-M3LWI3MDg1ZjVlZGQ4MSJ9>>

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >. Acesso em 30 de jul. de 2020.

BRASIL. LEI Nº 11.105, DE 24 de março 2005. Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória nº 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10 e 16 da Lei nº 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/Lei/L11105.htm >. Acesso em 30 de jul. de 2020.

BRASIL. Decreto Nº 5.591, de 22 de novembro de 2005. Regulamenta dispositivos da Lei nº 11.105, de 24 de março de 2005, que regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição, e dá outras providências. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >. Acesso em 30 de jul. de 2020.

BRASIL. Decreto Nº 5.591, de 22 de novembro de 2005. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9434.htm >. Acesso em 30 de jul. de 2020.

OS IMPACTOS DA MORTE PRESUMIDA NO CONTRATO DE TRABALHO

Marianne Rabelo Costa³⁹

Marcelo Soares⁴⁰

Rafaela Maria de Oliveira⁴¹

RESUMO:

O objetivo precípua do presente artigo é discutir os impactos da morte presumida no contrato de trabalho, bem como traçar considerações acerca do término da personalidade jurídica em situações anormais, outrossim, as possibilidades jurídicas delineadas no ordenamento jurídico pátrio sobre o tema. Tem o escopo principal o de analisar os institutos da morte presumida, em especial os reflexos e os entraves para extinção do contrato de trabalho oriunda da necessidade da justificação de óbito, e, ainda, contextualizar e elucidar o tema analisando-se a tragédia de Brumadinho/MG e as consequências do encerramento dos contratos de trabalho. Pode-se concluir que, além das incontestáveis sequelas emocionais e sociais que os acontecimentos catastróficos acarretam, os familiares do empregado desaparecido ficam à mercê do poderio financeiro da empresa em questão.

Palavras-chave: Personalidade Jurídica. Morte presumida. Desastre. Contrato trabalhista. Pagamento das verbas rescisórias. Estabilidade jurídica.

1. Introdução

O nascimento com vida de uma pessoa, não obstante o fato de trazer sentimentos prazerosos para os familiares, também ocasiona

39 Advogada. Pós-Graduada em Direito e processo do Trabalho pela FUMEC. E-mail: mariannerabelocosta@hotmail.com.

40 Advogado. Pós-Graduando em Direito Civil e Processo Civil pela PUC MINAS. E-mail: marcelo@araujosoaresecruz.adv.br

41 Advogada. Pós-Graduada em Direito Processual Civil pela FUMEC. E-mail: rafaelamoliveiraadv@gmail.com.

um efeito jurídico de singular importância para o novo indivíduo, o qual adquire personalidade jurídica, sendo, pois, titular de direitos e obrigações.

Conforme conceituação, “a personalidade é aptidão para ser pessoa, ou – o que é equivalente – aptidão para ser sujeito de direitos e de obrigações na ordem jurídica” (NERY JUNIOR; NERY, 2015, não paginado).

A personalidade jurídica se resume, pois, na característica que torna uma pessoa detentora de direitos e obrigações, aptidão esta que a faz defender sua individualidade e autonomia perante outrem.

Respectiva independência torna-se ainda mais latente quando analisada a legislação civil juntamente com a Constituição Federal, a qual elenca a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos que alicerçam toda a sociedade e a ordem jurídica vigente.

A legislação brasileira, quanto à aquisição de personalidade jurídica, é adepta da teoria natalista, a qual possui como requisito o fato unitário de nascimento com vida. Tal entendimento se encontra devidamente preconizado no artigo 2º do Código Civil (BRASIL, 2002): “Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida, mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.”

Trata-se, pois, da personalidade um atributo intrínseco e inerente à pessoa, se iniciando com o nascimento com vida e alcançando seu término com a morte.

Apesar de aparentar-se como um tema simplório, a morte de uma pessoa, no campo jurídico, detém sua particularidade, haja vista que nem sempre tal fato poderá ser comprovado na esfera real.

Desse modo, tomando como base a morte presumida do empregado, o ponto central do presente artigo é elucidar os aspectos jurídicos presentes no contrato de trabalho e seus desdobramentos.

2. Do Término Da Personalidade Jurídica – A Morte Real E Morte Presumida

A personalidade jurídica das pessoas naturais se extingue com a morte, nos termos do artigo 6º do Código Civil (BRASIL, 2002): “A existência da pessoa natural termina com a morte”.

A parte final do artigo supra dispõe que “presume-se esta, quanto aos ausentes, nos casos em que a lei autoriza a abertura de sucessão definitiva.”

Importante conceituação sobre a morte advém do jurista Fábio Ulhoa Coelho:

A morte é o fato jurídico que importa o término da pessoa natural (CC, art. 6.^o). Ao morrerem, homens e mulheres deixam de ser pessoas e sujeitos de direito. Depois de pagas todas as dívidas pendentes, seus bens serão transmitidos aos sucessores, herdeiros ou legatários. E, embora alguns dos interesses extrapatrimoniais nutridos em vida ainda continuem sob tutela, como o direito ao nome ou à imagem, não lhes poderá ser imputada a titularidade de novos direitos ou obrigações (COELHO, 2016, não paginado).

Assim, somente com a morte real termina a existência da pessoa natural, que pode ser também simultânea, chamada também de comoriência.

Segundo Carlos Roberto Gonçalves (2010, p.142-143) a morte pode ser: real, simultânea/comoriência, civil e presumida.

Quando da constatação do término da vida em situações diuturnas, com o regular cumprimento do ciclo biológico e configuração da cessação da atividade cerebral atestada por profissional médico, conforme constante na Lei nº 9.434 (BRASIL, 1997), verifica-se o instituto da morte real, a qual, segundo palavras de Cristiano Vieira Sobral Pinto (2017, p. 38) “é a que consta a declaração de óbito, e pressupõe a análise do corpo sem vida.”

A morte simultânea ou comoriência está prevista no artigo 8º do Código Civil (BRASIL, 2002), que dispõe “se dois ou mais indivíduos falecerem na mesma ocasião, não se podendo averiguar se algum dos comorientes precedeu aos outros, presumir-se-ão simultaneamente mortos.”

Neste aspecto, caracteriza-se a referida morte quando mais de um indivíduo falece na mesma ocasião, não sendo necessário que seja

no mesmo local, mas não é possível identificar qual deles faleceu primeiro.

Segundo Gonçalves, a morte civil existiu na Idade Média, principalmente para os condenados a penas perpétuas e para os que seguiam a profissão religiosa, permanecendo recolhidos. Essa situação perdurou até a Idade Moderna. Para o autor, “as referidas pessoas eram privadas dos direitos civis e consideradas mortas para o mundo. Embora vivas, eram tratadas pela lei como se mortas fossem. Foi, porém, sendo abolida pelas legislações, não logrando sobreviver ao direito moderno” (GONÇALVES, 2010, p.143).

Além disso, em situações extraordinárias, a constatação por um médico e até mesmo a verificação pessoal do término da vida de uma pessoa poderão ser de extrema dificuldade e até mesmo impossíveis de acontecer.

Tal cenário pode ser exemplificado quando da ocorrência de acidentes em que pessoas, mesmo comprovadamente sendo vítimas da tragédia, não tem o seu corpo examinado, seja pelas dificuldades de localização ou até mesmo pela inexistência de vestígios materiais face ao total exaurimento pelo fogo, água ou qualquer outro elemento.

Para tais situações, o ordenamento jurídico estabeleceu o instituto da morte presumida, a qual poderá ser declarada com a análise de indícios e meios de prova que atestem seguramente a ocorrência do fato.

A linha de pensamento ora narrada é ratificada pelo doutrinador supracitado, o qual diante da pertinência e relevância, cita-se neste momento:

Nem sempre, porém, essa condição de fato se apresenta. Há pessoas que morrem em situações excepcionais, quando as formalidades e cautelas próprias à documentação do evento simplesmente não se podem adotar. Nesses casos, a ordem jurídica presume a morte da pessoa. A morte presumida é sempre declarada pelo juiz, após se convencer, pelas provas reunidas pelos interessados no processo judicial, que estão presentes os requisitos legalmente estabelecidos para considerar alguém morto, mesmo sem saber do paradeiro do cadáver (COELHO, 2016, não paginado).

Por se tratar de fato com extrema importância e efetividade na esfera jurídica da pessoa, a morte presumida deverá somente ser proclamada após o exaurimento da situação fática apresentada, e conforme preceitos dos juristas Nery Junior e Nery (2015, não paginado), deve ser “cercado dos cuidados que lhe confirmam credibilidade, para o bem da segurança jurídica de todos. ”

Nota-se que a constatação e reconhecimento judicial da morte, mesmo em casos de tragédias de grande publicidade pela mídia e convivência social, trata-se de medida com ampla pertinência e importância para os familiares da pessoa vitimada, haja vista que sem a certificação formal do término da personalidade jurídica, eventuais direitos sucessórios, trabalhistas, garantias previdenciárias ou quaisquer outros atos atrelados ao óbito ficarão sobrestados e sem possibilidade de produzir efeitos.

O instituto da morte presumida vem previsto no ordenamento jurídico pátrio como uma “solução” para a configuração do término da personalidade jurídica de alguém que, por determinadas razões, não pode ter sua morte real constatada.

A referida constatação do óbito de natureza presumida tratar-se-ia de um gênero, sendo existente objetivamente três espécies: Morte Presumida com decretação de ausência; Morte presumida sem decretação de ausência – Presunção de óbito; Morte presumida – Certeza de óbito. Essas três espécies serão apresentadas e explicitadas a seguir.

2.1. Morte Presumida Com Decretação De Ausência

Nesta primeira espécie de reconhecimento da morte presumida, parte-se do pressuposto de que a pessoa para a qual seja declarada o óbito tenha, simples e puramente, desaparecido.

O referido instituto tem previsão no artigo 6º, bem como no artigo 22 e seguintes do Código Civil (BRASIL, 2002), sendo que em tal situação a pessoa desaparece de seu domicílio, sem qualquer informação de seu eventual destino e deixa patrimônio que fica sem administração, seja por ausência de mandatário ou por inexistência de vontade desse em continuar para com o encargo.

Conforme Sílvia de Salvo Venosa (2003, p. 191), a declaração de ausência neste caso tem como escopo principal “a proteção do patrimônio do desaparecido, levando à sucessão provisória e à sucessão definitiva.”

Não obstante o fato de que a declaração da morte por ausência irá solver situação na esfera afetiva dos envolvidos, haja vista que irá reconhecer o término da personalidade jurídica daquele cujo paradeiro não mais se conhece, a situação jurídica envolvendo os bens patrimoniais será devida e gradativamente abarcada, sendo este o ponto central do instituto.

2.2. Morte Presumida Sem Decretação De Ausência – Presunção De Óbito

A espécie de morte presumida em comento tem previsão legal no artigo 7º do Código Civil (BRASIL, 2002), e é configurada quando a probabilidade do óbito for extremamente elevada.

Art. 7º Pode ser declarada a morte presumida, sem decretação de ausência:

I – se for extremamente provável a morte de quem estava em perigo de vida;

II – se alguém, desaparecido em campanha ou feito prisioneiro, não for encontrado até dois anos após o término da guerra.

Parágrafo único. A declaração da morte presumida, nesses casos, somente poderá ser requerida depois de esgotadas as buscas e averiguações, devendo a sentença fixar a data provável do falecimento.

Conforme análise literal do dispositivo supracitado, na primeira hipótese caracterizadora dessa espécie de morte presumida a pessoa para a qual se almeja reconhecer o óbito deve experimentar perigo de vida e ser extremamente provável a sua morte.

No inciso II do mesmo artigo verifica-se a possibilidade da declaração da morte presumida quando aquele que estivera participando de campanha ou feito prisioneiro, não for localizado dentro de lapso temporal de 2 anos após o término da guerra.

Mantendo o enfoque na primeira situação, a análise nos leva a concluir que, apesar do óbito ser fato dotado de grande probabilidade, o mesmo não possui o atributo de absoluta certeza, ponto este o principal diferenciador da espécie prevista no artigo 88 da Lei nº 6015/73 (Lei de registros públicos).

Importante parecer doutrinário de Vitor Frederico Kumpel (2016) é apresentado em tal sentido:

Nesse caso (ausência de cadáver), estar-se-á diante de morte presumida com ausência (arts. 22 a 39 do Código Civil) ou morte presumida sem ausência com elevada probabilidade da morte (art. 7º do Código Civil) ou morte presumida sem ausência com absoluta certeza da morte (art. 88 da Lei dos Registros Públicos – justificação de óbito). Deve-se observar um pouco mais atentamente essas situações, até para análise do desfecho deste trabalho na última coluna de série.

Tal situação de distinção ainda pode ser obtida quando da análise do parágrafo único do artigo 7º do Código Civil (BRASIL, 2002), o qual exige também como requisito ensejador da morte presumida o esgotamento das buscas e averiguações, o qual, sendo interpretado literalmente leva a conclusão de que a morte não é certa, haja vista que procedimentos de ajuda e resgate foram necessários no fato em questão e só ocorreram, pois, face à possibilidade da existência de vida.

Outro ponto bastante interessante que distingue os referidos institutos é a análise do evento fatídico que estará exposta a pessoa para a qual se almeja declarar o óbito, sendo nesta situação o perigo de vida, e naquela a ocorrência de uma catástrofe.

O perigo de vida pressupõe um estado de agonia e gravidade preexistente à situação de provável morte da pessoa que se encontrava em tal situação, já a catástrofe implica circunstância totalmente inversa, ou seja, de total tranquilidade e calma, a qual é drasticamente violada por algum fato que se desprende da vontade humana.

Assim sendo, não obstante a proximidade dos institutos da morte presumida previstos no artigo 7º do Código Civil (BRASIL, 2002) para com a justificação de óbito esculpida no artigo 88 da Lei de Registros

Públicos (BRASIL, 1973), estes são conceitos totalmente distintos conforme pode-se concluir através da análise dos itens diferenciadores totalmente pertinentes e relevantes para a classificação e subsunção à situação fática ocorrida.

Insta salientar ainda que nesta espécie não ocorrerá a decretação da ausência, situação esta que somente acontecerá naqueles casos previstos no artigo 6º, 22 e seguintes do Código Civil (BRASIL, 2002), hipótese abordada no item anterior ao presente.

2.3. Morte Presumida – Certeza De Óbito – Justificação – Lei Nº 6015/73

Em análise incipiente de tal espécie, depara-se com uma contradição na própria terminologia e definição do instituto, considerando-se que para a configuração dessa morte presumida a certeza da ocorrência do óbito é requisito indispensável, o que levaria, em atividade silogística, a concluir então que o término da personalidade jurídica seria certo e não, pois, presumido.

A diferenciação desta espécie “sui generis” de morte presumida para com a morte real se funda no ponto de que nessa a constatação da cessação da atividade cerebral devidamente atestada por profissional médico é efetivamente realizada, com a existência de um corpo e consequente expedição de atestado médico, naquela tal diligência se mostra impossível por particularidades ocorridas na situação fática.

Assim sendo, como o requisito de atestar a morte previsto na lei nº 9.434/97 não se configura, a situação ora em comento, apesar de se substancializar o óbito, trata de espécie de morte presumida.

O instituto da morte presumida possui respectiva previsão legal na Lei de Registros Públicos, de nº 6.015/73, mais precisamente no artigo 88:

Art. 88. Poderão os Juizes togados admitir justificação para o assento de óbito de pessoas desaparecidas em naufrágio, inundação, incêndio, terremoto ou qualquer outra catástrofe, quando estiver provada a sua presença no local do desastre e não for possível encontrar-se o cadáver para exame.

Parágrafo único. Será também admitida a justificação no caso de desaparecimento em campanha, provados a impossibilidade de ter sido feito o registro nos termos do artigo 85 e os fatos que convençam da ocorrência do óbito.

Em análise do caput do artigo, que define uma das hipóteses da referida espécie, pode-se concluir que um dos requisitos necessários para a utilização do procedimento de justificação se funda na situação fática ocorrida, sendo ela de natureza extraordinariamente grave e atípica, além da comprovada presença da pessoa no local do evento danoso e a impossibilidade de se localizar o corpo.

O preceito legal ora em comento também prevê a possibilidade do reconhecimento da morte presumida em casos de pessoas participantes de campanha, desde que provada a impossibilidade de registro conforme preconizado no artigo 85 do mesmo diploma, o qual elenca que os registros deverão ser feitos em livro próprio a serem manuseados pelos responsáveis da corporação militar correspondente.

Seguindo o enfoque delineado no caput do mesmo, percebe-se de forma translúcida que em virtude de o acontecimento da natureza ser dotado de tamanha gravidade, a morte daqueles que comprovadamente estiveram presentes no local é dotada de certeza e indubitabilidade.

Este é, conforme anteriormente delineado, o principal ponto de diferenciação da morte presumida prevista no artigo 7º do Código Civil (BRASIL, 2002), haja vista que prescinde do esgotamento das buscas e averiguações, situação em que se concluiu que a morte é provável, mas não é certa.

Novamente apresenta-se a ideia do jurista Vitor Frederico Kumpel (2016) que ratifica o entendimento:

Percebe-se que a situação que atrai a incidência do art. 88 da Lei 6.015/73 é consideravelmente mais gravosa que aquelas descritas nos incisos do art. 7º do Código Civil. Há quem afirme, contudo, que ambas as “mortes” são iguais, isto é, que as hipóteses do art. 7º do CC/02 e do art. 88 da LRP seriam exatamente as mesmas. Respeitada a opinião contrária,

repita-se aqui com rigor: são situações distintas. Morte presumida é morte altamente provável; morte do procedimento de justificação é morte dotada de certeza absoluta. Essa conclusão é facilmente obtida pela leitura do art. 7º, no seu parágrafo único/CC. A própria dicção do dispositivo ora mencionado diz claramente “depois de esgotadas as buscas e averiguações”, de sorte que se são necessárias buscas e averiguações, é porque não há certeza absoluta da morte, não sendo possível a lavratura de um assento de óbito, o que implicaria em imediato perdimento de bens por parte do desaparecido.

Quanto à configuração do evento trágico que permite a aplicação do instituto da justificação de óbito e caracteriza a morte presumida, acertadamente fez previsão o legislador de um rol exemplificativo, quando da análise do termo “qualquer outra catástrofe”, permitindo-se assim a aplicação do dispositivo em eventos com elevada gravidade.

Importante ainda se destacar que, em conjunto com a ocorrência do evento catastrófico, não obstante a impossibilidade de encontrar o corpo para a realização de exames, se faz necessária a devida comprovação de presença da pessoa cujo óbito se queira declarar no local, sendo requisito imprescindível e dotado de absoluta necessidade de certeza.

Conforme anteriormente explanado, a espécie de morte abordada no presente tópico se refere ao óbito presumido, se diferenciando do gênero real pois a constatação da cessação da atividade cerebral, com o atesto por profissional médico, trata-se de diligência impossível por razões circunstanciais, situação fática esta que se trata de requisito positivado na parte final do caput do artigo 88 da Lei nº 6015 (BRASIL, 1973).

O instituto da morte presumida oriundo da justificação de óbito é espécie de óbito cuja aplicação se faz necessária e imprescindível em situações calamitosas praticamente insolúveis no campo fático, sendo de salutar importância e até mesmo se tornando medida essencial em tais casos.

2.4. Natureza Do Provimento Judicial

Ponto que merece destaque na análise do presente instituto é constatar a natureza jurídica do provimento judicial que será concedido, haja vista que os efeitos a serem produzidos serão de extrema importância para os interessados.

O procedimento de justificação de óbito possuía previsão legal no artigo 861 e seguintes do Código de Processo Civil (BRASIL, 1973), tendo sua positivação alterada para o artigo 381, § 5º da nova legislação de 2015.

Quando da análise do instituto na legislação revogada, mais precisamente do artigo 866, constata-se que o procedimento apresentado para a aplicação da jurisdição seria de natureza não exauriente no contexto material, limitando-se única e exclusivamente na verificação do preenchimento dos requisitos e formalidades legais.

Art. 866. A justificação será afinal julgada por sentença e os autos serão entregues ao requerente independentemente de traslado, decorridas 48 (quarenta e oito) horas da decisão.

Parágrafo único. O juiz não se pronunciará sobre o mérito da prova, limitando-se a verificar se foram observadas as formalidades legais.

O preceito legal que estabelece a justificação judicial no ordenamento pátrio atual segue a mesma sistemática do texto revogado, conforme a seguir se expõe:

Artigo 381(...) § 5o Aplica-se o disposto nesta Seção àquele que pretender justificar a existência de algum fato ou relação jurídica para simples documento e sem caráter contencioso, que exporá, em petição circunstanciada, a sua intenção.

Artigo 382(...) § 2o O juiz não se pronunciará sobre a ocorrência ou a inoccorrência do fato, nem sobre as respectivas consequências jurídicas.

Pode-se concluir, com uma análise gramatical dos dispositivos que o provimento judicial não se ocupará de analisar o mérito da questão fática apresentada, nem irá constituir um estado jurídico ou até mesmo modificará uma relação, mas tão somente irá declarar uma situação para que esta sirva, eventual e futuramente, para o exercício de outros direitos.

Assim sendo, a natureza do provimento judicial é puramente declaratória, tendo, pois, nos ensinamentos de Elpídio Donizetti (2017), “por objeto simplesmente a declaração da existência ou inexistência de relação jurídica”.

A consequência lógica e totalmente pertinente de constatar a natureza declaratória do provimento em casos de justificação de óbito é assegurar de que os efeitos do óbito que será declarado pelo julgador irão retroagir até a data auferida por este.

Nota-se que, não obstante a previsão legal da justificação judicial do óbito, sua abrangência é extremamente breve, concisa e consequentemente, lacônica, haja vista que não define em qual momento a morte do interessado será declarada.

Para tal questão, importante se faz utilizar da analogia para com a hipótese da morte presumida delineada no artigo 7º do Código Civil (BRASIL, 2002), mais precisamente em seu parágrafo único, o qual define que a sentença deverá fixar a data provável do falecimento.

Assim sendo declarada a morte da pessoa que fora vitimada em tragédia ou catástrofe, sem a devida localização, através do procedimento de justificação de óbito, estarão os interessados aptos a proceder as consequências legais e jurídicas que tal fato repercute, seja em esfera de sucessão, no campo previdenciário e no caso nas relações trabalhistas ou de outra área de interesse, resolvendo-se, pois, um ponto de extremo sofrimento pessoal e sensibilidade jurídica.

Conforme proposta inicialmente delineada, o presente artigo visa subsumir o instituto da morte presumida para com a ocorrência de óbitos em catástrofes, incluindo, pois, situações fáticas reais naquelas delineadas na letra abstrata da lei e como as empresas deverão proceder em situações da morte de seus empregados em catástrofes.

3. Do Encerramento Da Relação De Emprego Pela Morte

Nesta seção será analisada a questão das verbas rescisórias quando findo o contrato de trabalho por confirmação do óbito do empregado.

3.1. Das Verbas Rescisórias

O contrato de trabalho será imediatamente rescindido quando confirmado o óbito do empregado, como ensina o Doutrinador Delgado (2019, p. 340):

É que sendo personalíssima a obrigação de prestar os serviços, ela não se transmite a herdeiros e sucessores. A morte do empregado, portanto, dissolve, automaticamente, o contrato entre as partes. Pelas mesmas razões, tornando-se inviável a prestação pessoal do trabalho, no curso do contrato, por certo período (ainda que sem substituição do empregado), incidem as normas de suspensão ou interrupção do pacto empregatício, conforme a hipótese ensejadora do afastamento (DELGADO, 2019, p. 340).

Para o mencionado Doutrinador, a rescisão do contrato de trabalho por morte do empregado pode ocorrer em duas modalidades.

A primeira, trata-se de morte do empregado por motivos alheios à relação empregatícia, não podendo ser considerada dispensa imotivada, veja-se:

h) Morte do empregado ou do empregador-pessoa natural — Trata-se de duas modalidades distintas de dissolução do contrato.

A primeira causa (morte do empregado) provoca, necessariamente, o fim do contrato de trabalho. Isso ocorre em virtude da pessoalidade inerente a esse contrato: sendo infungível a pessoa do trabalhador, extingue-se, automaticamente, a relação de emprego com seu falecimento.

Este tipo de término contratual exclui, é claro, as verbas rescisórias inerentes à dispensa injusta, que não houve. Desse modo, o empregador deverá ao espólio apenas o 13º salário proporcional e as férias proporcionais e seu terço. Caberá, ainda, o pagamento do saldo salarial, se existente, e demais parcelas vencidas com o fim do contrato (por exemplo, férias simples), ou parcelas já em mora (férias vencidas, em dobro, por exemplo).

Os depósitos de FGTS serão liberados para os dependentes previdenciários do obreiro e, em sua falta, os herdeiros existentes, indicados em alvará judicial (art. 20, IV, Lei n. 8.036/90).

O presente fator não enseja, é claro, indenizações rescisórias, de parte a parte: não cabe a parcela dos artigos 479 ou 480, da CLT, nem os 40% sobre o Fundo de Garantia; não há que se falar também em aviso-prévio (DELGADO, 2019, p.1358-1359).

A segunda modalidade quanto à rescisão contratual, ocorre quando a morte do empregado por consequência de conduta dolosa da empregadora, em virtude de um acidente do trabalho, por exemplo. Neste caso, com fulcro no artigo 483, “c”, da CLT (BRASIL, 1943), considera-se falta empresarial ao colocar o trabalhador em “perigo manifesto de mal considerável”, por isso a rescisão será pela modalidade indireta, como leciona o honrado professor:

Registre-se que a morte do empregado em decorrência do risco sofrido no ambiente de trabalho, por culpa do empregador, enquadra-se, sem dúvida, na presente falta, ensejando o pagamento de todas as verbas inerentes à rescisão indireta. Conforme já foi exposto no Capítulo XXVIII, item VI.2.A. “h”, o falecimento do obreiro, sem culpa empresarial, leva à inevitável extinção do contrato, com a óbvia exclusão das verbas da dispensa injusta, que não houve. Entretanto, se a morte tiver sido provocada culposamente pela empresa, em virtude de más condições laborativas ou falta das necessárias medidas de profilaxia ou segurança, a solução jurídica será evidentemente distinta. Afinal, o art.

483, “c”, da CLT, considera transgressão empresarial simplesmente colocar o trabalhador em perigo manifesto de mal considerável: se este perigo se consuma com a morte do obreiro, torna-se ainda mais clara a gravíssima infração cometida, ensejando a incidência das compatíveis verbas rescisórias do referido preceito celetista (DELGADO, 2019, p. 1461-1462).

Assim, ocorrendo a morte por culpa do empregador a rescisão do contrato de trabalho será a modalidade indireta, nos termos art. 483, “c”, da CLT (BRASIL, 1943), sendo devidas à título de verbas rescisórias: saldo de salário, aviso prévio indenizado, férias com 1/3, 13º salário, FGTS acrescido da multa de 40%, liberação das guias para saque do FGTS depositado.

4. Do Caso “Vale”, Em Brumadinho/MG

No dia 25 de janeiro de 2019, uma barragem de rejeitos localizada na região do Córrego do Feijão, no município de Brumadinho, estado de Minas Gerais, drasticamente se rompeu e ocasionou um desastre de grandes proporções.

O rompimento foi o maior acidente de trabalho no Brasil, considerando o número de perdas de vidas humanas e o segundo maior desastre industrial do século. Além disso, foi um dos maiores desastres ambientais da mineração do país, depois do rompimento de barragem em Mariana, também em Minas Gerais.

Não obstante o sentimento de total reprovabilidade social que a tragédia alcançou em âmbito mundial, a situação ocasionada pelo rompimento da barragem acarretou certamente problemas jurídicos em dimensões diretamente proporcionais ao evento pois, além de deixar milhares de pessoas sem condições de desenvolver uma vida digna, lhes ceifaram a vida de familiares e amigos dentre os quais, muitos, ainda permanecem desaparecidos.

A não localização dos corpos vitimados ocasiona, na esfera jurídica, a total impossibilidade de produção dos efeitos de tal óbito na redoma de vida dos familiares, os quais não podem exercer os direitos

sucessórios oriundos do término da personalidade daqueles e acabam por permanecer em estado lamacento de incerteza e irresolução jurídica.

Nesta situação de total desamparo surge o instituto da morte presumida, objeto central do presente trabalho, em especial para análise do encerramento das relações trabalhistas, pagamento das verbas rescisórias, viabilidade de ação de consignação em pagamento, instituto o qual certamente auxiliará os familiares e a empresa a realizar os procedimentos judiciais pertinentes e efetivamente exercerem os direitos que lhes são oriundos.

4.1. Dos contratos de trabalhos dos empregados desaparecidos

Como explicitado alhures, o fato do corpo do empregado e as buscas não terem sido encerradas inviabiliza a declaração de óbito.

Logo, não havendo a certidão de óbito, os familiares ficam impossibilitados de exercerem os direitos sucessórios oriundos do término da personalidade daqueles e acabam por permanecer em estado lamacento de incerteza e irresolução jurídica.

Diante disso, os contratos de trabalhos dos empregados da empresa Vale S/A e de empresas terceirizadas permanecem em vigor até que seja expedida a certidão de óbito.

E em virtude disso, a empresa em referência se dispôs a pagar os salários dos empregados, próprios e terceirizados, cujos os corpos ainda não foram localizados, conforme acordo entabulado nos autos do processo número 0010080-15.2019.5.03.0142, perante a 5ª Vara do Trabalho de Betim/MG, em que ajustou:

ACORDO PARCIAL:

I - DEPÓSITO DAS VERBAS RESCISÓRIAS DOS EMPREGADOS FALECIDOS CUJOS CORPOS JÁ TENHAM SIDO IDENTIFICADOS, DE EMPREGADOS DA VALE E DE EMPRESAS TERCEIRIZADAS DA VALE; BEM ASSIM, O DEPÓSITO DOS SALÁRIOS DOS EMPREGADOS DA VALE E EMPRESAS TERCEIRIZADAS CUJOS CORPOS ESTEJAM DESAPARECIDOS

I.I - Serão efetuados, observando os dependentes habilitados perante a Previdência Social, no prazo de até 15 dias úteis após a ciência da Vale acerca da resposta ao Ofício dirigido, por esta Vara, à Previdência Social, e, na sua falta, no prazo de até 05 dias úteis, aos dependentes dos planos de saúde da Vale ou das terceirizadas, e em último caso, através de ação de consignação em pagamento distribuída por dependência a este processo e a esta 5ª Vara do Trabalho de Betim/MG.

I.II - Doravante, esse critério de pagamento das verbas rescisórias constantes do item I.I também será observado pela Vale com relação ao pagamento dos salários dos empregados dela e das empresas terceirizadas cujos corpos estejam desaparecidos, reconhecendo como válidos os critérios de pagamentos informados pela Vale até o momento, conforme informado no item III.A da petição de ID 647af4e. (BETIM, TRT 3ª Região. 0010080-15.2019.5.03.0142, Juiz do Trabalho Ordenisio Cesar dos Santos, 2019).

Assim verifica-se que a empresa Vale S/A ajustou o pagamento dos salários dos empregados desaparecidos, próprios e terceirizados, àqueles dependentes habilitados perante a Previdência Social ou aos dependentes cadastrados nos planos de saúde da Vale ou empresa terceirizada, e, por último proceda o pagamento por meio de ação de consignação em pagamento.

Portanto, entende-se que somente após a emissão da confirmação do óbito, que poderá ocorrer após a localização dos corpos ou quando encerradas as buscas no local da tragédia, por meio de decisão judicial, é que os contratos de trabalho dos empregados serão efetivamente encerrados, e, por conseguinte será procedido o pagamento das verbas rescisórias e demais direitos a que o empregado falecido tem direito.

Em que pese as delongas dos procedimentos da localização dos corpos, encerramento das buscas e, por conseguinte, um reconhecimento judicial da morte do empregado, entende-se que este seria o procedimento mais seguro tanto aos familiares das vítimas, quanto a empresa, uma vez que garante o mínimo existencial aos herdeiros e

segurança jurídico à empresa quanto ao pagamento das verbas trabalhistas dos empregados desaparecidos.

4.2. Da possibilidade de pagamento em ação de consignação em pagamento

No caso em comento em que há inúmeros desaparecidos em decorrência do rompimento da barragem de rejeitos de mineração da empresa Vale S/A em Brumadinho/MG, a continuidade em efetuar o pagamento dos salários dos empregados ainda não localizados é condizente com o porte da empresa empregadora, uma vez que sua atividade empresarial é reconhecida mundialmente, além de ser alicerce econômico para o estado de Minas Gerais. Portanto, é uma empresa de grande poderio financeiro.

No entanto, caso se tratar de empresa de pequeno porte, sem condições de arcar com os salários dos empregados desaparecidos até que tenha a declaração de óbito, sugere-se utilizar da ação de consignação em pagamento a fim de quitar as verbas rescisórias, sendo que neste caso deve-se ser ajuizada face ao empregado e seus dependentes habilitados em eventual plano de saúde ou seguro de vida ou mesmo perante a Previdência Social.

5. Considerações Finais

O presente artigo teve como ponto central elucidar os aspectos jurídicos presentes no contrato de trabalho e seus desdobramentos quando ocorre a morte de uma pessoa não sendo possível sua comprovação na esfera real.

Os acontecimentos catastróficos no ambiente de trabalho que resultam na presunção de morte do empregado, inevitavelmente ocasionam diversas sequelas jurídicas no âmbito dos direitos trabalhistas, já que, sem a confirmação da morte do empregado, o empregador está diante de uma instabilidade jurídica, não havendo certeza quanto a continuidade do contrato de trabalho e as consequências jurídicas de uma eventual rescisão contratual.

Do outro lado, estão os familiares do empregado desaparecido que, além de todo abalo emocional decorrente do desastre, encontram-se à mercê do poderio da empresa quanto ao pagamento das verbas trabalhista a que o ente querido possuía direito.

Diante da incerteza da morte do empregado, pode a empresa quitar os salários aos familiares até que o empregado seja localizado ou se valer da ação de consignação em pagamento perante a Justiça do Trabalho para quitar as verbas trabalhistas a que o empregado tem direito.

6. Referências

BETIM. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Ata de audiência realizada em 15 de fevereiro de 2019, na sala de sessões da MM. 5ª Vara Do Trabalho De Betim/MG. 0010080-15.2019.5.03.0142. Juiz do Trabalho Ordenisio Cesar Dos Santos, 2019). Disponível em <<https://pje-consulta.trt3.jus.br/consultaprocessual/detalhe-proceso/00100801520195030142>> Acesso em 27 jul. 2020. BRASIL. Decreto-lei nº 5.452, de 01 de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Diário Oficial da União. Rio de Janeiro, 1943. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em 27 jul. 2020.

BRASIL. Lei nº 6.015 de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos e dá outras providências. Diário Oficial da União. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm>. Acesso em 27 julho. 2020.

BRASIL. Lei nº 9.434, de 05 de fevereiro de 1997. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante, e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9434.htm>. Acesso em: 27 de julho de 2020.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União. Brasília, 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 27 jul. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 27 de julho de 2020.

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Civil parte geral. 1ª ed. em e-book baseada na 8ª ed. impressa. Revista dos Tribunais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. Não paginado.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. Obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores. 18. ed.— São Paulo. LTr, 2019.

DONIZETTI, Elpídio. Classificação e efeitos das sentenças definitivas. 2017. Disponível em <<http://genjuridico.com.br/2017/07/05/classificacao-e-efeitos-das-sentencas-definitivas>>. Acesso em 27 julho. 2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, volume 1: parte geral – 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

KUMPEL, Vitor Frederico. et al. O caso Eliza Samúdio e a revogação de certidão de óbito – uma abordagem interdisciplinar – parte II, 2016. Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/Registralhas/98,-MI247906,51045-O+caso+Eliza+Samudio+e+a+verogacao+de+certidao+de+obito+Uma+abordagem>>. Acesso em 04 jul. 2020.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Comentários ao código de processo civil – 2ª tiragem. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. Não paginado.

PINTO, Cristiano Vieira Sobral. Código civil anotado. 2ª ed. São Paulo: Editora Juspodium, 2017.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil – parte geral. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

DANO MORAL E O DIREITO DE FAMÍLIA

*Barbara Rezende Malard Leite*⁴²

*Rafaela Villela Scarassatti*⁴³.

RESUMO:

O presente artigo discorre sobre o Dano Moral e suas características. Como também, apresenta a possibilidade da indenização do dano moral no âmbito familiar. Tendo em vista que as relações familiares, além do vínculo sanguíneo, são baseadas em aspectos intrínsecos das relações humanas. Ademais, a quebra do vínculo que une a família, por um ente que a ela pertence, provoca um dano na alma da pessoa humana.

Palavras-chave: Dano Moral. Direito de Família. Dignidade da pessoa humana.

1. Introdução

Traduz-se pelo instituto do dano moral, peça fundamental na abrangência da responsabilidade civil, ofensa ou prejuízo causado a outrem de forma a atingir sua dignidade moral ou interferir de forma significativa em sua saúde psíquica.

Nas palavras de Hans Albrecht Fisher, vislumbra-se o conceito do dano da seguinte forma: “todo prejuízo que alguém sofre na sua alma, corpo ou bens, quaisquer que sejam o autor e a causa da lesão”⁴⁴.

Das diversas formas de caracterização de dano, no que tange a consubstanciação do dano moral, adverte-se à necessidade da caracterização de um acontecimento que fuja à normalidade das situações,

42 Graduada em Direito pela FMD – PUCMINAS. Especializanda em Direito Civil pela PUCMINAS. Especialista em Direito Constitucional pelo IPEMIG. barbaramalard@gmail.com.

43 Graduada em Direito pela PUCMINAS. Especializanda em Direito Civil pela PUCMINAS. rafaela.scarassatti@gmail.com.

44 FISCHER, Hans Albrecht. A reparação dos danos no direito civil. Coimbra: A. Amador, 1938. p. 7

interferindo no comportamento psicológico de forma significativa e séria, onde é possível verificar a superação do mero descontentamento.

Consistindo peça fundamental para dirimir questões acerca da honra e dignidade, tornou-se objeto de insistente provocação dos tribunais, sendo suscitado em diversos aspectos, seja no tocante à sua teoria; aplicação ou efeitos.

Em sua amplitude, verifica-se a consumação do dano moral nos diversos campos do direito civil, resultando, em pluralidade das reparações pecuniárias. No âmbito do direito familiar, este evidencia-se no terreno das relações afetivas, sejam elas decorrentes de uniões estáveis, matrimônios, relações entre genitores e filhos, ou concubinárias, pelas quais as condutas dos envolvidos findam por provocar a responsabilização por danos de natureza moral.

Dessa forma, consolidada através de práticas decorrentes de violações dos deveres impostos ao instituto familiar, que possibilitam a indução do prejuízo psíquico, bem como ofensa à moral, efetiva-se a necessidade da busca pela reparação. Neste cenário, enfatiza-se aspectos de constante discussão, dos quais, doutrinariamente, a titularidade da legitimidade ad-causam e a consubstanciação da prova do dano, bem como, jurisprudencialmente, a quantificação atribuída ao dano, uma vez que o quantum indenizatório possui grande divergência caso a caso.

Destarte, a presente obra intenta o estudo sobre os aspectos que emergem da conduta causadora do dano moral advinda das relações familiares, aos quesitos necessários à busca pela reparação judicial, por fim a consubstanciação da ofensa e reparação ao ofendido.

2. Do Dano Moral

2.1. Conceituação e características

Conceitua-se juridicamente como dano qualquer lesão injusta a componente do complexo de valores protegido pelo ordenamento jurídico, seja ele no aspecto material, seja no aspecto moral.

No tocante à diversificação do acervo de bens tutelados, extrai-se componentes que integram além do patrimônio material, como os bens extrapatrimoniais que consistem todos os aspectos e direitos da personalidade, tais como o sentimento, a honra, a boa fama, o nome, a liberdade, dentre outros.

Preconiza o código civil, em seu artigo 186, “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Assim, a consubstanciação do dano moral é resultante da ofensa aos bens que integram o conjunto psíquico, a integridade moral e a dignidade humana.

Valéria Silva Galdino Cardin conceitua-o como a diminuição dos direitos da personalidade e da família, veja-se: “Hodiernamente, o dano não consiste apenas na diminuição ou subtração de um bem jurídico material, mas também extrapatrimonial, como os direitos da personalidade e os direitos de família.”⁴⁵.

Para Wilson Melo da Silva, define-se como dano moral todo o conjunto daquilo que integra o patrimônio da pessoa natural de direito que não se pode aferir valor econômico. Pode-se consuma-lo também na alteração do estado anímico, em outras palavras, o dano moral é caracterizado pela dor em seu sentido mais amplo, englobando não apenas a dor física, mas também o sentimento de tristeza, amargura, angústia, vergonha e humilhação.

Diferente do dano material, no que tange à valoração, embora não seja suscetível de aferição econômica, o dano moral é suscitado perante os tribunais de forma a buscar a compensação da injustiça sofrida pelo ofendido, resultando, na maioria das vezes, em multa pecuniária. Cenário com vasta discussão jurisprudencial, uma vez que não se pode valorar com exatidão a dor da vítima, cabendo ao magistrado o juízo do quantum indenizatório.

A doutrina segmenta o dano moral em duas sub-classes, quais sejam, dano moral objetivo e dano moral subjetivo. O primeiro, denominado impuro, perfaz a manifesta relação pessoa-sociedade, ver-

45 CARDIN, Valéria Silva Galdino. Dano moral no direito de família. Editora Saraiva. 2012. p. 16.

sando sobre condição social, tal como fama, honra, reputação. Já o dano moral subjetivo, denominado puro, insere-se na órbita psíquica interna do ofendido, ou seja, versa de forma introspectiva sua moral e individualidade.

Classificasse-o, outrossim, em permanente ou transitório da seguinte forma:

No que diz respeito ao tempo, o dano se apresenta como transitório ou permanente. O dano transitório é aquele no qual a lesão não permite que a vítima exerça as atividades rotineiras por um período determinado. Já o dano permanente é aquele em que não há perspectiva de a vítima retornar ao status quo ante. A avaliação é efetuada no momento em que se consolida a lesão.⁴⁶

Assim, no que tange especificamente ao dano moral, o dano permanente se consolida no momento em que a vítima se defronta a uma violação perdurável à sua honra ou um abalo psíquico irreparável. Já o dano transitório lesiona o ofendido de forma provisória e passível à reparação.

Portanto, configurado o dano moral, a fim de que seja efetuada a busca por sua reparação, importante frisar o instituto da responsabilidade civil, que concede ao ofendido o direito de postular que o ofensor se obrigue a reparação do dano causado na medida em que lhe é atribuído a execução do dano.

2.2. Da Responsabilidade Civil

Preceitua-se pelo princípio non nemine laedere a condição de que ninguém possui o direito de lesar. Dessa forma, consiste em um dos princípios basilares e iniciais no âmbito civil, o qual gera o direito de ressarcimento pelo lesado.

Em se tratando da responsabilidade civil, quesito essencial à busca do reparo postulado perante o juízo, sabe-se que o responsável a responder pelo dano será imperiosamente o causador da ofensa, in-

⁴⁶ CARDIN, Valéria Silva Galdino. Dano moral no direito de família. Editora Saraiva. 2012. p. 17.

dependente de dolo ou culpa, tendo ocorrido de forma direta ou indireta.

Em toda a abrangência do acervo jurídico estipula-se a importância de imputar ao causador do ato as devidas medidas para efetiva reparação do dano, seja no âmbito civil, penal, consumerista ou até familiar. Neste último, não se exclui a obrigação de reparação e a caracterização da responsabilidade civil por se tratar de ente familiar, ou mesmo por ter ocorrido dentro do lar, seja, o causador, cônjuge, genitor, companheiro ou até mesmo filho.

Conquanto o ordenamento não disponha especificamente sobre a responsabilidade de reparação por danos morais causados a um membro da família, a jurisprudência, integrada pela apreciação da questão em todas as instâncias, já pacificou a reparação da ofensa moral e psíquica dentro do ambiente familiar, como de suma importância à devida prestação do direito à dignidade humana.

Tratam-se de lesões causadas dentro do instituto familiar, das mais comuns: abandono psíquico, material e moral decorrente de ascendentes em relação ao descendente; companheiro(a)/cônjuge que usando da agressão causa dano material e moral ao outrem; companheiro(a)/cônjuge que espalha difamação à moral de seu companheiro(a)/cônjuge; noivo(a) abandonado às vésperas do casamento, dentre outros tantos casos que acometem de forma significativa e séria a saúde psíquica e moral do indivíduo decorrente de ofensa gerada dentro do seu ambiente familiar.

Todas as narrativas elencadas acima são passíveis de indenização como forma de reparação à vítima, devendo, o causador, ser devidamente autuado através da imputação de responsabilidade a seus atos. Portanto, deve prevalecer na entidade familiar o resguardo dos direitos fundamentais a vida, a dignidade, a moral, a saúde e a filiação, a fim de que seja contemplado o princípio da dignidade humana e o dever de solidariedade e respeito.

3. Da vítima

No que tange à proteção e ao direito de postulação, importante salientar que a toda e qualquer pessoa natural de direito, capaz ou

incapaz, é conferido o direito de buscar perante a justiça a reparação quando lhe acometido fato que transcende a normalidade do cotidiano e lhe gere sofrimento.

Acerca da titularidade do direito do lesado, assevera-se seu caráter personalíssimo e intransmissível. Sendo assim, apenas ao ofendido é concedido o direito ao pedido de reparação, salvo casos de representação em que o incapaz necessita de seu representante legal. Na seara processual, tal garantia é chamada de legitimidade ad-causam.

Neste contexto ressalta-se, inclusive, o nascituro, que desde sua concepção também possui proteção pelo direito pátrio, uma vez que, após seu nascimento com vida, adquire personalidade.

Assim, amparado pela representação em juízo na forma que a lei determina, desde o nascimento com vida é conferido ao indivíduo seu direito a reivindicar o ressarcimento pelo dano moral que tenha sofrido. No cenário da referida ofensa, dentro do núcleo familiar, exemplifica-se o descendente abandonado afetivamente ou materialmente por seu genitor.

Contudo, a doutrina trata uma segmentação quando da hipótese de titularizar o direito ofendido, consubstanciando também como lesado aquele que é acometido pelo efeito reflexo do dano causado à vítima principal. Assim, é possível tratar a titularidade do direito de reparação gerada de forma direta ou indireta à ofensiva.

Tendo sido tema amplamente discutido na doutrina, Roberto A. Vázquez Ferreira define como lesado indireto: “*Damnificado directo es la propia víctima del suceso. Damnificado indirecto es aquel que no ha sido víctima directa e inmediata del suceso, pero que, en razón del hecho dañoso, experimenta una lesión en un interés propio*”.⁴⁷

O que se traduz como: O prejudicado diretamente é a própria vítima do prejuízo. Prejudicado indireto é aquele que não foi vítima direta e imediata do prejuízo, mas que, em razão do ato danoso, experimentou uma lesão em um interesse próprio.

Acerca do tema, Maria Helena Diniz enfatiza que a exigibilidade da reparação do dano é um direito que pertence a todos os que efetivamente sofreram o prejuízo, isto é, aos lesados diretos ou indiretos.

47 FERREYRA, Roberto A. Vázquez. Responsabilidade por daños: elementos. Buenos Aires: Deppalma, 1993. p. 186.

No tocante ao dano moral direto, sabe-se que este se encontra plenamente consagrado nas serventias da ordem pátria, não restando dúvidas quanto à sua aplicabilidade, já a modalidade que ofende a honra de um terceiro atingido pelo sofrimento da vítima vem sendo amplamente discutida de forma inovadora.

Isto pois, ainda que o dano se materialize de forma personalíssima, a jurisprudência tem adotado o dano moral indireto, ou também chamado de dano reflexo, àqueles que de alguma forma se sentiram significativamente lesados com o sofrimento de outrem.

Em recente julgado, a Relatora Ministra Nancy Andriighi definiu a consubstanciação do dano moral indireto, arbitrando julgado que versava o assunto, da seguinte forma:

embora o ato tenha sido praticado diretamente contra determinada pessoa, seus efeitos acabam por atingir, indiretamente, a integridade moral de terceiros. É o chamado dano moral por ricochete ou préjudice d'affection, cuja reparação constitui direito personalíssimo e autônomo dos referidos autores⁴⁸.

Assim resta evidenciado que, embora o ofensor tenha dado causa a ofensa de forma a atingir apenas o ofendido, deverá se responsabilizar também pelos danos causados de forma reflexa. Fato que translucida o direito, do terceiro lesado de forma indireta, a buscar sua reparação.

Importante frisar que não se pode confundir os ofendidos de forma direta, quando na posição de multiplicidade, com ofendidos de forma indireta. Ao lesado indireto acomete-se apenas o reflexo do sofrimento do verdadeiro ofendido. A referida situação não se caracteriza nos casos em que um acontecimento gera ofensa retilínea a mais de uma pessoa, neste caso, os dois ofendidos consagram-se como lesados diretos e possuem igualdade de direitos em buscar a reparação do dano.

No cenário elencado acima, Carlos Alberto observa que:

48 STJ - REsp: 1208949 MG 2010/0152911-3, Relator Ministra NANCY ANDRIGHI.

“[...] em casos de pluralidade de vítimas, a regra básica é a da plena autonomia do direito de cada lesado, de sorte que, nas demandas do gênero, se atribuem indenizações próprias e individualizadas aos interessados: assim acontece, por exemplo, quanto à mulher e o filho, com respeito à morte provocada do marido ou pai; na inexecução de contrato de transporte, o expedidor e o destinatário podem invocar, pessoalmente, danos ressarcíveis. Nada impede que se faça sob litisconsórcio o pleito judicial, quando admissível, mas cada demandante faz jus a indenização compatível com a sua posição.”⁴⁹

Ressalta-se ainda que não há nenhum respaldo na lei e/ou na jurisprudência que o ingresso de uma ação de reparação de danos morais indireto por um familiar exclua o pleito de outro familiar, que também entenda ter sido lesado, assim, tal pleito é possível, em concorrência, por exemplo, pelos genitores e pelo cônjuge e filhos da vítima.

No que tange a ocorrência do dano moral indireto no direito de família, ressalta-se ser situação que abrange casos que versam o dano moral direto. Isto pois, ainda que não se lesione de forma direta com o ato danoso, ao ente familiar que vivencia todo o sofrimento do ofendido, frise-se alguém que ama, resta-lhe suportar dor e sofrimento de até igual tamanho. Podendo-se enfatizar os sentimentos de afeição e solidariedade que incorrem dentro da família e dentre seus membros, que auxiliam de forma significativa na configuração do dano moral reflexo.

Neste cenário exemplifica-se a hipótese em que o filho assiste constantemente o pai batendo, difamando ou menosprezando a mãe, e em decorrência do sofrimento desta, abala-se psicologicamente de forma significativa, causando-lhe dores e traumas pelo resto de sua vida.

Inclusive, há que se salientar que, em que pese o dano moral reflexo possa ser manifestado em qualquer área do ordenamento jurídico, decorrente de situações que podem variar do penal ao consumerista, já consiste entendimento pacificado que apenas os entes fami-

49 BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 157.

liares são legitimados para requerer o ressarcimento da ofensa, sendo estes em linha reta (cônjuge, pai, filho, avós, neto, bisavós, bisnetos), ou em colateral (irmãos, tios, sobrinhos e sobrinhos-netos, tios-avós e primos).

Portanto, o dano moral indireto, no âmbito do direito familiar, se configura principalmente pela falta de garantia do mínimo que deve existir dentro de um lar, que consiste em afeto, respeito ao próximo e aos princípios éticos e morais e proteção.

4. O princípio da dignidade da pessoa humana no dano moral

Corroborando com o explanado até o momento, faz-se necessário a abordagem do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, em contexto com o dano moral.

A Constituição da República de 1988, consagrando tal princípio em seu artigo 1º, inciso III, baseia-se em premissa antropológica humanista, fazendo com que constitua um dos mais importantes fundamentos da ordem jurídica e da comunidade política.

Assim, a moralidade funciona como orientação na busca da solução mais justa perante as lides apresentadas à hermenêutica constitucional e infraconstitucional. Dessa forma, considera-se que:

Com o princípio da dignidade da pessoa humana, essa característica da interpretação constitucional se revela com clareza e intensidade. Afinal, como destacou Habermas, a dignidade da pessoa humana “forma algo como o portal por meio do qual o conteúdo igualitário-universalista da moral é importado ao direito”. Assim, a interpretação desse princípio não tem como se desvincular da moral. Daí porque é preciso reconstruir o sentido normativo do princípio da dignidade da pessoa humana, considerando o texto e o sistema constitucional vigentes, mas também os valores emancipatórios do constitucionalismo.⁵⁰

50 SARMENTO, Daniel. Dignidade da Pessoa Humana. Conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 71.

Nesses termos, pode-se analisar o significado da dignidade de três formas: status, virtude e valor intrínseco. Diante da evolução da sociedade, a dignidade era atribuída aqueles que ocupavam funções sociais privilegiadas, ou seja, o status digno era remetido àqueles pertencentes a Realeza, clero ou posição de poder perante os demais cidadãos comuns.

Apesar de toda a evolução social e a incorporação dos ideais iluministas no atual Estado Democrático de Direito, ainda é possível observar a referência da dignidade à pessoas que ocupam cargos públicos como na política e no Poder Judiciário, por exemplo.

Em seguida, observa-se o significado da dignidade como virtude, ligada a “conduta digna”⁵¹. Nesse sentido, a conduta moralmente correta e louvável da pessoa diante das situações adversas, constitui uma virtude. Assim como para Aristóteles⁵², virtuoso é o homem que, habitualmente, possui excelência de caráter, tem atitude moral adequada e age de forma correta na hora necessária.

Por fim, no Direito Contemporâneo a palavra dignidade é usada considerando sentido associado aos direitos humanos. De acordo com Daniel Sarmento:

A dignidade é empregada como qualidade intrínseca de todos os seres humanos, independentemente do seu status e da sua conduta. A dignidade é ontológica, e não contingente. Em outras palavras, todos os indivíduos que pertencem à espécie humana possuem dignidade apenas por serem pessoas. Não se admitem restrições relativas a fatores como gênero, idade, cor, orientação sexual, nacionalidade, deficiência, capacidade intelectual ou qualquer outro. E ninguém se despe da dignidade humana, ainda que cometa crimes gravíssimos, que pratique os atos mais abomináveis. O homicida e o torturador têm o mesmo valor intrínseco que o herói e que o santo. A dignidade humana, que não é concedida por ninguém, não pode ser retirada pelo Estado ou pela sociedade, em nenhuma situação. Ela é inerente à personalidade humana e, portanto, embora possa ser violada e ofendida pela ação do Estado ou de particulares, jamais será perdida pelo seu titular.⁵³

51 SARMENTO, Daniel. Dignidade da Pessoa Humana. Conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p.103.

52 Aristóteles, Ética a Nicômaco. 384 a.c.

53 SARMENTO, Daniel. Dignidade da Pessoa Humana. Conteúdo, trajetórias e

A luz destes conceitos, percebe-se que no Direito de Família, a dignidade da pessoa humana é inerente, tanto o legislador quando a jurisprudência nacional tende na proteção da pessoa, seja: nascituro, criança, adolescente, idoso, esposal, companheiro ou qualquer pessoa integrante da relação familiar.

Torna-se possível citar legislações pertinentes, como a Lei nº 8.009/90, a qual determina a impenhorabilidade do bem de família, baseando-se que toda pessoa humana, para ter uma vida digna, precisa de um imóvel onde residir sozinho ou com sua família. Protegendo, portanto, a dignidade da pessoa humana e o direito constitucional à moradia, elencado no artigo 6º da Constituição da República.

Nas palavras de Flávio Tartuce, o princípio de proteção da dignidade da pessoa humana é o ponto central da discussão atual do Direito de Família, entrando em cena para resolver várias questões práticas envolvendo as relações familiares. Concluindo, podemos afirmar, que o princípio da dignidade humana é o ponto de partida do novo Direito de Família brasileiro.⁵⁴

Diante do raciocínio de que, cada pessoa possui um valor intrínseco, amparado pelo princípio da dignidade da pessoa humana, é possível formar a premissa de que: o dano moral, constituído pela afronta aos valores intrínsecos da pessoa, varia de acordo com o ato praticado e sobre quem ele é praticado.

Nesse sentido, quando o dano moral é causado por ato de um familiar, revela-se potencialmente mais grave do que aquele provocado por terceiro estranho. Aquele ente familiar, que integra a família por laço de confiança ou sanguíneo, deveria proteger a dignidade daqueles que lhe são conexos.

No entanto, o ato estranho, daquele esperado da pessoa virtuosa no seio familiar, fere direitos morais e acaba por perturbar a valores intrínsecos da vítima. Dessa forma, passa-se a análise das possibilidades de ocorrência do dano moral nas relações familiares.

metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 104.

54 TARTUCE, Flávio. Novos Princípio do Direito de Família Brasileiro. Artigo especialmente escrito para o seminário virtual *Temas atuais do Direito de Família*, do site *Âmbito Jurídico* (www.ambitojuridico.com.br), ocorrido entre os dias 9 e 11 de maio de 2006.

5. O dano moral nas relações familiares

Feitas as considerações sobre a caracterização do dano moral, passa-se a uma breve análise de algumas de suas possibilidades dentro das relações familiares.

5.1. Dos Esponsais

De certo que, quando duas pessoas, reciprocamente se fazem a promessa de futuramente se casarem, são denominados esponsais. Em outras palavras, quando duas pessoas noivam perante si e familiares, assumindo a responsabilidade de ato preparatório para o casamento.

Obedecendo a legislação pertinente sobre a capacidade do agente, a livre manifestação do consentimento e a reciprocidade, nasce a relação jurídica entre os noivos.

Dessa forma, surgem duas teorias. A primeira, entende que a promessa do casamento é uma relação de fato, não se caracterizando como relação contratual, por isso, há o entendimento de que a reparação do dano se dá sobre a quebra da promessa, caracterizando ato ilícito. Neste viés, também existe o entendimento de que a obrigação de indenizar é de natureza extracontratual, ou seja, da Lei.

De acordo com este entendimento, o esponsal teria o direito de quebrar sua promessa, porém, o é obrigado a indenizar o outro pelos gastos feitos e pelas obrigações assumidas, ainda que morais.

A segunda teoria, contratualista, defende que a natureza do vínculo entre esponsais é contratual. Logo, mesmo que não seja um contrato no sentido formal, o é na medida em que obrigações foram assumidas. Dessa forma, da quebra de expectativa contratual nasce o dever de indenizar, incluindo a indenização pelos danos morais.

No ordenamento jurídico brasileiro, a ruptura da promessa por um dos nubentes, desde que ocorra de forma dolosa ou culposa gera o direito a indenização, baseado no artigo 5º, V e X da Constituição da República de 1988 e no artigo 186 do Código Civil.

Assim, Valéria Silva Galdino Cardin esclarece:

Para propor a ação de responsabilização, faz-se necessário: 1) que a promessa de matrimônio tenha sido manifestada pelo próprio noivo arrependido; 2) que este não tenha motivo justo para a ruptura; e, por fim, 3) que tenha havido dano. Em face do rompimento injustificado do noivado, o juiz fixará uma indenização que corresponda aos danos materiais e morais sofridos pelo nubente abandonado.

Marcelo Truzzi Otero assevera ser “mister que a promessa de casamento tenha sido ajustada pessoalmente pelos próprios noivos; que a quebra da promessa careça de justo motivo; presença de dano. São os pressupostos da ação de indenização”. [168]

Desde que haja rompimento injusto do noivado, pode o prejudicado, a despeito do silêncio da lei, reclamar a indenização do prejuízo material e moral sofrido. Contudo, se houver culpa concorrente, não há falar em indenização.

A indenização deve ser a mais ampla e abrangente, tanto que devem ser ressarcidos não só os dispêndios efetuados pelo noivo repudiado, como também quaisquer prejuízos advindos da ruptura da promessa de casamento. [169]

Acrescenta-se que podem ser pleiteados além do danos materiais e morais os lucros cessantes.⁵⁵

Nesta hipótese, aquele que se comprometeu rompe, inesperadamente o laço para com o outro. Portanto, quando por sem justo motivo o dano moral é indenizável, já que afeta diretamente a psique do outro nubente, inclusive podendo lhe causar danos psicológicos de difícil ou sem recuperação; ofendendo os aspectos mais intrínsecos de sua dignidade, lhe promovendo constrangimento fora do normal perante amigos, familiares e toda sociedade.

55 CARDIN, Valéria Silva Galdino. Dano moral no direito de família / Valéria Silva Galdino Cardin. – São Paulo: Saraiva, 2012. p.57.

Importante se faz observar que a legislação não determina os critérios para quais causas seriam consideradas justas, nesta situação. No entanto, a jurisprudência tem entendido como justo motivo: enfermidade contagiosa ou não que impossibilite a vida em comum, infidelidade, a utilização de entorpecentes, a prática de crimes, a mudança de religião, desonestidade, insolvência civil dentre outros.⁵⁶

5.2. Do Casamento anulável ou nulo

A primeira hipótese a ser abordada, trata-se do casamento putativo, na qual ocorreu a celebração do casamento aparentemente legal, sendo que havia boa-fé de pelos menos um dos nubentes, mas há circunstância que teria impedido a sua concretização.

Tais impedimentos foram criados seguindo o norte estabelecido na Constituição da República de 1988 como a dignidade da pessoa humana, a proteção da família, proteção da criança e adolescente, da boa-fé, da ética e moralidade social. Assim, estão listados no artigo 1.521 do Código Civil vigente, são eles:

Art. 1.521. Não podem casar:

- I – os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil;
- II – os afins em linha reta;
- III – o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante;
- IV – os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive;
- V – o adotado com o filho do adotante;
- VI – as pessoas casadas;
- VII – o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte.

No entanto, mesmo que o casamento seja putativo e, consequentemente, anulado, ele produz efeitos seus efeitos. Principalmente,

⁵⁶ CARDIN, Valéria Silva Galdino. Dano moral no direito de família / Valéria Silva Galdino Cardin. – São Paulo: Saraiva, 2012. p.56.

perante ao cônjuge de boa-fé e aos filhos, conforme o artigo 1548 do Código Civil.

Neste sentido, aquele cônjuge que possuía o impedimento e má-fé perante o outro, pode ser responsabilizado civilmente pelos danos morais causados aquele de boa-fé, como também aos filhos. Pelo motivo de que possuía ciência e conhecimento do impedimento, mas optou por enganar e expor ao ridículo alguém de boa-fé. Com isso, deixa sequelas no foro íntimo do outro, com base no artigo 5º, V e X da Constituição da República cumulado com os artigos 186 e 1564 do Código Civil.

Em segunda hipótese, apresenta-se aquele casamento nulo por erro quanto à pessoa do cônjuge. Caracterizado pelo fato de que se aquele erro, se conhecido, teria evitado o matrimônio. Em outras palavras, se o cônjuge soubesse sobre fato ou característica do outro, não teria casado.

Destarte que o legislador cuidou de tipificar os erros que tornam insuportável a vida em matrimônio, conforme o artigo 1.557 do Código Civil:

Art. 1.557. Considera-se erro essencial sobre a pessoa do outro cônjuge:

I – o que diz respeito à sua identidade, sua honra e boa fama, sendo esse erro tal que o seu conhecimento ulterior torne insuportável a vida em comum ao cônjuge enganado;

II – a ignorância de crime, anterior ao casamento, que, por sua natureza, torne insuportável a vida conjugal;

III – a ignorância, anterior ao casamento, de defeito físico irremediável, ou de moléstia grave e transmissível, pelo contágio ou herança, capaz de pôr em risco a saúde do outro cônjuge ou de sua descendência;

IV – a ignorância, anterior ao casamento, de doença mental grave que, por sua natureza, torne insuportável a vida em comum ao cônjuge enganado.

Nesta situação, claramente os requisitos para a indenização por danos morais do outro cônjuge mostram-se preenchidos, pois, aquele que acreditava conhecer outrem, confiou a ponto de constituir sua família, depara-se com fato que lhe é insuportável. Fato que pode lhe trazer mágoas, problemas psicológicos, patologias e prejuízos por toda a vida.

Interessante perceber que a prole, também pode pleitear os danos morais do ascendente de má-fé, pela dissolução da família, se lhe trazer sequelas psíquicas irreparáveis.

5.3. Da filiação

A Constituição da República de 1988, em seu artigo 227, §6º, dispõe que “os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”.

Assim, parte-se do pressuposto de que a paternidade e a maternidade precisam ser reconhecida igualmente entre os filhos, pois a preservação da honra é um dos bens mais preciosos do ser humano. Por isso, se questiona a responsabilidade civil por danos morais na recusa injustificada de seu reconhecimento⁵⁷, a qual contribui para a postergação e ofensa ao direito à identidade pessoal, ao nome, a dignidade, a família e a ciência sobre a própria origem do indivíduo. Juntos, tais direitos, dentre outros, formam a qualificação social e referência moral da pessoa humana.

De forma que, a falha na formação da pessoa pode causar danos psicológicos e psiquiátricos, irreparáveis, devido ao abandono afetivo, moral, ético, material e intelectual. Fundamentando tal questionamento, pode-se afirmar que é cabível a aplicação do dispositivo legal 186 do Código Civil, considerando os danos morais, conforme a doutrina:

Antonio Jeová Santos salienta que “O não reconhecimento de filho pode ser causa de alterações psíquicas”,[381] pois a “criança cresce em sua vida de

57 CARDIN, Valéria Silva Galdino. Dano moral no direito de família / Valéria Silva Galdino Cardin. – São Paulo: Saraiva, 2012. p.121.

relação com a pecha de que não tem pai. Na escola, entre vizinhos e até no trabalho, é vista com o estigma de quem não foi reconhecido pelo pai”. [382]

Rolf Madaleno enfatiza que

Transitar pela vida, em tempo mais curto ou mais longo, sem o apelido paterno, com sua identidade civil incompleta, causa em qualquer pessoa um marcante dano psíquico, máximo na etapa de seu crescimento e da sua formação moral, caracterizada pela extrema sensibilidade, a suscitar insegurança e sobressaltos na personalidade psíquica do descendente, posto que priva o pai de um direito que pertence ao menor por decorrer do vínculo biológico que se apresentou no momento de sua concepção.[383] [...]

Acerca da recusa paterna ou materna ao reconhecimento do filho no âmbito judicial, Rolf Madaleno é categórico ao afirmar que:

É altamente reprovável e moralmente danosa a recusa voluntária ao reconhecimento à filiação extramatrimonial e certamente a intensidade desse agravo cresce na medida em que o pai posterga o registro de filho que sabidamente é seu, criando em juízo e fora dele todos os obstáculos possíveis ao protelamento do registro da paternidade, que, ao final, termina por ser juridicamente declarada. [384]⁵⁸.

Observa-se que a mãe que oculta a identidade do pai de sua prole, também pode ser alvo de responsabilização civil e indenização por danos morais, pelas mesmas razões já explanadas, que pode ser pleiteada pela própria prole ou pelo genitor.

Neste mesmo sentido, a simulação do estado de gravidez, visando vantagem pecuniária, manipulação ou qualquer benefício próprio

58 CARDIN, Valéria Silva Galdino. Dano moral no direito de família / Valéria Silva Galdino Cardin. – São Paulo: Saraiva, 2012. p.122.

mediante ato doloso ou culposos, fere a dignidade do suposto genitor, sua imagem, honra, nome, e todos os direitos da personalidade. Portanto, a jurisprudência entende, neste caso, pela inequívoca responsabilização civil condenando-se a reparação de danos morais.

Insta salientar que, apesar da doutrina e da jurisprudência tenderem à proteção dos direitos da personalidade, existe uma forte corrente no sentido de afastar a indenização por danos morais quando o reconhecimento da paternidade se dá de forma judicial. Este entendimento, baseia-se no argumento de que a decisão judicial reparou a injustificada recusa pelo reconhecimento da filiação, a qual encontra-se reconhecida mediante sentença transitada em julgado.

6. Considerações Finais

O dano moral, instituto presente em todos os âmbitos do ordenamento pátrio, constitui-se como ofensa aos bens que integram o conjunto psíquico, a integridade moral e a dignidade humana, gerando um direito de reparação ou ressarcimento à vítima ofendida. Como exposto acima, insta salientar que para configuração do dano a ofensa deve ultrapassar o mero dissabor, atingindo a vítima de forma séria e significativa.

No tocante à responsabilidade civil, ressalta-se a essencialidade de ser aplicada a quem deu causa a ofensiva, obrigando o ofensor a incorrer nas medidas necessárias ao pleno ressarcimento da vítima. Já a fixação do quantum indenizatório, conquanto não estipulada por lei, a jurisprudência trata de forma a incidir como base a gravidade da lesão, as circunstâncias do fato, condições econômicas do ofensor, e a forma pela qual a vítima foi lesada.

Como expostos, das diversas segmentações, observa-se o dano moral direto, bem como o dano moral reflexo. O primeiro acomete a vítima principal e direta, gerando abalo psíquico em linha retilínea ao ato danoso, já o segundo incide de forma indireta, ou como ricochete à lesão da vítima principal, causando lesão em um terceiro.

Certo de que o dano moral ofende de forma principal a dignidade humana, e este princípio está plenamente inserido no núcleo familiar, o desrespeito à moral e à integridade de um ente familiar gera não

apenas ofensa psíquica, mas dor e sofrimento de forma mais grave e intensa do que se pode averiguar em qualquer outra relação tutelada pela serventia jurisdicional.

Assim, do poder familiar desdobram-se princípios que tutelam e cerceiam os direitos e deveres de seus membros, devendo sempre prevalecer o princípio da dignidade da pessoa humana e o dever de solidariedade.

No matrimônio e na união estável existem dispositivos específicos que tratam dos direitos e deveres dos cônjuges e companheiros, enquanto que o estatuto da criança e do adolescente prevê premissas nas quais resguardam o direito à educação, ao alimento, ao afeto e, principalmente, à dignidade da criança.

Assim, adverte-se a essencialidade de inserir no ambiente familiar o respeito à moral, à honra, à integridade física e psíquica, de forma a preservar o bom convívio, o interesse da criança, e a dignidade de todos, a fim de preservar seus membros de danos morais que lhe podem vir a incorrer.

Importante também salientar a necessidade de plena análise casuística do sofrimento, com provas irrefutáveis, para que não ocorra a banalização do dano moral, uma vez que o relacionamento familiar é permeado não apenas por momentos felizes, mas também por sentimentos negativos.

Conclui-se, portanto, que a responsabilidade por dano moral no âmbito familiar deve ser assunto de extremo cuidado, uma vez que, calcando-se ao entendimento de que o dano causado pelos seus próprios membros possui a aptidão de destruir uma família, a responsabilidade do dano moral tem a funcionalidade de preservar e fortalecer os valores atinentes à dignidade e ao respeito humano.

7. Referências

- Aristóteles, *Ética a Nicômaco*. 384 a.c.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. 3. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 157.
- CARDIN, Valéria Silva Galdino. *Dano moral no direito de família* / Valéria Silva Galdino Cardin. – São Paulo: Saraiva, 2012.

FISCHER, Hans Albrecht. A reparação dos danos no direito civil. Coimbra: A. Amador, 1938.

FERREYRA, Roberto A. Vázquez. Responsabilidade por daños: elementos. Buenos Aires: Deppalma, 1993. p. 186.

TARTUCE, Flávio. Novos Princípio do Direito de Família Brasileiro. Artigo especialmente escrito para o seminário virtual Temas atuais do Direito de Família, do site Âmbito Jurídico (www.ambitojuridico.com.br), ocorrido entre os dias 9 e 11 de maio de 2006.

TARTUCE, Flávio. Manual de responsabilidade civil : volume único / Flávio Tartuce. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

SARMENTO, Daniel. Dignidade da Pessoa Humana. Conteúdo, trajetórias e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil: família / Sílvio de Salvo Venosa. – 17. ed. – São Paulo: Atlas, 2017. (Coleção Direito civil; 5).

OS ANIMAIS NÃO HUMANOS COMO SUJEITOS DE DIREITOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Jucélia Ana de Fátima Marques⁵⁹

Sandra Aurora Fagundes Piantino Guimarães⁶⁰

RESUMO:

O presente trabalho objetiva pesquisar e analisar a possibilidade de concessão da condição de sujeitos de direitos aos animais não humanos. Os animais são considerados “bens semoventes” na legislação brasileira, tal classificação tem sido objeto de discussão entre doutrinadores animalista que defendem que os animais são seres sencientes, e, portanto tem direito de viver de forma digna. A metodologia utilizada será a teórico-bibliográfica e o método hipotético dedutivo.

Palavras-chave: Direito dos Animais; Animais não humanos; Sujeitos de Direitos;

1. Introdução

O presente artigo tem por finalidade analisar se é possível conceder a condição de sujeito de direito aos animais não humanos. Os animais são classificados no ordenamento jurídico brasileiro como “bens”, essa classificação confere ao homem o direito sobre o animal, posto que ao ser definido como um bem, o animal passa a ser tão somente propriedade do ser humano. Este tipo de tratamento aumenta a possibilidade de abandono, violência e maus-tratos dos animais, pois coloca o homem em grau de superioridade para com esse ser.

59 Advogada, graduada em Direito pela Faculdade de Minas (Faminas-Bh), aluna do curso de Pós-Graduação em Direito Civil Aplicado do Instituto de Educação Continuada (IEC) da PUC Minas, Praça da liberdade, endereço de email: juceliamarques_adv@outlook.com.

60 Advogada, graduada em Direito pela Escola Superior Dom Helder Câmara, aluna do curso de Pós-Graduação em Direito Civil Aplicado do Instituto de Educação Continuada (IEC) da PUC Minas, Praça da liberdade, endereço de email: sandrafagundes2011@hotmail.com.

A Constituição Federal, em seu artigo 225, inciso VII assegura a proteção dos animais, a preservação de sua espécie e proíbe o tratamento cruel, porém tal proteção ainda não é um método eficaz para assegurar que estes seres não sejam objeto de maus-tratos pelo ser humano, nesse sentido o que se pretende com este trabalho é analisar se a alteração do status jurídico de bens para sujeito de direito seria capaz de mudar a situação dos animais na sociedade. A alteração do status jurídico dos animais seria a principal medida a ser adotada para reeducar o ser humano e fazer com que ele seja capaz de respeitar as diferenças existentes entre as demais espécies?

Para responder esses questionamentos, esta pesquisa busca tratar da possibilidade e importância da alteração do status jurídico dos animais, que atualmente para o Direito Civil são considerados como bens, buscando considerá-los sujeitos de direito.

O presente trabalho adotou o método hipotético dedutivo pelo qual é plausível, através de profunda análise de diversas hipóteses, amoldar-se uma solução para determinada problemática. O método será utilizado e desenvolvido a partir da análise da doutrina, jurisprudência e legislação vigente. A técnica de pesquisa utilizada para elaboração do presente artigo foi a bibliográfica, utilizando como base livros, artigos, legislações e entre outras obras.

2. Aspectos gerais acerca do Direito Animal Brasileiro

O Direito Animal é um ramo do direito que tem como objetivo tratar dos direitos fundamentais dos animais não humanos. A Constituição Federal de 1988 foi a primeira constituição que positivou a proteção dos animais. Conforme exposto em seu artigo 225, § 1º, inciso VII:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações:
[...]

§ 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

[...] - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade. (BRASIL, 1988)

Dito isso, verifica-se que o dispositivo constitucional cuidou para que os animais não sejam expostos a tratamentos cruéis ou a outro tipo de atividade que coloquem em risco a preservação de sua espécie.

Para assegurar a proteção dos animais, em 1998, foi criada a Lei Federal de Crimes Ambientais, nº 9.605/98, atribuindo o crime de maus-tratos contra os animais o status de contravenção penal. Assim, passou-se a ser punido aquele que praticar atos de crueldade contra o animal não humano. Conforme corrobora o artigo 32, da Lei de Crimes Ambientais:

Art. 32. Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

§ 1º Incorre nas mesmas penas quem realiza experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, ainda que para fins didáticos ou científicos, quando existirem recursos alternativos.

§ 2º A pena é aumentada de um sexto a um terço, se ocorre morte do animal.

(BRASIL, 1998)

Como visto é possível identificar no nosso ordenamento brasileiro a preocupação que o legislador tem de garantir que os animais recebam um tratamento digno, assegurando a preservação de sua espécie, bem como a sua integridade física.

Contudo, verifica-se que essa proteção ainda encontra dificuldades para ser positivada, pois o homem acredita que por ser dotado de racionalidade e inteligência está acima de toda e qualquer espécie, e por esta razão enxerga o animal como um rés objeto para seu uso.

Os animais não humanos são usados como objetos de comercialização e também de diversão. A prática de atividades culturais que

utilizam os animais é permitida legalmente no próprio texto do artigo 225 da Constituição Federal, em seu parágrafo 7º, que dispõe:

Art. 225. [...]

[...] § 7º Para fins do disposto na parte final do inciso VII do § 1º deste artigo, não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, conforme o § 1º do art. 215 desta Constituição Federal, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, devendo ser regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos. (BRASIL, 2017).

Portanto, percebe-se que o dispositivo legal não considera as consideradas práticas culturais que utilizam animais como cruéis ou maus tratos.

Apesar disto, é possível encontrar no âmbito da jurisprudência brasileira posicionamento contrário à constitucionalidade dessa lei. Em uma ação direta de inconstitucionalidade nº 4.983 promovida pela Procuradoria Geral da República, em face da lei estadual nº 15.299/2013, do Ceará, a qual trata acerca da atividade cultural denominada vaquejada, que consiste na prática que envolve um boi solto em uma arena e dois vaqueiros montados em cavalos, que tentam derubar o boi pelo rabo, o Ministro Marco Aurélio de Melo reconheceu os animais como sujeitos de direitos e votou pela inconstitucionalidade da lei estadual:

A par de questões morais relacionadas ao entretenimento às custas do sofrimento dos animais, bem mais sérias se comparadas às que envolvem experiências científicas e médicas, a crueldade intrínseca à vaquejada não permite a prevalência do valor cultural como resultado desejado pelo sistema de direitos fundamentais da Carta de 1988. O sentido da expressão “crueldade” constante da parte final do inciso VII do § 1º do artigo 225 do Diploma Maior alcança, sem sombra de dúvida, a tortura e os maus-tratos infringidos aos bovinos durante

a prática impugnada, revelando-se intolerável, a mais não poder, a conduta humana autorizada pela norma estadual atacada. No âmbito de composição dos interesses fundamentais envolvidos neste processo, há de sobressair a pretensão de proteção ao meio ambiente. (STF, 2016, p. 13).

Todavia, o Supremo Tribunal Federal conheceu a constitucionalidade da lei estadual. No mesmo sentido, o STF por unanimidade conheceu a constitucionalidade da lei estadual nº 12.131 do Rio Grande de Sul no Recurso Extraordinário nº 494.601, impetrado pelo Ministério Público do Estado contra decisão do Tribunal de Justiça da região que negou o pedido de reconhecimento da inconstitucionalidade da lei estadual nº 12.131. A referida lei afastou a proibição do sacrifício de animais em rituais religiosos.

O Ministro Edson Fachin, em seu voto favorável ao reconhecimento da constitucionalidade da prática de sacrifício de animais em rituais religiosos elucida que:

Essa dimensão comunitária da liberdade religiosa adquire, assim, nítida feição cultural e, nessa extensão, merece proteção constitucional, porquanto ligada aos modos de ser e viver de uma comunidade. Como indicou a Defensoria Pública da União em seu memorial, “a utilização de animais é parte intrínseca à própria essência dos cultos de religiões de matriz africana, por meio do processo de sacralização”. A proteção deve ser ainda mais forte, como exige o texto constitucional, para o caso da cultura afro-brasileira, não porque seja um *primus inter pares*, mas porque sua estigmatização, fruto de um preconceito estrutural – como, aliás, já reconheceu esta Corte (ADC 41, Rel. Min. Roberto Barroso, Pleno, DJe 16.08.2017) –, está a merecer especial atenção do Estado. Ante, de um lado, as incertezas acerca do alcance do sofrimento animal, e, de outro, a dimensão plural que se deve reconhecer às manifestações culturais, é evidente que a proibição do sacrifício acabaria por negar a própria essência da pluralidade, impondo determinada visão

de mundo a uma cultura que está a merecer, como já dito, especial proteção constitucional. Por essas razões, nem sequer quanto à referência às religiões de matriz africana poderia ser suscitada a inconstitucionalidade da norma. Se é certo que a interpretação constitucional aqui fixada estende-se às demais religiões que também adotem práticas sacrificiais, não ofende a igualdade, ao contrário, vai a seu encontro, a designação de especial proteção a religiões de culturas que, historicamente, foram estigmatizadas. Não há, portanto, qualquer vício material na norma impugnada na ação direta, cujo recurso extraordinário ora se examina. Desprovejo, pois, o recurso. Proposta de tese: “É constitucional a lei de proteção animal que, a fim de resguardar a liberdade religiosa, permite o sacrifício ritual de animais em cultos de religiões de matriz africana”. (STF, 2019, p. 12).

Por todo o exposto, percebe-se que o reconhecimento da legalidade dessas atividades é um retrocesso ambiental, pois a maioria das práticas culturais submetem os animais a danos extremamente cruéis, e ainda, pode-se concluir em consonância ao exposto que o direito dos animais ainda está longe de ser um direito voltado para a proteção destes seres.

2.1. Classificação Jurídica dos Animais

O Código Civil Brasileiro, não traz uma definição expressa da natureza jurídica dos animais, porém verifica-se que é possível extraí-la do seu texto, especificamente no artigo 82, caput: “Art. 82. São móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social.” (BRASIL, 2002).

Conforme definição supracitada pode-se destacar que os animais não são considerados sujeitos de direito no âmbito civilista, apenas objetos. Nesse mesmo sentido, temos o entendimento do professor Nunes Júnior:

Assim como para a maioria da doutrina constitucional brasileira, para o Supremo Tribunal Federal, o animal é coisa, é res, é objeto de direito (e não sujeito de direito). No entanto, destaca [...] não obstante, mesmo sendo res, é protegido pelo Direito Constitucional, como se vê no art. 225, da Constituição Federal, que veda a crueldade aos animais. (2019, p. 851).

Ainda, o artigo 936 do Código Civil dispõe que “O dono, ou detentor, do animal ressarcirá o dano por este causado, se não provar culpa da vítima ou força maior.” (BRASIL, 2002).

O artigo 1.228, aduz que: “Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la de quem quer que injustamente a possua ou detenha.” (BRASIL, 2002).

Nesse contexto, entende-se que os animais são considerados objetos para servir ao homem, seus direitos é limitado às necessidades e interesses da sociedade. De maneira complementar, Fabiano Melo Gonçalves de Oliveira elucida:

Concebe o homem em uma verdadeira relação de superioridade com os demais seres. O que importa é o bem-estar dos seres humanos e, para tanto, o homem se apropria dos bens ambientais para o seu interesse exclusivo, sem preocupação com os demais seres vivos, que são instrumentais. (OLIVEIRA, p. 44, 2017)

Neste diapasão, é possível concluir que de acordo com os artigos elencados no Código Civil e o pensamento ilustrado pelo autor supracitado, a legislação brasileira reforça a prevalência da superioridade do ser humano sobre o ser animal e o poder que o homem tem sobre a vida do animal.

Diante disso, nota-se a necessidade de uma mudança no atual cenário jurídico para que os animais não humanos sejam reconhecidos como portadores de direitos, e não objetos. Faz-se relevante reeducar a forma de pensamento que a sociedade humana tem em relação as demais espécies.

3. Os Animais Como Sujeitos De Direitos No Brasil

3.1. Sujeitos de direitos x Bens semoventes

São considerados sujeitos de direitos àqueles que possuem direitos e obrigações, ou seja, as pessoas físicas e jurídicas detentoras de personalidade jurídica. Conforme ilustrado anteriormente, os animais são considerados bens semoventes de acordo com o Código Civil, ou seja, são de propriedade humana, sendo atribuído a eles por força do artigo 225, inciso VII, da Constituição Federal, tão somente o direito de não sofrer maus-tratos ou tratamento cruel.

Assim, verifica-se que de acordo com a classificação extraída do Código Civil, os animais não possuem direitos, pois não são considerados seres humanos “pessoas”, seus direitos estão atrelados às necessidades e vontades do seu dono, ao qual é permitido usar e dispor de seus bens da maneira que melhor lhe convir.

Neste sentido, Caio Mário Pereira explica que:

Certo, também, que os animais são defendidos de maus tratos, que a lei proíbe, como interdiz também a caça na época da cria. Mas não são, por isso, portadores de personalidade, nem têm um direito a tal ou qual tratamento, o qual lhes é dispensado em razão de sua utilidade para o homem, e ainda com o propósito de amenizar os costumes e impedir brutalidades inúteis. (PEREIRA, 2011, p. 181).

A classificação adotada pela doutrina civilista coloca o animal e o ser humano em grau de desigualdade, exclui a espécie animal das relações de direitos. Com isso a doutrina animalista luta pela modificação da classificação concedida aos animais no ordenamento pátrio, e o reconhecimento destes seres como sujeitos de direitos.

3.2. Capacidade Jurídica e Capacidade de Direito

A capacidade pode ser classificada como capacidade jurídica ou capacidade de direito, todas as pessoas possuem a capacidade de di-

reito, ou seja, a capacidade de ser titular de direitos, e gozar deles. Já a capacidade jurídica é a capacidade de fato, ou seja, a possibilidade de exercer seus direitos e atos da vida civil.

O Código Civil estabelece em seu artigo 1º, que “Art. 1º. Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil.” (BRASIL, 2002).

E ainda, o referido dispositivo explicita quais são os indivíduos proibidos de exercer pessoalmente os atos da vida civil, nos termos da lei:

Art. 3º. São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesesseis anos).

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 e os viciados em toxinas;

III – aqueles que, por causas transitórias ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;

IV – os pródigos [...] (BRASIL, 2002).

Entretanto, a estes indivíduos é permitido que serem representados ou assistidos por outras pessoas com capacidade de responder por eles nas relações jurídicas, haja visto que mesmo sendo consideradas incapazes, ainda assim são sujeitos de direitos.

Diante disto, os animais como sabemos são seres incapazes de falar e decidir por si só, porém a existência de diferenças não é suficiente para ensejar a não concessão de direitos. Nada obsta que estes seres sejam representados legalmente assim como as pessoas consideradas incapazes. A sua natureza da sua espécie deve ser compreendida de maneira peculiar, como enfatiza Diomar Ackel Filho:

Não são pessoas, na acepção do termo, condição reservada aos humanos. Mas são sujeitos de uma espécie de personalidade ‘sui generis’ típica e própria da sua condição. Claro que personalidade é um atributo da pessoa. E os animais não são pessoas, embora vinculados à mesma biologia. Todavia, como sujeitos de direito são reconhecidos e tutela-

dos, reunindo-se atributos que permite coloca-lo numa situação jurídica peculiar, que se assemelha aos amentais humanos. (FILHO, 2001, p. 66)

Neste sentido Hans Kelsen explica:

A teoria tradicional identifica o conceito de sujeito jurídico com o de pessoa. Eis a sua definição: pessoa é o homem enquanto sujeito de direitos e deveres. Dado que, porém, não só o homem, mas também outras entidades, tais como certas comunidades como as associações, as sociedades por ações, os municípios, os Estados, são apresentados como pessoas, define-se o conceito de pessoa como “portador” de direitos e deveres jurídicos, podendo funcionar como portador de tais direitos e deveres não só o indivíduo mas também estas outras entidades. (KELSEN, 1998, p. 120)

Ademais, Edna Cardoso Dias argumenta que:

O fato de o homem ser juridicamente capaz de assumir deveres em contraposição a seus direitos, e inclusive de possuir deveres em relação aos animais, não pode servir de argumento para negar que os animais possam ser sujeitos de direito. É justamente o fato dos animais serem objeto de nossos deveres que os fazem sujeitos de direito, que devem ser tutelados pelos homens. (DIAS, 2006, p. 121).

Desta forma, observa-se que não é impossível adotar a ideia dos animais como sujeitos de direitos. O fato de não ser uma pessoa não pode ser motivo para não os reconhecer como sujeitos de direitos, pois nem todos os sujeitos de direitos são pessoas, e tem capacidade jurídica, como por exemplo, a massa falida, o espólio, a herança jacente e outros.

3.3. Animais não humanos: Sujeitos de Direitos

Atualmente, questiona-se a possibilidade de conceder a condição de sujeito de direitos aos animais não humanos no ordenamento jurídico brasileiro, pois conforme já foi elucidado ao longo do presente estudo, estes seres são classificados como “bens semoventes” na legislação.

Em decorrência da condição de “bens” em que os animais estão sujeitos, a sua vida está limitada a satisfação da vontade humana e com isso a criação de leis protetivas não foram suficientes para assegurar o bem estar dos animais nem garantir a preservação de sua integridade física, visto que ainda prevalece o aumento de casos de abandono e morte desses seres.

Diante disso, analisar-se-á a possibilidade de alterar o status jurídico do animal como “bens” para sujeitos de direitos.

A Constituição Federal de 1988 dispõe em seu artigo 5º, caput, que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”, desta forma entende-se que aos animais também deve ser concedido tal igualdade, uma vez que são seres com capacidade de pensar e agir.

Neste sentido, fazendo uso de princípios que são fundamentais e norteadores para a aplicação do direito, o filósofo Peter Singer utiliza o princípio da igualdade para defender os direitos dos animais.

Nas palavras do autor:

Há importantes diferenças óbvias entre os humanos e os outros animais, e estas diferenças devem traduzir-se em algumas diferenças nos direitos que cada um tem. Todavia, o reconhecimento deste fato não constitui obstáculo à argumentação a favor da ampliação do princípio básico da igualdade aos animais não humanos. As diferenças que existem entre homens e mulheres também são igualmente inegáveis, e os apoiantes da Libertação das Mulheres têm consciência de que estas diferenças podem dar origem a diferentes direitos. [...] A extensão do princípio básico da igualdade de um grupo a outro não implica que devemos tratar ambos os gru-

pos exatamente da mesma forma, ou conceder os mesmos direitos aos dois grupos, uma vez que isso depende da natureza dos membros dos grupos. O princípio básico da igualdade não requer um tratamento igual ou idêntico; requer consideração igual. A consideração igual para com os diferentes seres pode conduzir a tratamento diferente e a direitos diferentes. [...] Se um ser sofre, não pode haver justificação moral para recusar ter em conta esse sofrimento. Independentemente da natureza do ser, o princípio da igualdade exige que ao seu sofrimento seja dada tanta consideração como ao sofrimento semelhante – na medida em que é possível estabelecer uma comparação aproximada – de um outro ser qualquer. [...] Assim, o limite da senciência (utilizando este termo como uma forma conveniente, se não estritamente precisa, de designar a capacidade de sofrer e/ou, experimentar alegria) é a única fronteira defensável de preocupação relativamente aos interesses alheios. (SINGER, 2013, pág. 05, 14, 15).

Podemos observar que para o autor o fato dos animais serem diferentes dos homens não é um critério para negar o reconhecimento dos seus direitos, pois nenhum ser é igual ao outro, o que se espera é um tratamento igual respeitando a diferença existente em cada indivíduo.

Ainda, segundo o autor “o fato de algumas pessoas não serem membros da espécie humana não dá o direito de explorá-los, nem significa que se possa deixar de levá-los em consideração.” (SINGER, 2006, p. 66).

Nessa linha, os animais como qualquer outro ser devem ser tratados com igualdade e dignidade, devendo a eles ser atribuído direito como a qualquer outro ser com capacidade de sentir e ter suas próprias vontades. Não existe uma razão lógica para justificar que uma espécie seja objeto de exploração por ser diferente da outra. Corroborando ao explanado, salienta Francisco Expedito Vasconcelos Filho que:

A dignidade dos animais não seria diferente da dignidade dos humanos. Para que seja possível essa compreensão é preciso sair do senso comum, tentar imaginar o animal não humano não como um objeto, mas como um ser sencientes, que sente desejo de viver e ter livre arbítrio. A exclusão dos animais não humanos do que viria a ser dignidade é injusto e vai de contramão às legislações atuais. (VASCONCELOS, 2019).

De acordo com as palavras ilustradas pelo autor, podemos compreender que aos animais também deve ser concedido o princípio da dignidade, ou seja, a garantia de ter uma vida digna, pois como seres sencientes também tem seus interesses.

Portanto, pode-se concluir, segundo os entendimentos que é possível reconhecer os animais como sujeitos de direitos, pois todos devem receber tratamento igualitário, sendo irrelevante a sua natureza, seja ser humano ou ser animal todos têm direito de viver com dignidade, e deve ser respeitado as diferenças existentes entre cada espécie.

Por outro lado, há aqueles que não concordam com a alteração da classificação do status de “bens” para “sujeitos de direitos” aos animais, pois isso implicará em vários problemas no convívio em sociedade, tendo em vista que mesmo sendo seres com capacidade de sentir, não tem capacidade de responder pelos seus atos. Nesse sentido reflete Adriano Marteleto Godinho:

Mais ainda, noutras searas do Direito, como o Penal, seria absurdo propor que animais pudessem ser sujeitos ativos ou passivos de crimes. Se os animais se tornassem pessoas, entes com capacidade de assumir direitos e contrair obrigações, em tese deveriam responder por seus atos que eventualmente causassem dano a outrem, o que dispensaria a aplicação do art. 936 do Código Civil brasileiro, que imputa ao proprietário do animal (o verdadeiro sujeito de direitos) a responsabilidade objetiva pelos danos causados por este. Já no pólo passivo dos ilícitos penais, seria homicídio matar um animal,

ainda que para fins de consumo, já que, ao se tornar pessoa, este deixaria de ser “algo” para se tornar “alguém”, tipificando-se, assim, o delito previsto pelo art. 121 do Código Penal brasileiro? Configuraria crime de omissão de socorro, com notáveis requintes de crueldade, deixar de salvar a vida de uma mosca pousada na sopa, à beira da morte por afogamento? Afinal, apesar de o derradeiro exemplo citado tangenciar o ridículo, não se pode deixar de afirmar que, na hipótese, deixa-se de prestar assistência a uma pessoa em grave e iminente perigo de vida, fato que corresponde ao tipo penal em apreço. (GODINHO, 2017).

Deste modo, de acordo com o entendimento exposto, reconhecer os animais como sujeitos de direitos desencadearia uma série de problemas para a sociedade, como por exemplo, na questão da alimentação, pois os seres humanos utilizam produtos derivados do animal para consumo. E ainda, na esfera penal, sendo o animal considerado um ser dotado de direitos e deveres, estes passarão a responder pelos danos que causarem aos outros seres.

Por outro lado, Renata Duarte de Oliveira Freitas acredita que por meio do instituto da representação é possível os animais serem sujeito de direitos, nas palavras do autor:

[...] o animal vai a juízo em nome próprio representado por um humano, uma pessoa exercendo as funções de um tutor, como ocorre com as crianças e empresas. No que tange a representação processual, a mesma regulariza a relação jurídica processual, com o intuito de integrar a capacidade processual do animal que vai a juízo. (FREITAS, 2013, p. 89).

Desta forma, de acordo com o pensamento do autor, os animais como sujeitos de direitos poderiam utilizar do instituto da representação, que como já abordado anteriormente é concedido às pessoas consideradas incapazes legalmente.

A Lei nº 6.938 de 1981, atribuiu ao Ministério Público e a coletividade a competência para representar os animais não humanos em juízo quando as leis destinadas a sua proteção forem violadas, deste modo, corroborando o raciocínio de Freitas entende-se ser por possível por meio do instituto da representação, conceder a condição de sujeitos de direitos aos animais não humanos. Como sujeitos de direitos podem pleitear seus direitos por meio do instituto da representação.

Ademais, Nunes Junior diz que o reconhecimento do animal como sujeito de direito será um grande avanço para o direito brasileiro, nas palavras do autor:

“Admitir que os animais são titulares de direitos fundamentais será um grande avanço na visão contemporânea do Direito, na qual o homem é um ser inserido no ambiente que o cerca, suas condutas não tem fim em si mesmo, mas devem ser sopesadas a luz de direitos dos outros seres vivos e da própria natureza.[...] Por fim, defendemos que os animais são titulares de direitos, mas não consideramos ‘humanizar os animais’.[...] Entendemos que o mais correto é, em vez de humanizar os animais, considerando-os seres humanos dotados de todos os direitos fundamentais, devemos considerá-los como seres vivos que, por conta de sua sensibilidade ou senciência, são titulares de alguns direitos fundamentais, como principalmente a vida digna.” (NUNES JUNIOR, 2019, p. 661).

Conforme as elucidações trazidas, verifica-se que a concessão da condição de sujeito de direitos aos animais ainda é um assunto que encontra posicionamentos divergentes, contudo a necessidade de modificação da classificação jurídica dos animais é essencial para assegurar que eles não sejam tratados pelo homem como seres inferiores, e que sua existência e bem estar não esteja condicionada à vontade humana.

Além disso, já foi reconhecido pela ciência que os animais são seres sencientes, ou seja, capazes de ter sentimentos e percepção, sabem onde e com quem estão e a maneira como são tratados. São seres que conseguem distinguir o que é dor e o que é felicidade, sentem pra-

zer e alegria, sabem quando estão em perigo ou não, porém mesmo sendo considerados seres sencientes ainda são vistos pelo ser humano como objetos para seu uso.

Neste diapasão, o critério da senciência já é argumento suficiente para definir os animais como sujeitos de direitos, pois uma vez que são capazes de escolher se querem sofrer ou não, se desejam comer, caçar, enfim tem desejos e interesses, isto já é motivo para colocá-los em grau de igualdade de direitos com o ser humano.

Nessa linha de pensamento, explica Hachem e Gussoli:

A vida é a similaridade básica [...] O mesmo se dá com os animais, sujeitos de uma vida que sentem dor e prazer, diversão e sofrimento, satisfação e frustração. Como os humanos, eles também nascem e morrem. Decorre disso que os animais carregavam o mesmo valor intrínseco dos humanos que demanda respeitá-los pelo que são. (HACHEM; GUSSOLI, 2017).

Por fim, a proteção concedida pelo artigo 225 da Constituição Federal não é suficiente para evitar que os animais sejam maltratados e abandonados pelos seus donos, é necessária uma garantia mais eficaz, a alteração do status jurídico do animal no ordenamento brasileiro colocaria um fim no “status de superioridade” que o ser humano acredita ter para com as demais espécies.

4. Considerações Finais

Ante a presente discussão percebe-se que a proteção concedida pela Constituição Federal aos animais, apesar de proibir que estes sejam submetidos a tratamentos cruéis e maus-tratos, não é suficiente para evitar que os eles não sofram, pois, o mesmo texto constitucional também confere legalidade às práticas consideradas culturais. O reconhecimento da legalidade dessas atividades culturais abre brechas para o aumento de casos de mortalidade dos animais, abandono e violência.

Ainda, a classificação jurídica extraída do artigo 82, caput, do Código Civil, assegura ao homem o direito sobre a vida do animal, o que eleva o risco dos animais serem abandonados, mutilados e mortos por seu dono. Os direitos conferidos ao proprietário do animal só trazem benefícios para o ser humano, tal espécie continua sem proteção, ou seja, são meros bens, podendo ser vendidos ou descartados sempre que seu dono assim desejar.

Uma possível solução para a problemática seria a modificação do status jurídico do animal no ordenamento brasileiro concedendo a estes seres não humanos a condição de sujeitos de direitos. A alteração na legislação seria uma maneira de mudar a forma como a sociedade enxerga os animais, ou seja, pode se dizer que seria o passo inicial para a reeducação do ser humano. O homem precisará saber conviver com outra espécie que possui igualdade de direitos. Além disso, as gerações futuras já cresceriam com uma visão diferente acerca dos seres vivos e suas espécies. Os animais não humanos seriam respeitados e protegidos num futuro próximo.

Para que isso seja possível, com o reconhecimento dos animais como sujeitos de direitos e, por conseguinte a modificação do texto legal, o Estado por meio da implantação de políticas públicas deverá criar medidas para educar aqueles que possuem animais e aqueles que virão a possuir animais a fim de assegurar a valorização do animal não humano.

5. Referências

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituição/Constituição.htm. Acesso em: 23 jul. 2020.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 23 jul. 2020.

BRASIL. Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades

lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm. Acesso em: 23 jul. 2020.

BRASIL. Constituição (1988). Emenda Constitucional nº 96, de 06 de junho de 2017. Acrescenta § 7º ao art. 225 da Constituição Federal para determinar que práticas desportivas que utilizem animais não são consideradas cruéis, nas condições que especifica. Brasília, DF, [2017]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc96.htm. Acesso em: 24 jul. 2020.

BRAISL. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1981. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6938.htm. Acesso em: 29 jul. 2020.

DIAS, Edna Cardoso. Os animais como sujeitos de direito. Revista brasileira de direito animal. N. 1, v. 1, p. 119-121, 2006.

FILHO, Diomar Ackel. Direito dos Animais. São Paulo: Themis, 2001.

FREITAS, Renata Duarte de Oliveira. Animais não-humanos: a construção da titularidade jurídica como novos sujeitos de direito. 2013. 115 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2013.

GODINHO, Adriano Marteleto. A controversa definição da natureza jurídica dos animais no Estado Socioambiental. 2017. Disponível em: <https://nionfern.wixsite.com/animalcidadao/single-post/2017/03/10/A-CONTROVERSA-DEFINI%C3%87%C3%83O-DA-NATUREZA-JUR%C3%8DDICA-DOS-ANIMAIS-NO-ESTADO-SOCIOAMBIENTAL>. Acesso em: 22 jul. 2020.

HACHEM, Daniel Wunder; GUSSOLI, Felipe Klein. Animais como sujeitos de direito no ordenamento jurídico brasileiro? Revista Brasileira de Direito Animal. Salvador, v. 13, n. 03, p. 141-172, set. – dez. 2017.

KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. 6 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. Curso de direito constitucional. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

OLIVEIRA, Fabiano Melo Gonçalves de. Direito ambiental. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

SINGER, Peter. Liberdade Animal. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

SINGER, Peter. Ética prática. Trad. Jefferson Luís Camargo. 3ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 66.

VASCONCELOS FILHO, Francisco Expedito. Dignidade não humana: os animais como sujeitos de direito no Brasil. 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/74127/dignidade-nao-humana-os-animais-como-sujeitos-de-direito-no-brasil>. Acesso em: 27 jul. 2020.

STF, Portal STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.983. Relator: Ministro Marco Aurélio de Melo. Acórdão: 06 de outubro de 2016. STF, 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI4983relator.pdf>. Acesso em: 30 jul. 2020.

STF, Portal STF. Recurso Extraordinário nº 494.601. Relator: Ministro Marco Aurélio. Acórdão: 28 de março de 2019. STF, 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=407159>. Acesso em: 30 jul. 2020.

OS REFLEXOS DO DIREITO À INFORMAÇÕES E SUAS CONSEQUÊNCIAS NO ÂMBITO PRIVADO

*André Braun Montresor*⁶¹

*César Adonay Benjamin De Souza Silva*⁶²

RESUMO:

O artigo a seguir busca trabalhar o Direito à Informação e suas consequências no âmbito privado, além da forma com a qual esses direitos se contrapõem e se complementam. O advento da Constituição Federal de 1988, trouxe uma maior proteção e consequentemente efetivação de direitos fundamentais em contraposição ao regime ditatorial antes vigente no país. Contudo, a crescente e massiva produção e disseminação de informações criou uma instabilidade jurídica, visto que, à medida que se solidificava o acesso a informações e a liberdade de expressão, o discurso a ser propagado também necessita ser analisado, para que o mesmo não incorra em ofensa à direitos personalíssimos dos demais indivíduos. O direito de resposta é uma das respostas em casos onde há ofensas a direitos pessoalíssimos, porém, o mesmo se traduz a veículos de comunicação social tradicionais, e não se relaciona com a nova onda tecnológica do século atual. Deve então o direito de modo análogo ser aplicado em casos que escapem ao padrão.

Palavras-Chave: Direito à Informação. Direitos da Personalidade. Liberdade de Expressão. Veículos de Comunicação. Direito a Resposta.

1.Introdução

O uso racional da informação é a base do conhecimento. Nesse sentido, a palavra informação caracteriza o conjunto de condições e modalidades de difusão para o público, através de formas apropriadas

61 Pós-Graduando em Direito Civil Aplicado (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais).

62 Pós-Graduando em Direito Civil Aplicado (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais).

notícias ou elementos de conhecimento e ideias, que orientam a população a uma formação de opinião pública livre.⁶³

Ocorre que na história brasileira o regime implementado pela ditadura militar trouxe cotidiano de desrespeito a direitos e garantias fundamentais, pela alegação de necessidade da manutenção da ordem do país. Ademais, foi sistemática a repressão do Estado ao direito fundamental à informação através da censura e controle da imprensa.

Após o fim da ditadura militar, a Constituição Federal de 1988 teve a missão de restabelecer a democracia por meio de um Estado Democrático de Direito que possibilitasse à pessoa humana instrumentos que tivessem a função de protegê-las ante arbitrariedades estatais.

Isso, para que seja atingido o objetivo de uma democracia sólida e participativa embasada no processo de livre decisão dos indivíduos. Portanto, é indispensável que sejam protegidos em nosso ordenamento jurídico um fluxo de informações verídicas e a propagação de fatos e ideias, com a finalidade da formação de uma consciência social através de opinião pública protegida em sua liberdade.

Este estudo pretende em um primeiro momento analisar o direito fundamental à informação, em seus direitos de informar, ter acesso a informação e de ser informado, com a finalidade de entender sua relação e importância para a solidificação do Estado Democrático.

Entretanto, no que se refere ao direito à liberdade de informação existem limites constitucionais em relação a casos específicos, pois é entendimento da doutrina que os direitos fundamentais deverão sofrer limitações algumas das vezes em que houver colisão ante outros valores de ordem constitucional.

Portanto, em vista da importância do tema dos direitos fundamentais quando do estudo dos limites ao direito à liberdade de informação, o presente trabalho pretende dissertar sobre a importância destes para o funcionamento do Estado Democrático de Direito.

Ainda, o presente estudo pretende estudar o direito à informação e suas consequências no âmbito privado quando consideramos a presença da internet, pensando no excesso de informação e insegurança de suas fontes, e de qual forma esses direitos se contrapõem e se

63 SILVA, Jose Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 27ª edição. São Paulo. Malheiros Editores. 2006.p.245.

complementam. Abordando também o estudo do instituto do direito de resposta como instrumento de preservação da honra e imagem.

2. Direito à informação pós Constituição Federal de 1988 e sua relação e limitação por Direitos Personalíssimos

Em uma sociedade democraticamente pautada em valores constitucionais humanos como a brasileira, o direito à informação é fundamental para o desenvolvimento político e social de sua população.

Porém, quando nos debruçamos sobre a história brasileira, constata-se que durante o período da Ditadura Militar brasileira (1964-1985), quando o país esteve sob o comando de sucessivos governos militares de características autoritárias e nacionalistas, a população brasileira foi cotidianamente lesada no âmbito de seu direito fundamental à informação.

De notório saber é a percepção da influência do regime ditatorial para que direitos e garantias fundamentais fossem gravemente e sistematicamente violados, sob a alegação de manutenção da ordem, estabilidade social e política no país. Guiada por uma política de medo e desinformação, a utilização de força bélica e do poderio das forças militares brasileiras resultou na repressão daqueles que viessem a informar ou divulgar ideias que se mostrassem opostas aos interesses do regime vigente, em verdadeiro exercício de controle estatal sobre os meios de comunicação.

Apenas no ano de 1985 se deu o fim do regime ditatorial militar brasileiro. Neste terreno, inflado pelo clamor de vários segmentos da sociedade que encontravam-se sufocados pela arbitrariedade ditatorial, encontra-se a necessária fertilidade social para o nascimento da Constituição Federal de 1988, instrumento que teve como um de seus objetivos o restabelecimento da democracia brasileira, tendo como um de seus vértices o destaque dado pelo constituinte à proteção da dignidade da pessoa humana, liberdade de expressão, direito à informação e tantos outros aviltados pelo regime que se findava.

A Constituição Federal de 1988 consagra o Estado Democrático de Direito, em seu artigo 1^o⁶⁴. O Estado então deve se fundar na

64 CF. Art. 1^o: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos

soberania popular e liberdade de pensamento que possibilitariam a autodeterminação e o pensamento democrático, tentando posicionar participação efetiva do povo na coisa pública, como elucidam Ferrari e Siqueira:

Os direitos relativos à liberdade de pensamento possibilitam a autodeterminação individual, livre de ingerência estatal, sendo tal prerrogativa essencial para a democracia, uma vez que, permite que os indivíduos se expressem de maneira autônoma, assegurando assim, a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana, que por sua vez, é o princípio basilar do nosso ordenamento jurídico.⁶⁵

O acesso à informação é um direito fundamental que abrange os direitos de transmitir, receber e buscar informações⁶⁶. Assim, o Estado Democrático de Direito deve prezar pela circulação da informação de qualidade e transparência de um governo democrático. Desse modo, não poderá a informação ser negada pelo Estado ao povo, pois está é ferramenta para a participação efetiva do cidadão na sociedade.

A ideia do Estado Democrático de Direito não tolera, portanto, que a verdade seja mascarada do povo, haja vista que somente com informações verídicas, condizentes com a realidade, que o cidadão poderá refletir acerca da correspondência dos atos dos administradores públicos e sua vontade.⁶⁷

Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direitos e tem como fundamentos

65 SIQUEIRA, Dirceu Pereira; FERRARI, Caroline Clariano. O direito à informação como direito fundamental ao estado democrático. Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe, v. 4, n. 2, 2016. P. 134.

66 SIQUEIRA, Dirceu Pereira; FERRARI, Caroline Clariano. O direito à informação como direito fundamental ao estado democrático. Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe, v. 4, n. 2, 2016. P. 134.

67 BERNARDES, Camila Fernandes Santos. O direito fundamental de acesso à informação: Uma análise sob a ótica do princípio da transparência. 2015. 81 f. Dissertação (Mestrado em Direito)- Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia. 2015.

É com a Carta Magna que a população brasileira encontra esperança de tempos mais transparentes. É a partir dela que o direito à informação não deverá sofrer restrição estatal e que as informações sob poder do Estado deverão possuir caráter público, de acesso restrito somente em casos específicos. Desse modo, é um bem público a informação produzida, guardada, organizada e gerenciada pela Administração em nome da sociedade.

A informação sofreu grandes restrições no período da ditadura militar, uma vez que o governo controlava os meios de comunicação em massa, e com isso a informação só era transmitida para as pessoas mediante aprovação governamental. Todavia, atualmente, como dispõe o Art.220, caput da Lei Maior o direito a informação não deverá sofrer qualquer restrição, preconizando um regime de total liberdade(...). Assim sendo, a censura institucional que fazia parte da realidade dos cidadãos na época da ditadura militar, teve fim pouco antes da “carta” constitucional de 1988.⁶⁸

A Constituição brasileira trata do acesso à informação pública em seu artigo 5º, inciso XIV e XXXIII, artigo 37, § 3º, inciso II e no artigo 216, § 2º. Infraconstitucionalmente, a Lei de acesso a informação de número 12.527/2011 estipula o poder de aplicação do direito constitucional de acesso dos cidadãos à informações públicas ao três poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e Municípios, com o objetivo de viabilizar meios de esclarecimentos sobre informações e dados de forma clara e transparente.

Ademais, é inegável que a presença dos meios de comunicação instantâneos mudou o mundo e que atualmente não se pode pretender que apenas informações verídicas circulem através das mídias digitais. Fato é que a massificação da internet trouxe como consequência o excesso de informação junto com a insegurança de suas fontes. Assim, para a proteção da população, devem ser observados os devi-

68 SIQUEIRA, Dirceu Pereira; FERRARI, Caroline Clariano. O direito à informação como direito fundamental ao estado democrático. Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe, v. 4, n. 2, 2016. p. 135.

dos limites legais em relação a regulamentação do modo de circulação da informação.

Além disso, uma vez que as notícias em sua maioria envolvam a figura de uma pessoa humana em seu foco principal, é necessário cuidado quando a informação tem o poder de afrontar contra direitos personalíssimos de um indivíduo.

Portanto, quando do confronto entre o direito à informação e liberdade de expressão e direitos personalíssimos é importante perceber que o ser humano tem direito fundamental à vida íntima e que esta não pode ser perturbada em sua individualidade de maneira desregrada. Sobre o tema, discorre Luis Roberto Barroso:

De forma simples, os direitos à intimidade e à vida privada protegem as pessoas na sua individualidade e resguardam o direito de estar só. A intimidade e a vida privada são esferas diversas compreendidas em um conceito mais amplo: o de direito de privacidade. Dele decorre o reconhecimento da existência, na vida das pessoas, de espaços que devem ser preservados da curiosidade alheia, por envolverem o modo de ser de cada um, as suas particularidades.⁶⁹

É evidente então que a liberdade de informação, a liberdade de informação e a liberdade de expressão não são direitos absolutos, encontrando limites constitucionais, inclusive no que se refere aos direitos da personalidade, como a honra, intimidade, vida privada e imagem.⁷⁰

Desse modo, deve-se buscar meios de conciliar a aplicação do direito à informação e direitos da personalidade. Porém, caso isso não

69 BARROSO, Luís Roberto e BARCELLOS, Ana Paula. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. RTDC, v.16, out./dez., 2003. p. 21.

70 BARROSO, Luís Roberto e BARCELLOS, Ana Paula. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. RTDC, v.16, out./dez., 2003. p. 22.

seja possível, é necessário entender qual destes diretos deverá prevalecer em caso de conflito.

Considerando direitos personalíssimos, o Código Civil brasileiro teve a pretensão de construir fórmula capaz de solucionar os possíveis conflitos entre o direito à liberdade de informação e direitos da personalidade em seu Art. 20.

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.⁷¹

Em consideração ao artigo supracitado, Barroso pondera que seu emprego só poderá ser admitido quando for possível afastar, por motivo grave e insuperável a presunção constitucional de interesse público que sempre acompanha o direito à informação.

Ou seja: ao contrário do que poderia parecer em uma primeira leitura, a divulgação de informações verdadeiras e obtidas lícitamente sempre se presume necessária ao bom funcionamento da ordem pública e apenas em casos excepcionais, que caberá ao intérprete definir diante de fatos reais inquestionáveis. É que se poderá proibi-la. Essa parece ser a única forma de fazer o art. 20 do Código Civil conviver com o sistema constitucional; caso não se entenda o dispositivo dessa forma, não poderá ele subsistir validamente.⁷²

71 BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, 10 de janeiro de 2002

72 BARROSO, Luís Roberto e BARCELLOS, Ana Paula. Colisão entre liberdade de

Ainda, na situação em que o exercício de um direito fundamental de um titular entrar em conflito com direito fundamental de outrem, deverá o juiz guiar-se pelo princípio da proporcionalidade com o objetivo de aplicação da norma em favor da segurança jurídica.

Desse modo, considera-se a existência de uma colisão de direitos fundamentais quando houver conflito entre direitos, ou seja, o exercício de um direito fundamental por parte de seu titular entrar em conflito com o direito fundamental de outrem. Neste caso, o juiz irá fazer uma “ponderação de valores”, examinando o caso concreto, e valendo-se do princípio da proporcionalidade aplicará de forma coerente a norma, em favor da justiça e da segurança jurídica.⁷³

Ademais, quando da colisão entre o direito à liberdade de informação e direitos da personalidade, existem elementos de ponderação a serem considerados no momento da decisão que permitiriam certo grau de objetividade às escolhas tomadas.⁷⁴ Assim sendo, Edilsom Farias:

A constituição brasileira em vigor, no seu artigo 220, § 1º, estabelece uma reserva de lei qualificada para o legislador ordinário disciplinar o exercício da liberdade de expressão e informação, devendo-se levar em conta, dentre outros, a inviolabilidade dos direitos à honra, à intimidade, à vida privada e à imagem. (...) A ponderação de bens utilizada pela jurisprudência para resolver a colisão de direitos fundamentais é um método racional, uma vez que podem ser fundamentados nos enunciados que estabelecem as condições de preferência referidas

expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. RTDC, v.16, out./dez., 2003,. p. 33.

73 SIQUEIRA, Dirceu Pereira; FERRARI, Caroline Clariano. O direito à informação como direito fundamental ao estado democrático. Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe, v. 4, n. 2, 2016. P. 134.

74 BARROSO, Luís Roberto e BARCELLOS, Ana Paula. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. RTDC, v.16, out./dez., 2003. p. 35.

na ponderação, de acordo com as leis de colisão e ponderação.⁷⁵

Dentre esses elementos a serem considerados estão as análises da existência de interesse público, a veracidade do fato, a licitude do meio empregado na obtenção da informação, a personalidade pública ou estritamente privada da pessoa objeto da notícia, o local do fato e a natureza do fato, serviriam de guia para o intérprete quando do exame das circunstâncias do caso concreto.⁷⁶

3. As informações no âmbito privado e o Direito a resposta

É inegável a importância da informação no cotidiano da população, e com o avanço tecnológico é possível que acontecimentos gerados do outro lado do globo, sejam conhecidos em frações de segundos na palma de nossas mãos, por meio dos mais modernos e diversos aparelhos de comunicação, ditando ações e possíveis mudanças de perspectiva.

Assim, o século XXI, apresenta um novo modo de visualizar as informações, e novos meios pelos quais as mesmas são disseminadas. Os jornais impressos, revistas e os telejornais, passam a dar espaço a novas e mais rápidas formas de se inteirar dos assuntos mais relevantes ou não da sociedade. Enquanto que a maioria dos jornais impressos têm suas tiragens diárias, ou até mesmo semanais, e os telejornais, possuam horários fixos de exibição, o marco digital possibilita que as notícias se disseminam de forma extremamente veloz, e muitas vezes seja acompanhada enquanto efetivamente ocorrem.

Redes sociais, jornais online, perfis de notícias, blogs, vlogs, podcast, e tantas outras formas de transmissão de informação por meio da internet tem dominado a forma de se comunicar e de se transmitir

75 FARIAS, Edilson Pereira de. Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre: Fabris, 1996. p.159.

76 BARROSO, Luís Roberto e BARCELLOS, Ana Paula. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. RTDC, v.16, out./dez., 2003. p. 35.

conhecimento, visto a sua praticidade e velocidade de disseminação do é postado e compartilhado com o mundo.

A tecnologia é o fator responsável pela rápida difusão de informações, e propagação de ideias em questões de segundos de maneira ilimitada, contudo, mais importante do que somente ter acesso a uma informação é necessário que a mesma tenha veracidade e seja condizente com o que se propõe a transmitir.

Os sistemas internacionais de direitos humanos têm destacado amplamente o fato de que o acesso à informação possui um caráter facilitador do exercício de outros direitos humanos, ou seja, o acesso à informação é, em muitos casos, imprescindível para que as pessoas possam efetivar outros direitos.⁷⁷

Concomitante a positividade criada na vida da sociedade pelo fácil e rápido acesso a informação, apresenta-se também lados negativos. É inegável que o conhecimento e a informação atingiram pontos e escalas nunca antes imagináveis, e levou possibilidades de reivindicações e de busca de direitos a pessoas que antes viviam desamparadas do restante da sociedade.

Contudo, a medida que a informação tem grande propagação e todo esse poder, inicia-se uma gigantesca criação demanda e produção de informações, seja pela mídia e meios de criação e veiculação de notícias, ou mesmo por perfis e canais privados em redes sociais. Uma verdadeira corrida, de grande intensidade, para se saber quem será o primeiro a dar a informação, e terá o conhecido “furo de reportagem”. Porém, em inúmeras ocasiões, a busca por ser o primeiro a informar, acaba deixando de lado a veracidade e confiabilidade com a qual deveria ser tratada uma informação.

Além disto, em diversas ocasiões é possível que se visualize publicações, e notícias veiculadas, por meios de comunicação, que mesmo sem o intuito de destratar, e incomodar os indivíduos, incorrem a

77 COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Acceso a la información, violencia contra las mujeres y la administración de justicia en las Américas. Costa Rica: OEA, 2015.

eles degradação e ofensas a seus direitos personalíssimos, como a sua imagem, e ao nome.

Para tal no âmbito dos veículos de comunicação social a Lei nº 13.188, de 11 de novembro de 2015, tem como objetivo assegurar o direito de resposta ou retificação, gratuito e proporcional ao agravo.

Art. 2º Ao ofendido em matéria divulgada, publicada ou transmitida por veículo de comunicação social é assegurado o direito de resposta ou retificação, gratuito e proporcional ao agravo.

§ 1º Para os efeitos desta Lei, considera-se matéria qualquer reportagem, nota ou notícia divulgada por veículo de comunicação social, independentemente do meio ou da plataforma de distribuição, publicação ou transmissão que utilize, cujo conteúdo atente, ainda que por equívoco de informação, contra a honra, a intimidade, a reputação, o conceito, o nome, a marca ou a imagem de pessoa física ou jurídica identificada ou passível de identificação.⁷⁸

Para antes mesmo da lei acima mencionada é importante ressaltar que a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso V, entende como direito fundamental o direito a resposta:

“V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”.⁷⁹

Importante ressaltar que a questão da veracidade da informação e da notícia veiculada não é o fator preponderante para dizer se haverá ou não ofensa, a boa-fé neste caso é de suma importância, e o quesito aqui a ser avaliado é a honra e o impacto degradante que se cria ao indivíduo.

78 BRASIL. Lei Nº 13.188, De 11 De Novembro De 2015. Dispõe sobre o direito de resposta ou retificação do ofendido em matéria divulgada, publicada ou transmitida por veículo de comunicação social. Brasília, 11 de novembro de 2015.

79 BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 5 de outubro de 1988.

O direito a resposta abarca duas modalidades distintas, sendo elas o direito à retificação, e o direito à réplica. Tal entendimento é consagrado pela Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 130 que ressignifica o artigo 29 da antiga lei de imprensa:

“Art. 29. Toda pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade pública, que for acusado ou ofendido em publicação feita em jornal ou periódico, ou em transmissão de radiodifusão, ou a cujo respeito os meios de informação e divulgação veicularem fato inverídico ou, errôneo, tem direito a resposta ou retificação”.⁸⁰

Vislumbrando isso, é importante que tratemos da nova perspectiva, criada pela tecnologia, pois, apesar de ser ainda recente a legislação de 2015, a forma como se propaga uma informação sofreu drásticas mudanças em um período de cinco anos.

O aplicativo de troca de mensagens WhatsApp, se tornou uma grande ferramenta de disseminação de mensagens instantâneas e de grande relevância no cotidiano da população.

Uma significativa parcela da população recebe e transmite mensagens e informações por meio da ferramenta, e muitas vezes, por um desconhecimento replicam falsas informações, antes de verificar a confiabilidade das fontes e dos canais que as transmitem, seja movido pela confiança na pessoa remetente, ou por uma ingenuidade e desconhecimento dos reflexos que possam ser provocados.

O exemplo acima, é só um dos pontos que devem ser tratados e amparados pelo direito atualmente. Isto pois, a informação não é produzida e disseminada exclusivamente pelos veículos tradicionais de comunicação, e todas aquelas pessoas que trabalham na disseminação de um conteúdo ofensivo e degradante a uma pessoa, deveriam ser responsabilizadas a retratação, não apenas através de uma indenização.

80 BRASIL. Lei nº 5.250, de 09 de fevereiro de 1967. Lei de Imprensa. Revogada. Brasília, 9 de fevereiro de 1967.

A cadeia da desinformação como um todo deve ser permeada pelo direito de resposta, uma vez que, nestes novos meios de comunicação a amplitude depende de uma informação é proporcional a interação e aos desdobramentos que os usuários dão a elas.

Nos últimos anos, perfis de personalidades em suas redes sociais têm maiores interações e engajamento do que muitos meios de comunicação hoje abandonados. Os administradores e donos desses perfis são conhecidos como influenciadores, pois, aquilo que eles lançam e disseminam como bom e atrativo gera uma grande procura, tanto que inúmeras pessoas fazem disso suas profissões.

Apesar de, não serem meios tradicionais de comunicação social, estes perfis assinam contratos de parceria e de divulgação de produtos, serviços e informações em altos montantes e mesmo que indiretamente são semelhantes aos meios tradicionais. Devido a este grande engajamento então, o marketing de muitas empresas tem visto mais atrativo retorno em investimento nestes meios de publicidade do que nos moldes e nos meios antigamente consolidados.

Desta forma a responsabilidade na liberdade de expressão e ao direito à informação não podem mais ser de inteira responsabilidade dos veículos de comunicação tradicionais. A exemplo, podemos tratar a disseminação de notícias falsas e de ofensa a pessoas tidas com oponentes na corrida eleitoral de 2018 no Brasil, seja para os cargos de deputados, ou mesmo ao nível da alta esfera do poder executivo do país, que é a presidência da república. A última chapa eleita a presidência enfrenta sete processos de cassação junto ao TSE, sendo eles por abuso de poder, como pelo uso e disseminação em massa de informações falsas em detrimento e desonra de seus adversários na disputa ao cargo de presidente.⁸¹

Ainda na Lei Nº 13.188, de 11 de novembro de 2015, mais especificamente em seu Art. 2º, no § 2º, é exposto: “São excluídos da definição de matéria estabelecida no § 1º deste artigo os comentários realizados por usuários da internet nas páginas eletrônicas dos veículos de comunicação social”.

⁸¹<https://www.dw.com/pt-br/os-poss%C3%ADveis-cen%C3%A1rios-para-o-julgamento-da-chapa-bolsonaro-mour%C3%A3o-no-tse/a-53978379>

Porém, o que se busca estender e discutir aqui, não são os comentários realizados nas notícias ou mesmo nas informações disseminadas pelos veículos de comunicação, mas sim englobar a eles as novas formas de disseminação e veiculação de notícias e informação.

Não se descarta a responsabilização civil ou mesmo criminal, de perfis e contas que de maneira ofensiva e discriminatória propagam conteúdo de ódio por meio de comentários, nas redes sociais, mas entende-se que a estes não é estendido o direito à resposta. Contudo, se tratando de publicações relacionados a determinada informação e que em seu bojo causem ofensas a determinado indivíduo, é cabível a aplicação da retratação ou da réplica nestes casos?

A Constituição Federal, prevê de forma ampla o direito à informação, contudo, a mesma não pode ser adquirida a qualquer custo, e também encontra limitações à medida que incorrem a pessoas degradações e ferem seus direitos. Os direitos fundamentais devem ser mitigados para que um não incorra em degradação de outro. Assim a liberdade de expressão, ou mesmo o direito à Informação não podem ser arguidos a qualquer modo e a qualquer custo.

A Constituição Federal de 1988 trouxe, junto com a redemocratização do país, ampla proteção aos direitos fundamentais, garantindo especial destaque à liberdade de expressão, impulsionada, em boa parte, pelas mazelas que abateram o Brasil durante o Regime Militar, em que a censura recaía sobre qualquer tipo de manifestação que o Governo considerasse perigosa ou ofensiva aos seus próprios interesses. Isso incluía desde notícias jornalísticas que denunciavam os abusos do regime às expressões artísticas. As consequências eram as piores possíveis: censura prévia de conteúdos produzidos, privação da liberdade de ir e vir, risco à integridade física e, às vezes, à própria vida.⁸²

82 ISTAMATI, Gisele Barroso. Liberdade de Expressão: humor e política. 2016. 108f. Dissertação (Mestrado em Direito)- Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. SP. 2016. p. 11.

A liberdade de se expressar é por inúmeras vezes o argumento que fundamenta uma enormidade de ofensas dirigidas aos indivíduos, contudo já é mais que evidente que não há mais terreno fértil para se fundamentar tais atos.

A liberdade de expressão possui uma primeira dimensão relacionada à constituição do ser humano como tal, de sua individualidade, de sua identidade, de sua necessidade, enquanto ser social, de exprimir-se, expressar-se sem embaraços ou cerceamentos, independentemente de qual seja a relevância de suas manifestações para o interesse público ou para qualquer outra pessoa.

Ainda nessa esfera, a liberdade de expressão vai além das comunicações por meio da arte e das palavras, estendendo-se a aspectos que denotem posicionamentos e convicções do indivíduo, de maneira que a liberdade de apresentar-se com determinadas vestimentas, adornos ou tatuagens, por exemplo, também é liberdade de expressão.

Em uma segunda dimensão, a liberdade de expressão constitui-se em pilar da democracia, no sentido de sua indispensabilidade para a participação do indivíduo enquanto cidadão que pode criticar, opinar e atuar politicamente na comunidade na qual está inserido.⁸³

Podemos visualizar isso de forma concreta no ordenamento brasileiro quando analisamos o caso do Habeas Corpus nº 82.424-2/RS, julgado pelo Supremo Tribunal Federal, que analisava o caso do escritor Siegfried Ellwanger Castan. A decisão proferida pela suprema corte é precedente utilizado nas decisões dos tribunais nacionais, em casos que tratam do abuso a liberdade de expressão.

Os meios de comunicação social, evoluíram, e sofreram uma grande revolução, ganhando protagonismo diferente na vida da população. A produção em massa de conteúdo e o não compromisso com a veracidade para que possa atingir e chocar um número maior de

83 OCCIUZZI, Rita de Cássia Moreno de Souza. O direito à liberdade de expressão e o discurso de ódio na democracia contemporânea. 2017. 102 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Fortaleza- UNIFOR CE. 2017, p 19.

pessoas é incompatível com o que se busca no progresso da sociedade. E muito além disto, a medida que interfere na esfera pessoa do indivíduo, acarretando a ele uma ofensa e denegrindo sua imagem, nome e honra, o seu direito a resposta, seja por meio de réplica ou retratação deve ser assegurado, seja ele nos moldes tradicionais de que se trata a legislação vigente ou não.

A resposta a uma ofensa realizada em uma rede social deve ser dada a mesma propagação, divulgação e o impulsionamento para que aos mesmos moldes dos meios tradicionais de comunicação, possa atingir o mais próximo o nível de clareza na proteção dos direitos da personalidade.

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, possui em seu corpo dois artigos fundamentais para que possamos entender e replicar a essa nova forma de meios de comunicação social tal possibilidade de resposta. A analogia, dos princípios gerais, quando da omissão de uma determinada lei; e, dos fins sociais da aplicação da mesma.

“Art. 4º Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.

Art. 5º Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.⁸⁴

Não apenas os veículos de comunicação social tradicional que lucram e são de alguma forma beneficiados pelas ofensas que propagam, devem ser penalizados por tais atitudes, seja na forma civil, em pecúnia ou dando espaço a resposta, e em casos mais graves penalmente. Mas, atualmente deve ser, mesmo que de maneira análoga aplicável o direito a resposta em meios de comunicação social não tradicionais, haja vista que de certa forma hoje ocupam um papel e um protagonismo muito maior que os veículos de que trata a lei. Todos aqueles que por má-fé, são responsáveis por criar e propagar tais ofensas, e disseminar o ódio, e que tem por característica serem objetos de

84 BRASIL. Decreto-lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro, 4 de setembro de 1942

informação e disseminação de conteúdo a população devem sim ser sancionados a ofertar espaço semelhante ao direito de resposta.

4.Considerações finais

O progresso democrático e de proteção a direitos fundamentais no Brasil ainda é muito recente, a Constituição Federal em vigência data de 1988 e possui uma forte mudança de paradigmas, buscando uma ampla proteção de direitos fundamentais e básicos, que no regime anterior foram amplamente desrespeitados e violentados pelos governos no poder.

Neste período de pouco mais de 30 anos, a informação tomou uma proporção que ainda era inimaginável, o avanço tecnológico e da ciência proporcionaram a população um amplo acesso a conhecimentos que antes não eram de fácil disseminação. A população periférica tomou para si direitos e reivindicações que antes desconheciam e passaram a exercer um protagonismo maior. A educação e o conhecimento transformam e criam uma nova perspectiva de vida.

Contudo, ao mesmo tempo que a informação transforma positivamente, ela pode exercer um papel adverso na esfera pessoal, visto que os conflitos que podem ser gerados quando há o enfrentamento de um ou mais direitos no cotidiano. A Liberdade de Expressão, o Direito à Informação, e mesmo os Direitos Personalíssimos, vão encontrar limitações entre eles mesmos para que possam coexistir e criar uma esfera harmoniosa.

O direito de livre expressão do indivíduo não irá, e nem deve isentá-lo das responsabilidades que o seu ato gerar. O direito à expressão livre e a informação não se fundam no pilar de não reação, ou de isenção de consequências, pois, partindo do pressuposto de que, as ideias, informações ou conteúdos propagados atingem a esfera de outrem, o impacto que elas causem devem ser ponderados. A livre disseminação de ódio e discriminações, de qualquer aspecto, devem ser coibidas, para não gerar o caos. Além disto, os direitos personalíssimos são de igual relevância e devem ser protegidos, a honra, o nome e a imagem de uma pessoa não podem ser maculados e sim respeitados a mesma forma.

Assim, o legislador busca uma coexistência harmônica entre os direitos, porém quando o mesmo não ocorre existem sanções possíveis para que possa haver a reparação. Esta então pode ocorrer em pecúnia, em sanções penais em casos mais graves, ou mesmo amparada pelo direito a resposta.

O direito à resposta que é fundado na Constituição Federal de 1988 e na Lei nº 13.188, de 11 de Novembro de 2015, trabalha a respostas em veículos de comunicação social tradicionais, como nas redes de disseminação de informações tradicionalmente conhecidas, porém com o avanço da internet a forma de comunicação e divulgação se modificou, e a forma de se transmitir informação evoluíram.

Os novos veículos de comunicação são mais modernos, e muitos mais amplos do que o tratado no texto legal, para tanto deve o aplicador do direito fazer de maneira análogo, a transposição do direito a resposta no caso desses perfis, para que seja a pessoa ofendida e degradada em sua intimidade o direito a resposta.

O direito deve evoluir constantemente para se adaptar às novas realidades, e assim o direito a resposta é necessário para se efetivar uma reparação a dignidade da pessoa ofendida, seja ela em veículos tradicionais de comunicação social ou não. A nova fase da internet mundial demanda uma proteção ainda maior aos direitos personalíssimos, para que seja resguardada a dignidade da pessoa humana, visto que, a informação e a sua propagação ganha uma nova forma de serem pensadas, a explosão de informações e de conteúdos gerados, sejam eles verdadeiros ou falsos, são capazes de criar resultados inconcebíveis a poucos anos.

A informação é capaz de transformar o mundo, seja de maneira positiva ou negativa, e cabe ao direito a responsabilidade de guiar e resguardar essa mudança ao patamar positivo, protegendo direitos e efetivando deveres de maneira ética.

5. Referências

BARROSO, Luís Roberto e BARCELLOS, Ana Paula. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de pon-

deração. Interpretação constitucionalmente adequada do Código Civil e da Lei de Imprensa. RTDC, v.16, out./dez., 2003.

BERNARDES, Camila Fernandes Santos. O direito fundamental de acesso à informação: Uma análise sob a ótica do princípio da transparência. 2015. 81 f. Dissertação (Mestrado em Direito)- Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, 5 de outubro de 1988.

BRASIL. Decreto-lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Rio de Janeiro, 4 de setembro de 1942

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, 10 de janeiro de 2002

BRASIL. Lei Nº 13.188, De 11 De Novembro De 2015. Dispõe sobre o direito de resposta ou retificação do ofendido em matéria divulgada, publicada ou transmitida por veículo de comunicação social. Brasília, 11 de novembro de 2015.

BRASIL. Lei nº 5.250, de 09 de fevereiro de 1967. Lei de Imprensa. Revogada. Brasília, 9 de fevereiro de 1967.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 130 - Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Relator: Ministro Carlos Ayres de Britto.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 82.424-2 Rio Grande do Sul. Diário da Justiça. 19 de março de 2004. Relator originário Min. Moreira Alves, Relator do acórdão Min. Maurício Correia.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Acceso a la información, violencia contra las mujeres y la administración de justicia en las Américas. Costa Rica: OEA, 2015.

FARIAS, Edilsom Pereira de. Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre: Fabris, 1996.

ISTAMATI, Gisele Barroso. Liberdade de Expressão: humor e política. 2016. 108f. Dissertação (Mestrado em Direito)- Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. SP. 2016.

OCCIUZZI, Rita de Cássia Moreno de Souza. O direito à liberdade de expressão e o discurso de ódio na democracia contemporânea.

2017. 102 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Fortaleza- UNIFOR CE. 2017.

SILVA, Jose Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 27ª edição. São Paulo. Malheiros Editores. 2006.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; FERRARI, Caroline Clariano. O direito à informação como direito fundamental ao estado democrático. Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe, v. 4, n. 2, 2016.

DIREITO DE IMAGEM *VERSUS* LIMITE DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

*Pâmela Damasceno Vieira*⁸⁵

RESUMO:

Este artigo aborda os conceitos de Direito de Imagem e de Liberdade de Expressão delineando suas origens e especificações, bem como estabelece os limites da Liberdade de Expressão para que esta não viole o Direito de Imagem constitucionalmente garantido à pessoa humana. Analisa ainda os danos que podem surgir a partir desta violação e a importância do respeito aos limites desses institutos jurídicos para o bem-estar social.

Palavras-chave: Direito de personalidade. Direito de imagem. Liberdade de expressão. Limites. Bem-estar social.

1. Introdução

Este trabalho abordará as questões pertinentes ao Direito de Imagem e ao Direito de Liberdade de Expressão. A partir da conceituação, busca-se uma análise da importância que esses direitos apresentam para a evolução social, sendo conquistas populares do Estado Democrático de Direito em que se vive. Propõe-se, ainda, uma reflexão acerca da problemática que envolve os limites impostos para o bom funcionamento desses Direitos.

Inicialmente, visualiza-se o que é o Direito de Imagem, sua participação nos Direitos de Personalidade e o que tutelá-lo significa, ou seja, a sua importância para o meio social. Na sequência, trata-se sobre o Direito de Liberdade de Expressão, o que este representa e a sua relevância para a proteção de Direitos Individuais.

Dessa forma, também será objeto de estudo o que pensam os grandes tribunais, inclusive o STF, sobre esses Direitos. Serão apre-

⁸⁵ Pós-graduanda no curso de Direito Civil Aplicado - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte/MG – E-mail: pmelav@yahoo.com.br

sentados os entendimentos jurídicos, os jurisprudenciais e sumulados de diferentes tribunais quanto à aplicação do Direito de Imagem e o que estaria ultrapassando a sua esfera, se justificando como Direito de Liberdade de Expressão.

Por fim, com uma visão ampla e jurisprudencial que contemplará a apresentação de casos concretos como o do cantor Roberto Carlos, procura-se estabelecer os limites do Direito de Imagem e o de Liberdade de Expressão, a partir da compreensão dos valores estampados no ordenamento jurídico brasileiro e da necessidade de um melhor convívio social.

2. Os direitos da personalidade

Inicialmente, cumpre esclarecer o que são os Direitos da Personalidade para se entender onde o Direito de Imagem se encontra abrangido. Os Direitos da Personalidade são valores fundamentais que surgem a partir das atividades sociais praticadas pelo indivíduo, a começar pelo nosso próprio corpo que é a condição essencial do que somos, sentimos, pensamos e agimos, como expõe Miguel Reale. (REALE, 2004).

Em uma versão atual, define-se que são estes os direitos que garantem que a dignidade da pessoa humana seja assegurada e igualmente que o ser individual exerça sua cidadania. São eles: o direito a controlar o uso do seu nome, corpo, imagem, aparência e aspectos que construam a identidade do indivíduo.

A Constituição Federal de 1988 dispõe sobre tais, em seu art. 5º, inciso X:

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. (BRASIL, 1988).

O Código Civil ao dispor desses direitos fundamentais chama atenção que não poderá o sujeito renunciar e/ou transmitir nenhum destes, pois são personalíssimos. Ou seja, característicos daquele ser individual e apenas ele pode reclamá-los quando violados.

Nas palavras de Daniel Sarmiento: “A personalidade mais do que um direito é um valor - o mais importante do ordenamento, diga-se de passagem -, que se irradia e penetra por todos os campos do Direito, público ou privado.” (SARMENTO, Daniel. 2008. p. 102).

A princípio, quanto à sua classificação, os direitos de personalidade eram divididos em: direitos à integridade física, que compreende os direitos à vida, ao próprio corpo e ao uso de seu cadáver, e direitos à integridade moral, que abrange os direitos à honra, liberdade, imagem e ao nome. (FIUZA, 2006).

Adicionou-se com a modernização dos conceitos jurídicos mais uma divisão a esses direitos, sendo à integridade intelectual, que protege a liberdade de pensamento, autoria científica, literária e artística.

Conceituação de grande importância à discussão que adentrará adiante.

3. O Direito de Imagem

Conforme explorado acima, visualiza-se que o Direito de Imagem pertence à classificação de Direitos à integridade moral abrangida pelos Direitos de Personalidade. Este surgiu com a intenção de proteger tanto o uso da imagem física do sujeito quanto à representação de sua aparência individual e distinguível.

Existem dois institutos da imagem, cujo entendimento faz-se necessário: o primeiro é denominado imagem-retrato e refere-se à representação física da pessoa, e o segundo imagem-atributo, que se trata das qualidades cultivadas pela pessoa socialmente, tais como: habilidade, competência e lealdade. (DINIZ, 2004).

Nas palavras de Sérgio Cavaliere Filho, a imagem: “É o sinal sensível da sua personalidade, destacável do corpo e suscetível de representação através de múltiplos processos, tais como pinturas, esculturas, desenhos, cartazes, fotografias e filmes.” (CAVALIERI FILHO, Sérgio. 2010, p. 108).

Compreendendo o que abrange a imagem de um indivíduo, vale ressaltar que esta não poderá ser vendida, renunciada ou cedida em definitivo, mas, por outro lado poderá ser licenciada por seu titular a terceiros mediante contrato, revelando a característica de ser um Direito disponível.

Nesse sentido, o art. 20 do Código Civil dispõe:

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. (CIVIL, Código. 2002).

O resguardo do Direito de Imagem da pessoa humana manifestou-se em meio ao aumento da divulgação de imagens proporcionado pelos meios de comunicação atuais, em que não se observa a privacidade do outro, e tornou-se comum espalhar conteúdo enganoso.

Com isso, a jurisprudência se uniformizou no sentido de que em uma discussão sobre publicação não autorizada da imagem de uma pessoa não será necessário comprovar o prejuízo para fins de indenização.

Segue o enunciado da Súmula 403 do STJ: “Independente de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais.” (Superior Tribunal de Justiça. 2009).

Ademais, relevante entender o que proteger o Direito de Imagem significa, a começar que este foi elevado a cláusula pétrea por se tratar de Direito e Garantia Individual assegurada pela Constituição Federal Brasileira.

O Direito de Imagem projeta efeitos jurídicos além da morte do indivíduo, mantendo sua integridade. Sendo assim, é um Direito autônomo o qual deve ser tutelado com cautela.

4. A liberdade de expressão

Historicamente, ao longo de décadas, acompanha-se a conquista popular do direito de poder se expressar livremente em meios de comunicação, como: jornais, televisão, rádio, internet, e em grupos sociais. Inevitável à visualização da importância desta liberdade para manter o Estado Democrático de Direito em que se vive.

Nesse ideal, vale destacar o pensamento do filósofo Voltaire: *“Posso não concordar com nenhuma das palavras que você disser, mas defenderei até a morte o direito de dizê-las.”* (HALL, 1906).

Em nossa Constituição Federal/88 está evidenciado:

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: IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato. (BRASIL, 1988)

E ainda, no mesmo sentido, o art. 19 da Declaração Universal dos Direitos Humanos expõe:

Art.19: Todo o indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão, este direito implica a liberdade de manter as suas próprias opiniões sem interferência e de procurar, receber e difundir informações e ideias por qualquer meio de expressão independentemente das fronteiras. (ONU. 1948)

Portanto, define-se a Liberdade de Expressão como sendo um Direito Fundamental que garante a todos a livre manifestação de suas opiniões, ideias e pensamentos, sem censura de qualquer tipo de hierarquia. (ONU, 1948).

É significativo saber que este Direito é de liberdade, mas esta não é ilimitada e sim, revertida de responsabilidade. O limite da Liberdade de Expressão se encontra em levar a informação livremente, mas apenas se ela for verídica.

Norberto Bobbio diz:

Na maioria das situações em que está em causa um direito do homem, ao contrário, ocorre que dois direitos igualmente fundamentais se enfrentem, e não se pode proteger incondicionalmente um deles sem tornar o outro inoperante. Basta pensar, para ficarmos num exemplo, no direito à liberdade de expressão, por um lado, e no direito de não ser enganado, excitado, escandalizado, injuriado, difamado, vilipendiado, por outro. Nesses casos, que são a maioria, deve-se falar de direitos fundamentais não absolutos, mas relativos, no sentido de que a tutela deles encontra, em certo ponto, um limite insuperável na tutela de um direito igualmente fundamental, mas concorrente. E, dado que é sempre uma questão de opinião estabelecer qual o ponto em que um termina e o outro começa, a delimitação do âmbito de um direito fundamental do homem é extremamente variável e não pode ser estabelecida de uma vez por todas. (BOBBIO, 1992, p.24)

Assim, nota-se que é necessário resguardar o Direito de Liberdade de Expressão observando os seus limites para que não ultrapasse os de outro Direito Fundamental.

Observa-se no posicionamento do Supremo Tribunal Federal (STF), a respeito desta matéria:

O Ministro Gilmar Ferreira Mendes, no voto condutor que proferiu no Recurso Extraordinário n. 511.961/SP, observou que as restrições à liberdade de expressão em sede legal são admissíveis, desde que visem a promover outros valores e interesses constitucionais também relevantes e respeitem o princípio da proporcionalidade. (Supremo Tribunal Federal, 2009)

Por esse ângulo, constitui-se necessária a análise da estabilidade deste Direito a seguir.

5. O equilíbrio entre o Direito de Imagem e a Liberdade de Expressão

Uma vez estabelecidas às peculiaridades tanto do Direito de Imagem quanto do de Liberdade de Expressão, agora esse estudo tratará dos limites a serem respeitados e os entendimentos jurídicos existentes sobre o assunto.

Assiduamente na mídia tem-se ciência de casos públicos que discutem alguma violação do Direito de Imagem, com justificativa de que foi apenas uma divulgação de informações, ou seja, uso da Liberdade de Expressão.

Como exemplo, a explorar o caso do cantor Roberto Carlos que em 2014 teve um pedido discutido no Supremo Tribunal Federal (STF) para preservar que os artistas mantivessem o controle sobre a realização de bibliografias publicadas em seus nomes. (Supremo Tribunal Federal, 2014).

O artista havia se envolvido em outro caso desse assunto anteriormente. Na época, houve decisão a seu favor e uma editora teve que recolher exemplares divulgados de uma bibliografia não autorizada pelo cantor. (Supremo Tribunal Federal, 2007).

A decisão dos Ministros do STF, quanto à ação de 2014, foi contrária ao pedido de Roberto Carlos, eles derrubaram a necessidade de autorização prévia de uma pessoa biografada para publicação de obras que sejam sobre sua vida. (Supremo Tribunal Federal, 2014).

Nas palavras da Ministra Carmen Lúcia:

Não é proibindo, recolhendo obras ou impedindo sua circulação, calando-se a palavra e amordaçando a história que se consegue cumprir a Constituição. A norma infraconstitucional não pode amesquinhar preceitos constitucionais, impondo restrições ao exercício de liberdades. (STF. ADI 4815, 2015)

Ricardo Lewandowski, presidente do STF à época, afirmou que:

Não existem direitos ou liberdades absolutos, há possibilidade das pessoas recorrerem a Justiça. É impossível que se

censure ou exija autorização prévia de biografias. A Corte hoje reafirma a mais plena liberdade de expressão artística, científica e literária desde que não se ofendam outros direitos constitucionais dos biografados. (STF. ADI 4815, 2015)

No presente caso, a pessoa Roberto Carlos e demais artistas tornam-se pessoas de interesse público, por serem famosos e significativos para a arte e cultura do País. Se o uso da sua Imagem esta ligada à arte não poderá ser contestado, a menos que viole a sua intimidade.

Sergio Cavalieri Filho expõe:

Se a imagem de alguma pessoa estiver inserida em um contexto amplo e genérico, de modo a ficar claro na composição gráfica que o seu propósito principal não é a exploração econômica, tampouco a identificação da pessoa, mas sim noticiar determinado acontecimento, não haverá que se cogitar de violação de direito à imagem. (CAVALIERI FILHO, Sérgio. 2010, p. 109).

Destarte à decisão, foi estabelecido entendimento de que propagar informação verdadeira sem autorização do indivíduo é exercer o Direito de Liberdade de Expressão, assegurado pelos pressupostos legais que já vimos: a Organização das Nações Unidas e a nossa Carta Magna, a Constituição Federal/88.

Por outro lado, uma vez que a informação seja de cunho falso, com o intuito de denegrir a Imagem de uma pessoa, a caluniar ou a injuriar, o respaldo da lei também existe para que o dano sofrido seja recompensado.

O dano é visível no abuso do uso da Imagem de um indivíduo quando ocorre uma exploração econômica, no sentido de querer obter lucro, e uma lesão à imagem física ou representação da aparência individual daquela determinada pessoa. A partir da constatação deste dano, caberá indenização moral em razão da ofensa sofrida.

Com respaldo na Legislação Civilista, o art. 186 protege: “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, vio-

lar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.” (CIVIL, Código. 2002).

Igualmente, o art. 927: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.” (CIVIL, Código. 2002).

Como visto anteriormente, há o entendimento sumulado de que para ser indenizada uma pessoa que tenha tido seu Direito de Imagem violado não precisará comprovar o seu prejuízo. Uma vez que ocorreu a exploração econômica e a lesão, esta terá que ser indenizada moralmente. (Súmula 403, STF).

Dessa forma, analisa-se que há limitações para o uso da Imagem de uma pessoa tendo em vista a necessidade de se preservar o seu Direito individual. Isto é, deve ser estabelecido um equilíbrio entre a Liberdade de se expressar e o Direito de Imagem.

A mídia e os meios de comunicação podem sim transmitir suas matérias com o objetivo de levar informação à população, desde que não ultrapassem os limites morais, denegrindo a Imagem de determinada pessoa. O que é diferente de restringir as informações a serem disseminadas ou proibi-las.

Observemos o conteúdo do art. 220 e paragrafo 2º, da CF/88:

Art. 220: A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. §2º: É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística. (BRASIL, 1988).

Conceituando a palavra censura, pode-se afirmar que trata da desaprovação de uma hierarquia sobre uma informação retirando-a de circulação pública. Clareando ainda mais a ideia, percebe-se que de forma nenhuma ocorre censura quando alguém resguarda sua Imagem de imposições divulgadas erroneamente, pois, nesse caso, está apenas pleiteando a responsabilização da pessoa que extrapolou em sua fala, lesando o Direito do outro.

Nas palavras de Pinto Ferreira:

O Estado democrático defende o conteúdo essencial da manifestação da liberdade, que é assegurado tanto sob o aspecto positivo, ou seja, proteção da exteriorização da opinião, como sob o aspecto negativo, referente a proibição de censura. (FERREIRA, Pinto. 1989, p.68).

Aliás, não será qualquer assunto que vai ser divulgado nos meios de comunicação, deve haver um interesse social sustentando a divulgação.

A própria Constituição Federal/88 impõe limites ao Direito de Liberdade de Expressão, em seu art. 5º, sendo vedado o anonimato ao publicar informações sobre quem seja. A legislação brasileira assegura ainda o direito de responder à crítica em até 60 dias do momento de ciência do conteúdo escrito, assim como a inviolabilidade está associada à indenização material ou moral.

Da mesma forma, há limitações ao Direito de Imagem em que se observa a predominância do interesse público sobre o privado. Ressalta-se aqui o Direito de se divulgar informação em prol social, pela administração pública e/ou manutenção da ordem pública.

Ainda, quando se tratar da divulgação de Imagem de pessoas famosas, como já abordado na discussão sobre o caso Roberto Carlos, em que não necessariamente terão elas que autorizar todo e qualquer uso da sua Imagem.

Em virtude da tutela da Constituição/88 sobre ambos os Direitos, como visualizado acima, estes devem ser tratados de modo igualitário, com a aplicação de limites que garantam o seu exercício de maneira equilibrada pela sociedade.

5.1. Visão Jurisprudencial

Adentrando um pouco mais nas possibilidades jurídicas que englobam o Direito de Imagem e o de Liberdade de Expressão, passa-se então a uma breve análise de algumas circunstâncias práticas.

Primeiramente, cumpre-se ressaltar que o Direito de Imagem pode ser autorizado por seu titular em proveito econômico de terceiro

sem que se caracterize dano a sua Imagem. Mas, se não houver esta autorização será caracterizada a violação à Imagem daquela pessoa.

O entendimento foi estabelecido pelo STF:

Ementa: Direito à proteção da própria imagem, diante da utilização de fotografia, em anúncio com fim lucrativo, sem a devida autorização da pessoa correspondente. Indenização pelo uso indevido da imagem. Tutela jurídica resultante do alcance do direito positivo. PROVIDO. (RE 91.328/SP, publicado no DJ de 11.12.1981).

Importante observar a preocupação do Supremo Tribunal Federal em repelir a intenção comercial do uso da Imagem não autorizada, e este uso foi o desencadeador do dano sofrido.

Em outra interpretação, quando se tratar de pessoa pública de constante aparição na mídia, o Direito sob sua Imagem é de certa forma mais abrangente, claro, observando sua intimidade.

Nesse sentido, julgamento do STF:

RESPONSABILIDADE CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO INDENIZATÓRIA POR DANOS MORAIS. EXISTÊNCIA DO ILÍCITO, COMPROVAÇÃO DO DANO E OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR. PESSOA PÚBLICA. ARTISTA DE TELEVISÃO. LIMITAÇÃO AO DIREITO DE IMAGEM. JUROS MORATÓRIOS. INCIDÊNCIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS E CUSTAS PROCESSUAIS. REPARTIÇÃO. Ator de TV, casado, fotografado em local aberto, sem autorização, beijando mulher que não era seu cônjuge. Publicação em diversas edições de revista de “fofocas”. RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO. (STJ – REsp1082878/RJ – Rel. Nancy Andrighi – j. 14.10.2008 – Dje. 18.11.2008).

Isto é, as pessoas públicas estão naturalmente ligadas a opiniões e críticas diariamente, o que relativiza a proteção do seu Direito de Imagem.

De outra forma, a Liberdade de Expressão é limitada quando ocorre um exagero na divulgação de uma Imagem, ultrapassando os limites da informação e causando danos a quem foi divulgado. Ou seja, com o intuito de atacar determinada pessoa.

Nessa lógica, o STF:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. PUBLICAÇÕES EM BLOG DE JORNALISTA. CONTEÚDO OFENSIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL. LIBERDADE DE IMPRENSA. ABUSOS OU EXCESSOS. ARTIGOS ANALISADOS: ARTS. 186, 187 e 927 DO CÓDIGO CIVIL. 1. Ação de compensação por danos morais ajuizada em 09.10.2007. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. (STJ, REsp 1328914-DF, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 11/03/2014, T3 - TERCEIRA TURMA)

O entendimento versa nas palavras do Ministro Luiz Fux: “A Liberdade de Expressão não pode servir para amparar agressões desarrazoadas, ou que ultrapassem os limites de divulgação, informação, expressão de opinião ou livre discussão de fatos.”

Com isso, apenas dá-se ênfase ao fato de que tanto o Direito de Imagem quanto o Direito de Liberdade de Expressão têm amparos legais e fortemente discutidos no âmbito do Supremo Tribunal Federal, a versar sobre o conteúdo limitando suas esferas para que não haja Direito ferido.

6. Considerações Finais

No decurso deste artigo problematizou-se onde se encontraria o limite do Direito de Liberdade de Expressão ao tratar da Imagem de uma determinada pessoa. O que caracterizaria como excesso da divulgação de informação a ponto de causar dano a outrem, além de abordar ainda peculiaridades desses direitos, constitucionalmente garantidos.

Pois bem, viu-se que este limite é ultrapassado quando há informações inverídicas divulgadas invadindo a privacidade e violando a Imagem do indivíduo. Como observado, o ordenamento jurídico

brasileiro estabeleceu entendimento sobre o dano ensejar indenização material ou moral, uma vez constatada a presença de exploração econômica e lesão.

Ainda, aprofundou-se no que tange ao Direito de Imagem da pessoa pública que se encontra constantemente presente nos meios de comunicação. Demonstrando que esta está sujeita a uma visão mais abrangente do Direito de Imagem e o que seria sua violação, pois, é necessário compreender que o simples noticiar sobre um determinado fato envolvendo uma pessoa pública não causa dano, isso se o fato for verdadeiro.

Claro, que visualizando um exagero na informação divulgada por meios de comunicação, antes de tudo se protegerá a intimidade do cidadão.

A tratar do Direito de Imagem, fez-se necessário entender que este abrange toda a fisiologia do ser, igualmente a sua aparência e o que a constrói. E que em momento algum, nada que a compõe pode ser vendido, renunciado ou cedido para terceiro sem autorização com intuito de obter lucro com seu uso.

Conservou-se o entendimento do Supremo Tribunal Federal, que foi claro, de que a Imagem de uma pessoa não pode ser vendida sem seu consentimento, e é exatamente este abuso que causará o dano a ela.

Uma vez identificado o dano, há respaldo na legislação para tal como já foi tratado.

A Constituição Federal/88 sustenta e dá segurança a estes dispositivos, de que a comunicação à população, ou seja, levar informação ao coletivo tem que acontecer desde que não seja a divulgação realizada de forma anônima e ultrapasse o que for determinado como verdadeiro.

Da mesma forma, que quem for vítima de dano à sua Imagem receberá a devida indenização sem precisar comprovar seu prejuízo.

O respaldo da nossa Constituição, bem como da Legislação Civilista, da Organização das Nações Unidas e julgamentos dos Tribunais sustentam de forma excepcional as delimitações destes Direitos.

Notou-se que o Direito de Liberdade de Expressão e o de Imagem estão sempre intercalados, a partir do momento que se divulga algo sobre alguém estará tratando desses Direitos.

Portanto, é inegável a relevância jurídica de se aprofundar neste tema, manter-se informado sobre as novas decisões e discussões que sobrevierem à reflexão, tudo à luz da Constituição Brasileira e dos valores que fundamentam o nosso Estado Democrático de Direito.

7. Referências

BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. Código Civil. Brasília: Congresso Nacional, 2002. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> Acesso em: 23 Jun. 2020.

BRASIL. Constituição Federal. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 23 Jun. 2020.

BRASIL. Organização das Nações Unidas. Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948. Disponível em: < <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>> Acesso em: 23 Jun. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1082878/RJ, 2008. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2050012/recurso-especial-resp-1082878/inteiro-teor-12228091>> Acesso em: 23 Jun. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1328914/DF, 2012. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25015657/recurso-especial-resp-1328914-df-2012-0058065-7-stj/inteiro-teor-25015658?ref=juris-tabs>> Acesso em: 23 Jun. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 91.328/SP, 1981. Artigos Jurídicos. A Proteção ao Direito à Imagem e a Constituição Federal. Disponível em: < STJww2.stj.jus.br > Acesso em: 23 Jun. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 403, 2009. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/verista/eletronica/>

stj-revista-sumulas-2014_38_capSumula403.pdf> Acesso em: 23 Jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Constitucionalidade nº 4815, 2015. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=293336>> Acesso em: 23 Jun. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 511.961/SP, 2009. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605643>> Acesso em: 23 Jun. 2020.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 9. ed., São Paulo: Editora Atlas, 2010.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. v. 1, 21. ed., São Paulo: Saraiva, 2004.

FERREIRA, Pinto. Manual de Direito Constitucional. 1989. ed: Forense.

FIUZA, César. Direito civil: Curso Completo. 9. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

G1. O portal de notícias da Globo. Caso Roberto Carlos. Disponível em: <<http://g1.globo.com/pop-arte/noticia/2015/06/roberto-carlos-diz-estar-satisfeito-com-decisao-do-stf-sobre-biografias.html>> Acesso em: 23 Jun. 2020.

HALL, Evelyn Beatrice. Amigos de Voltaire. 1906.

REALE, Miguel. Os direitos da personalidade. Artigos Jurídicos. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/dirpers.htm>> Acesso em: 23 Jun. 2020.

SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. 2. ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008.

A PRIVACIDADE E AS LIBERDADES PÚBLICAS NA ERA DIGITAL: A NECESSÁRIA IMPOSIÇÃO DE LIMITES AO EXERCÍCIO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

*André Canelas Alves*⁸⁶

RESUMO:

O presente trabalho tem por objetivo analisar o tradicional conflito entre os direitos à privacidade e as liberdades públicas – de informação e de imprensa –, a partir dos novos contornos que cada um deles adquiriu na era digital. Para tanto, realizou-se uma análise da visão que a doutrina e a jurisprudência têm tido desses institutos, de modo a delimitar o âmbito de proteção de cada um deles no paradigma de um sistema constitucionalizado, em que a dignidade da pessoa humana tornou-se a pedra de toque de todo o ordenamento jurídico e passou a orientar a interpretação e aplicação das demais normas. Esclarecidos os fundamentos e a importância de cada um dos direitos fundamentais em conflito, pretende-se apresentar uma possível solução que permita equacioná-los à sua ideal proporção a cada caso concreto, sem que jamais se permita a completa negativa de um pelo outro.

Palavras chave: Direito Civil. Direito à privacidade. Liberdades públicas. Conflito de direitos fundamentais.

1. Introdução

A sociedade contemporânea é marcada por um crescimento exponencial da tecnologia. Segundo a previsão que foi batizada como Lei de Gordon E. Moore, a capacidade de processamento de dados dobra a cada 18-24 meses.⁸⁷ Este cálculo mostra a dimensão da revolução que

⁸⁶ Advogado. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Pós-graduando em Direito Civil Aplicado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

⁸⁷ A afirmação que ficou conhecida como Lei de Moore foi feita por Gordon Moore, co-fundador da Intel, em um artigo de 1965. Moore previu que o poder de processamento dos computadores dobraria a cada 18 meses, pelo menos pelos próximos dez anos. Surpreendentemente, a previsão se mostrou conservadora: há mais de meio século,

estamos vivendo, cujos reflexos são enormes em todas as esferas da vida humana, com especial destaque para os meios de comunicação.

As possibilidades de acesso e produção de informações passam por um avanço sem precedentes na história da humanidade. Notícias e reportagens estão sempre ao alcance de um clique, e sua divulgação não depende mais da impressão e circulação de jornais ou revistas. Além disso, uma vez disponibilizadas as notícias podem ser revisitas a qualquer momento, eis que permanecem armazenadas na rede de computadores por tempo indeterminado sem que seja necessário nenhum esforço extraordinário de arquivamento e organização.

Ou seja, aliada à impressionante velocidade de propagação, as notícias são preservadas por tempo indeterminado não apenas na memória, mas no armazenamento virtual da rede de computadores.

Se por um lado são inegáveis os benefícios que a expansão do acesso à informação traz à sociedade em geral, como a transparência dos governos, a facilidade de comunicação e o acesso ao conhecimento, são graves os danos que podem advir de sua exploração desmedida.

Questiona-se até que ponto a divulgação constante e reiterada de informações particulares é aceitável, em um contexto em que a privacidade é consagrada como direito da personalidade, intimamente relacionado à dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, já advertiram os mestres Cintra; Grinover e Dinamarco (2006, p.75), de que “os modernos canais de comunicação de massa podem representar um perigo tão grande como o próprio segredo”.

Diante disso, o que se propõe aqui é uma reflexão acerca das consequências da ampliação da liberdade de informação nos direitos da personalidade, particularmente no direito à privacidade. Haveria uma efetiva colisão entre as esferas de proteção de cada um desses direitos? Caso afirmativo, como equacionar sua aplicação sem negar completamente nenhum dos dois? Haveria uma hierarquia entre esses direitos, devendo um ser priorizado em detrimento do outro?

Para o desenvolvimento da investigação, inicialmente se pretende traçar os novos contornos que os institutos clássicos do direito ci-

o crescimento previsto por ele continua ocorrendo. MOORE'S LAW. How overall processing power for computers will double every two years. Moore's Law. Disponível em: <<http://www.mooreslaw.org/>>. Acesso em: 25 jul. 2020.

vil receberam a partir de uma interpretação guiada pelo princípio da dignidade da pessoa humana, que, elevado pelo texto constitucional à categoria de valor central em nosso ordenamento jurídico, impõe uma leitura dos institutos jurídicos clássicos que guarde consonância com os valores por ele consagrados.

Traçada essa premissa inicial, poder-se-á aprofundar no conteúdo e nas esferas de proteção do direito à privacidade, enquanto direito da personalidade, e dos direitos de informação e de imprensa, enquanto liberdades públicas, todos revisitados à luz da dignidade da pessoa humana.

Por fim, pretende-se adentrar no campo de tensão entre esses dois direitos, delineando os contornos do conflito e traçando as bases para a busca da melhor solução, alinhada aos valores da dignidade da pessoa humana, eleitos pelo texto constitucional como norteadores de nosso sistema jurídico.

2. A dignidade da pessoa humana como valor fundamental na ordem jurídica brasileira e seus reflexos na interpretação e aplicação dos institutos jurídicos

Após longa e árdua caminhada, a Carta Política de 1988 consagrou como valor fundamental da ordem jurídica brasileira a dignidade da pessoa humana⁸⁸.

Dentre as inúmeras definições que têm se buscado dar à dignidade da pessoa humana, merece destaque a de Sarlet, por sua impressionante clareza e completude.

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra

88 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;

todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (SARLET, 2001, p. 60)

O desenvolvimento digno da pessoa humana e suas potencialidades tornou-se o valor axiológico sobre o qual está construído nosso Estado Democrático de Direito e que traça os parâmetros de aplicação e interpretação de todas as normas que compõe o ordenamento jurídico. Isso implica que os institutos jurídicos passam a ser enxergados e interpretados a partir de uma leitura coerente com os valores e princípios consagrados no texto constitucional.

Nesse paradigma, os institutos clássicos do Direito Civil adquirem uma nova roupagem, cada vez mais distante da proteção egoística do patrimônio e das liberdades individuais e mais alinhada aos valores humanistas e civilizatórios consagrados na Constituição Federal.

O fenômeno aqui relatado é analisado com primor por Rodrigues (2002, p. 02), que defende “a necessidade de forjar um novo direito civil, já não mais afeto exclusivamente às relações patrimoniais: o indivíduo, o ser humano é necessário afirmar como o centro referencial do ordenamento”.

Os reflexos dessa leitura constitucional dos institutos do direito civil são percebidos em primeiro lugar nos direitos da personalidade, que também passam a ser orientados à realização existencial da pessoa humana. Afinal, como lecionam Rosenvald e Farias (2016), nosso ordenamento jurídico não mais assegura somente o direito à vida, mas, necessariamente, reconhece e tutela o direito a uma vida digna.

Dornelles e Graziano Sobrinho (2011, p. 311) percebem que do “reconhecimento jurídico da dignidade da pessoa humana decorre a salvaguarda dos direitos da personalidade”.

Em sua concepção clássica, a personalidade jurídica representava a possibilidade de ser titular de relações jurídicas, seja como sujeito ativo ou passivo.

É esse ainda o cerne da noção de personalidade jurídica, sendo, inclusive, a que se extrai da leitura do art. 1º do Código Civil (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002):

Art. 1 ª Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil. (BRASIL, 2002)

Todavia, hodiernamente, o reconhecimento da personalidade jurídica, sob uma ótica civil-constitucional, torna insuficiente essa noção clássica, deveras limitada no que toca à proteção de uma vida digna.

Conforme lição de Tepedino:

Em respeito ao texto constitucional, parece lícito considerar a personalidade não como um novo reducto de poder do indivíduo, no âmbito do qual seria exercida a sua titularidade, mas como valor máximo do ordenamento, modelador da autonomia privada, capaz de submeter toda a atividade econômica a novos critérios de validade. (TEPEDINO, 2001, p. 47)

Nessa ordem de ideias, pode-se afirmar que os direitos da personalidade devem resguardar condições existências mínimas, que permitam o desenvolvimento da pessoa em suas múltiplas potencialidades.

Consagrando a tese aqui exposta, sedimentou-se o Enunciado 274 da Jornada de Direito Civil: “Os Direitos da Personalidade, regulados de maneira não exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, II, da Constituição Federal”. (BRASIL, 2012).

Traçado o panorama geral para uma leitura coerente com os valores consagrado em nossa ordem constitucional dos institutos clássicos do direito civil, nos interessa aqui particularmente auferir, nesse paradigma, o âmbito de proteção do direito à privacidade e das liberdades públicas, especialmente as de imprensa e de informação.

3. Direito à Privacidade

O direito à privacidade está umbilicalmente relacionado à possibilidade do indivíduo de separar sua vida particular da vida pública, mantendo fora do alcance do conhecimento coletivo os assuntos íntimos. Trata-se, em última instância do poder da pessoa sobre as informações a respeito dela própria.

O direito à privacidade engloba um campo de proteção muitíssimo amplo e, na maioria das vezes, depende da avaliação subjetiva de cada um com relação ao que se considera digno de ser compartilhado com o público, do que decorre uma certa dificuldade quanto à sua delimitação dentro de um conceito objetivo⁸⁹.

Tércio Sampaio Ferraz (1993), ao debruçar-se sobre o tema, afirma ser o conteúdo do direito à privacidade “a faculdade de constranger os outros ao respeito e de resistir à violação do que lhe é próprio, isto é, das situações vitais que, por só a ele lhe dizerem respeito, deseja manter para si, ao abrigo de sua única e discricionária decisão.”

Apesar de sua difícil definição, a maioria das pessoas percebe facilmente quando há invasão à sua privacidade, o que prova de que falamos aqui de uma violência a um direito da personalidade. Não sem motivo a Constituição Federal dispõe, em seu artigo 5º, inciso X, que “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”.

Enquanto direito da personalidade, a privacidade relaciona-se diretamente à preservação da intimidade, da honra e da imagem, condições fundamentais à proteção da dignidade. Nas palavras de Branco e Mendes (2014, p. 280): “sem privacidade, não há condições propícias para o desenvolvimento livre da personalidade”.

Partilha dessa mesma opinião José Afonso da Silva (2000, p. 211), ao propor que “O segredo da vida privada é condição de expansão da personalidade. Para tanto, é indispensável que a pessoa tenha ampla liberdade de realizar sua vida privada, sem perturbação de terceiros”.

⁸⁹ SOLOVE, Daniel J. *Understanding Privacy*. Cambridge: Harvard University Press, 2009, p. 1

Quanto ao tema, tornou-se célebre trabalho publicado pelos norte americanos Samuel Warren e Louis Brandeis, no ano de 1890, em reação ao surgimento de novas tecnologias à época, como a câmera fotográfica portátil: “The right to privacy”. Destacamos aqui o conceito de privacidade traçado pelos autores naquela oportunidade:

The right of one who has remained a private individual, to prevent his public portraiture, presents the simplest case for such extension; the right to protect one's self from pen and portraiture, from a discussion by the press of one's private affairs, would be a more important and far-reaching one.⁹⁰
(WARREN; BRANDEIS, 1890, p. 196)

Já naquela época preocupava os juristas a possibilidade de se registrar e divulgar cenas da vida privada, que nada tinham a ver com o interesse público, bem como o desenvolvimento do mercado das notícias e de informações sobre a vida pessoal, principalmente aquelas de conotações invasivas a intimidade alheia. Os juristas defendiam a imposição de limites às ações invasivas da imprensa a partir dos conceitos de violação de propriedade, violação da confiança, violação ao direito de autor e de difamação.

Com o advento de novas tecnologias de comunicação e divulgação de informações, o direito à privacidade tende a se tornar cada vez mais frágil, e, por consequência direta, demanda um sistema de proteção cada vez mais bem estruturado. Todavia, essa proteção desafia uma outra esfera de direitos, alcançados como conquista democrática após longo e árduo caminho de lutas sociais: as liberdades públicas de informação e de imprensa.

90 O direito de alguém que se manteve um indivíduo privado, para prevenir que seja retratado publicamente, apresenta-se como o mais simples caso para tal extensão [do conceito de privacidade]; o direito de se proteger do pincel e retrato, da discussão da imprensa acerca dos assuntos privativos do indivíduo, seria um mais importante e abrangente” (Tradução livre). WARREN, Samuel Dennis; BRANDEIS, Louis Dembitz. The Right to Privacy. Harvard Law Review. Cambridge, v. 4, n. 5, dez. 1890, p.213

4. Liberdades Públicas: Liberdade de Informação e de Imprensa

Enquanto, sob a ótica do direito privado, os direitos da personalidade estabelecem garantias mínimas à existência digna do ser humano, no âmbito do direito público, a preocupação com a efetividade da dignidade da pessoa humana consagra as chamadas liberdades públicas.

Conforme lição de Lisboa (2002, p. 176), as liberdades públicas “são condutas individuais ou coletivas realizadas de forma autodeterminada, em face da autorização expressa ou implícita conferida pelo Estado”. São direitos fundamentais igualmente importantes à consolidação do Estado Democrático de Direito e à realização da pessoa humana, devendo ser protegidos e estimulados.

Dentre as variadas liberdades acolhidas por nosso sistema jurídico, nos interessa aqui tratar da liberdade de informação e de imprensa, consagrados no texto constitucional nos seguintes dispositivos:

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, liberdade, igualdade, segurança e a propriedade, nos termos seguintes:

(...)

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;

XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

Art. 220º A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação.

ção social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§ 2º - É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística. (BRASIL, 1988)

À primeira vista, a Constituição teria tutelado a veiculação de toda opinião ou comentário a respeito de qualquer assunto ou pessoa. Assim, seguindo a letra fria da Carta Política, as formas de comunicação não poderiam sofrer qualquer tipo de restrição, seja ligada à plena liberdade de informação jornalística, seja qualquer outra forma de censura.

Sem dúvidas, a garantia dessas liberdades representa uma das mais importantes conquistas do Estado Democrático de Direito, em que o discurso deve fluir livre das interferências dos detentores do poder político. Somente em um ambiente que permita o acesso a um universo plural de ideias, opiniões e fatos é que se pode cogitar da formação livre do pensamento de cada um, e, por conseguinte, da preservação e avanço do sistema democrático.

São as liberdades públicas de informação e de imprensa que permitem que os indivíduos se mantenham informados e conscientes do que se passa no mundo que os cerca. A livre procura, acesso, recebimento e difusão de ideias, fatos e notícias, sem sua restrição por qualquer meio de censura são o alicerce para a formação e independência intelectual de qualquer cidadão.

A importância das liberdades aqui tratadas é chegou a ser destacada por Karl Marx em um dos trabalhos de sua juventude:

A imprensa livre é o olhar onipotente do povo, a confiança personalizada do povo nele mesmo, o vínculo articulado que une indivíduo ao Estado e ao mundo, a cultura incorporada que transforma lutar materiais em lutas intelectuais, e idealiza suas formas brutas. É a franca confissão do povo a si mesmo, e sabemos que o poder da confissão é o de redimir. A imprensa livre é o espelho intelectual no qual o povo se vê, e a visão de si mesmo é a primeira confissão da sabedoria. (MARX, 1980, p. 42)

É inegável, portanto, a relação das liberdades públicas com a possibilidade de uma existência digna da pessoa humana, com o pleno desenvolvimento de suas potencialidades. A respeito, convém destacar a lição de Almeida:

Liberdade de imprensa e a proteção dos direitos da personalidade devem andar juntas, visto que a liberdade de imprensa como baluarte do Estado Democrático de Direito, onde se consagra como princípio máximo a dignidade da pessoa humana, presta-se ao papel preponderante de informar a sociedade, aspecto essencial na formação do indivíduo, e consequentemente, na preservação dos direitos da personalidade. (ALMEIDA, 2009, p. 71)

Todavia, as informações divulgadas muitas vezes representam, em maior ou menor medida, a explanação de facetas da vida pessoal dos que estiverem envolvidos com a notícia veiculada. Assim, por mais que os fatos divulgados sejam verdadeiros, o particular pode não concordar com sua exposição.

Está caracterizado o claro conflito de normas. De um lado, as liberdades da informação e de imprensa fornecem os subsídios para a formação das opiniões e do conhecimento de mundo dos cidadãos. Por outro lado, aos indivíduos é garantido o controle sobre sua vida privada, devendo ser preservada sua imagem, sua honra e sua intimidade.

Ambos os direitos em colisão são consagrados no texto constitucional, sendo fundamentais para o pleno desenvolvimento da dignidade da pessoa humana. Todavia, se há conflito entre o universo de proteção de cada um deles é certo que, seu exercício indiscriminado pode também representar um aviltamento aos valores e princípios que gerem nossa ordem jurídica.

5. Colisão entre os Direitos à Privacidade e as Liberdades Públicas – Uma Questão de ponderação de interesses

Expostas as premissas fundamentais do direito à privacidade e das liberdades de informação e de imprensa a partir de uma inter-

pretação constitucionalizada desses institutos, o campo de proteção de cada um deles, bem como o conflito que exsurge de uma visão absolutista desses direitos, exsurge cristalino um problema que tem o potencial de gerar contradições no amago de nosso sistema jurídico.

Ambos os direitos encontram-se em pé de igualdade na nossa pirâmide normativa, tendo sido consagrados no texto constitucional, mas um haverá de prevalecer nos casos em que eles oferecerem amparo a pretensões contrárias.

Debruçando-se sobre o tema da colisão entre direitos que se encontram em posição de horizontalidade entre si, Robert Alexy, em sua aclamada obra “Teoria dos Direitos Fundamentais”, propõe uma solução que não implica na invalidade ou negação de nenhum deles: a ponderação.

Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com outro, permitido – um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Isso é o que se quer dizer quando se afirma que, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes e que os princípios com maior peso têm precedência. (ALEXY, 2008, p. 93-94).

Seguindo a proposta de Alexy, o equilíbrio que se busca entre o exercício das liberdades públicas de informação e de imprensa e os direitos fundamentais que protegem a personalidade do indivíduo perpassa a ponderação de interesses em cada caso concreto. Embora ambos os direitos se encontrem no mesmo nível hierárquico, as circunstâncias fáticas permitem auferir qual deles tem maior relevância naquele contexto.

Essa operação deve ser feita sempre tendo como métrica que permita auferir a maior ou menor importância dos interesses em jogo a dignidade da pessoa humana. Este é, como visto, é o valor axiológico fundamental que sustenta nosso sistema jurídico e deve orientar a interpretação e aplicação de todos os seus institutos.

É o que propõe o Enunciado 274, aprovado na IV Jornada de Direito Civil, *in verbis*:

274 – Art. 11: Os direitos da personalidade, regulados de maneira não-exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, inc. III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação. (BRASIL, 2012)

Já foi destacada aqui a importância de cada um dos institutos para a proteção e desenvolvimento da dignidade da pessoa humana. Todavia, o contexto atual, de impressionante desenvolvimento tecnológico, elevou a amplitude do exercício das liberdades de informação e imprensa a um novo patamar. A era da informática é um ambiente extremamente propício à comunicação.

As notícias e reportagens, agora veiculadas principalmente em meio eletrônico, podem ser acessadas, compartilhadas e, mais importante, produzidas por qualquer um a qualquer momento. Os smartphones, artefatos que já acompanham a maioria da população mundial, agregam, em um único aparelho, a possibilidade de registrar acontecimentos - funções de foto e vídeo, e compartilhá-los com o mundo a qualquer momento.

A velocidade da criação e compartilhamento de notícias encontra outra característica revolucionária na era digital: elas ficam armazenadas por tempo indeterminado no banco de dados da rede mundial de computadores, podendo ser acessada e rememorada a qualquer momento através de uma simples pesquisa em qualquer plataforma de busca.

Essa nova realidade garante a preservação da memória histórica de uma sociedade a respeito de fatos notórios, que despertam o legítimo interesse da coletividade.

Nessa toada, a par da importância do direito à privacidade, a vida em comunidade torna necessário que, em certa medida, a ele se imponham certas limitações. Há casos em que a relevância de assuntos é tamanha que chega a sobrepujar a possibilidade de controle do indivíduo sobre ela, sendo permitido, e até recomendada sua divulgação ainda que seja de cunho pessoal.

Isso quer dizer que o direito à privacidade pode, e deve, ser limitado quando nos debruçamos sobre assuntos de interesse público. Nesse ponto, é de se destacar lição Mello a respeito da supremacia do interesse público sobre o particular:

É de situação oposta à da autonomia da vontade, típica do Direito Privado. De regra, neste último, alguém busca, em proveito próprio, os interesses que lhe apeteçam, fazendo-o, pois, com plena liberdade, contanto que não viole alguma lei. Onde há função, pelo contrário, não há autonomia da vontade, nem a liberdade em que se expressa, nem a autodeterminação da finalidade a ser buscada, nem a procura de interesses próprios, pessoais. Há a adstrição a uma finalidade previamente estabelecida, e, no caso de função pública, há a submissão da vontade ao escopo pré-traçado na Constituição ou na lei e há o dever de bem curar um interesse alheio, que, no caso, é o interesse público. (MELLO, 2004, p. 89)

Afinal, seja na forma de jornais, revistas, reportagens, noticiários, sites, redes sociais ou aplicativos de compartilhamento de mensagens, os meios de comunicação sempre foram nossa principal fonte de informações⁹¹.

91 O sociólogo Niklas Luhmann afirma, em sua obra “A realidade dos meios de comunicação” afirma que “aquilo que sabemos sobre a nossa sociedade, ou mesmo sobre o mundo no qual vivemos, o sabemos pelos meios de comunicação”. (LUHMANN, Niklas. 2005, p.15.)

É exatamente essa a essência do direito à informação e à imprensa. Conforme defende o sociólogo Niklas Luhmann, em sua obra “A realidade dos meios de comunicação”, os veículos de mídia devem propagar como notícia fatos novos ou impressionantes, dotados de relevância que os tornem dignos de serem divulgados (LUHMANN, 2005, p. 50-56).

O esperado seria, portanto, que os meios de comunicação aguardassem algum acontecimento de relevante interesse público para que o divulgassem como notícia. No entanto, não é isso o que ocorre.

Os empreendimentos que se alimentam dos meios de comunicação, deveras lucrativos, exigem que haja sempre informações a serem vendidas que entretenham o círculo de receptores mais amplo possível⁹². Aí se perfaz uma contradição lógica entre a própria essência da notícia, como algo extraordinário e relevante, e a necessidade de sua reprodução em massa, como fonte de lucro e entretenimento.

A divulgação contínua de informações que entretenham o público impõe a ampliação dos fatos que os veículos de comunicação consideram dignos de serem divulgados. Isso porque, alguns temas, ainda que não tenham nenhuma relação com o interesse público e sejam divulgados de forma sistemática e repetitiva, atraem a atenção. É o caso de tabloides de fofoca e noticiários sensacionalistas, que vivem de vasculhar a intimidade das pessoas, tornando públicas situações vexatórias e hábitos excêntricos apenas para alimentar vender notícias a um público ocioso.

É uma espetacularização da vida privada em seu mais estrito senso e à total revelia de qualquer autorização dos particulares.

Para esse tipo de conteúdo não é relevante o impacto social do que é divulgado, mas tão somente a exposição de forma a despertar a curiosidade do público. Esse aspecto da privacidade não pode ser explorado ao bel prazer dos veículos de mídia.

Trata-se de fenômeno antigo, que adquire cada vez maior relevância pelo alcance extraordinário de que passaram a ser dotados os veículos de comunicação e pela perpetuação dos fatos divulgados ad

92 Luhmann entende a comunicação como um mecanismo multiplicador de informações, de forma que a comunicação que se transmite não é a mesma que se recebe. Os meios de comunicação funcionariam como *médium* que liga comunicações criando conteúdos compreensíveis.

eternum, gravados no armazenamento na rede mundial de computadores.

Mostram-se ainda atuais os apontamentos dos juristas norte-americanos Samuel Warren e Louis Brandeis no já citado trabalho “The right to privacy”⁹³.

The press is overstepping in every direction the obvious bounds of propriety and of decency. Gossip is no longer the resource of the idle and of the vicious, but has become a trade, which is pursued with industry as well as effrontery. To satisfy a prurient taste the details of sexual relations are spread broadcast in the columns of the daily papers. To occupy the indolent, column upon column is filled with idle gossip, which can only be procured by intrusion upon the domestic circle. The intensity and complexity of life, attendant upon advancing civilization, have rendered necessary some retreat from the world, and man, under the refining influence of culture, has become more sensitive to publicity, so that solitude and privacy have become more essential to the individual. (WARREN; BRANDEIS, 1890, p. 196)

Quanto às diferentes esferas da vida de um indivíduo, Silva nos brinda com relevante lição:

Parte da constatação de que a vida das pessoas compreende dois aspectos: um voltado para o exterior e outro para o interior. A vida exterior, que envolve

93 A imprensa está extrapolando em todos os sentidos os limites óbvios da propriedade e decência. Fofoca deixou de ser o recurso dos vadios e dos perversos para se tornar mercadoria que é perseguida com indústria e insolência. Para satisfazer um lascivo gosto os detalhes de relações sexuais são disseminados abertamente nas colunas dos jornais diários. Para ocupar os indolentes, coluna e mais coluna são recheadas com fofoca fútil, as quais só podem ser obtidas por meio de intrusão da vida doméstica. A intensidade e complexidade da vida, assistentes do avanço da civilização, fizeram necessárias uma certa retração do mundo, e o homem, sob a refinadora influência da cultura, se tornou mais sensível à publicidade, então que a solidão e a privacidade se tornaram mais essenciais ao indivíduo” Tradução livre WARREN, Samuel Dennis; BRANDEIS, Louis Dembitz. The Right to Privacy. Harvard Law Review. Cambridge, v. 4, n. 5, dez. 1890, p196.

a pessoa nas relações sociais e nas atividades públicas, pode ser objeto de pesquisas e investigações de terceiros, porque é pública. A vida interior, que se debruça sobre a mesma pessoa, sobre os membros de sua família, sobre seus amigos, é a que integra o conceito de vida privada, inviolável nos termos da Constituição. (SILVA, 2000, p. 211)

Não há liberdade de imprensa ou informação que permita o aviltamento à vida interior quando tais fatos não guardam nenhuma relação com o interesse público, mas buscam tão somente saciar a curiosidade pueril de um grupo ocioso de pessoas.

Não se pode confundir aqui interesse público com interesse do público, como lecionam Mendes e Branco:

Decerto que interesse público não é conceito coincidente com interesse de público. O conceito de notícias de relevância pública enfeixa as notícias relevantes para decisões importantes do indivíduo na sociedade. Em princípio, notícias necessárias para proteger a saúde ou a segurança pública, ou para prevenir que o público seja iludido por mensagens ou ações de indivíduos que postulam a confiança da sociedade têm, *prima facie*, peso apto a superar a garantia da privacidade. (MENDES; BRANCO, 2014, p. 285)

Para além do evidente desgaste emocional para o particular que teve sua vida privada exposta, a rápida propagação das notícias e sua perpetuação nos bancos de dados virtuais muitas vezes importam em graves consequências materiais. As pretensões particulares de ocupar cargo que exija reputação ilibada e respeitabilidade no meio profissional ou mesmo de velar por sua imagem pelo exemplo que irá passar para seus descendentes podem ser para sempre destruídas para uma pessoa por conta de um deslize moral ou uma situação vexatória que os meios de comunicação não deixam o público esquecer.

Nessas condições, a ponderação de interesses levaria, irremediavelmente, à limitação das liberdades de informação e de imprensa em favor do direito à privacidade. Conforme pontua Moraes:

A proteção constitucional à informação é relativa, havendo necessidade de distinguir as informações de fato de interesse público, da vulneração de condutas íntimas e pessoais, protegidas pela inviolabilidade à vida privada, e que não podem ser devassadas de forma vexatória ou humilhante. (MORAES, 2004, p. 252)

Não se trata de defender aqui a censura ou a restrição das informações que possam ser divulgadas. Absolutamente não. Trata-se somente de garantir o respeito à dignidade da pessoa humana ao permitir que o particular restrinja o uso e a divulgação de fatos ligados a si que não guardem nenhum interesse público e representam frontal violação à dignidade do indivíduo.

6. Considerações Finais

Na era digital os direitos à informação e à liberdade de imprensa têm sido elevados à máxima potência. Não se pode deixar de reconhecer os benefícios decorrentes de tal ampliação, sendo cada vez mais acessível enquanto instrumento de consolidação democrática e formação do pensamento crítico da população.

Não obstante, esse estímulo à produção e consumo de informações têm acentuado o conflito, já muito antigo, entre as liberdades de imprensa e informação e o direito à privacidade. Quando há a potencialização de um dos polos da equação é necessário procurar a medida adequada para se restaurar o equilíbrio. No caso do conflito entre a privacidade e as liberdades públicas, a métrica que deve reger esse equilíbrio é a dignidade da pessoa humana.

Parece adequada a solução proposta por Alexy para solucionar os casos de colisão entre pretensões contrárias amparadas por direitos de igual hierarquia na cadeia normativa, que perpassa um juízo de ponderação dos interesses que estiverem em jogo no caso concreto, a

fim de se averiguar qual deles se mostra mais alinhado com os objetivos fundamentais do ordenamento jurídico, de proteção da dignidade da pessoa humana.

Assim, em se tratando de legítimo assunto de interesse público, avaliadas as possíveis consequências de sua divulgação para o particular, em um juízo de razoabilidade e proporcionalidade, será legítima sua divulgação. Contudo, nos casos em que as notícias não passam de tentativas de vender fofocas vexatórias e desmoralizantes a respeito da vida íntima do indivíduo, essas não me parecem acobertadas pelas liberdades públicas

O que se propõe aqui nada mais é do que uma interpretação de ambos os institutos conforme o novo tom que a Constituição Federal imprimiu ao ordenamento jurídico: a proteção à dignidade da pessoa humana.

7. Referências

ALMEIDA. Priscila Coelho de Barros. A colisão entre liberdade de imprensa e direitos da personalidade. Brasília – DF, 2009. Disponível em: <http://dspace.idp.edu.br:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/230/Monografia_Priscila%20Coelho%20de%20Barros%20Almeida.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acessado em: 06 setembro 2017>.

Bandeira de Mello, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo, 17ª ed, São Paulo, Malheiros, 2004

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. São Paulo: Malheiros, 2006.

DORNELLES, João Ricardo W.; GRAZIANO SOBRINHO, Sergio Francisco Carlos. Estado, Política e direito: políticas públicas e direitos fundamentais. Volume 2. Criciúma, SC: Ed. UNESC, 2011.

Ferraz Júnior, T. S. (1993). Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. Revista Da Faculdade De Direito, Universidade De São Paulo, 88, 439-459. Recuperado de <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67231>

Jornadas de Direito Civil I, III, IV e V: enunciados aprovados / coordenador científico Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior. – Brasília : Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2012

LISBOA, Roberto Senise. Manual Elementar de Direito Civil, 2^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LUHMANN, Niklas. A realidade dos meios de comunicação. São Paulo: Paulus, 2005.

Marx, Karl, A Liberdade de Imprensa, Porto Alegre, L&PM Editores, 1980, tradução de Cláudia Schiling e José Fonseca..

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional 9^a ed. São Paulo: Saraiva. 2014.

MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional. São Paulo: Atlas, 2004.

RODRIGUES. Rafael Garcia. A pessoa e o ser humano no novo Código Civil, In: Tepedino, Gustavo (Coord.). A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SOLOVE, Daniel J. Understanding Privacy. Cambridge: Harvard University Press, 2009, p. 1

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, 17^a ed. São Paulo: Malheiros. 2000.

TEPEDINO, Gustavo. Temas de Direito Civil, 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

WARREN, Samuel Dennis; BRANDEIS, Louis Dembitz. The Right to Privacy. Harvard Law Review. Cambridge, v. 4, n. 5, dez. 1890.

A RELATIVIZAÇÃO DO DIREITO DE IMAGEM A LUZ DA LEI PELÉ: AS DISTINÇÕES ENTRE DIREITO DE IMAGEM E O DIREITO DE ARENA NO DESPORTO

Odilon Arthur Campos Magalhães⁹⁴

RESUMO:

O presente artigo visa realizar um estudo acerca dos direitos das personalidades, em especial, o direito de imagem, sob o prisma da exploração econômica por meio de contratos de cessão de uso da imagem, haja vista que, em regra, os valores personalíssimos são absolutos, intransmissíveis e irrenunciáveis. Além disso, faz-se um paralelo entre os contratos de cessão de uso da imagem e o direito de arena sob a égide da Lei 9.615/98, “Lei Pelé”

Palavras-chave: Direito de arena. Direito à imagem. Direitos da personalidade.

1. Introdução

Após a realização da Copa do Mundo em 2014 e dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos em 2016 (considerado o maior evento esportivo do planeta), o Direito desportivo vem se destacando no Brasil, que apesar de ser conhecido mundialmente como o país do futebol, possui um limitadíssimo acervo legal e doutrinário quanto ao regramento das relações advindas do mundo esportivo, quais sejam, entre entidades desportivas e seus membros e os aficionados por esporte com o restante da sociedade.

Além disso, em virtude do processo de globalização das últimas décadas e, conseqüentemente, o aumento no fluxo de informações transacionadas pelo mundo, tem-se que o mercado esportivo, sobre-

94 Graduado em Direito pela Faculdade de Direito Milton Campos. Pós-graduando em Direito Civil Aplicado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Trabalho apresentado à disciplina Teoria Geral do Direito. E-mail: odiloncampos1908@gmail.com. Orientadora: Prof. Ms. Nayane Costa Nascimento. E-mail: nayanecn@yahoo.com.br

tudo no meio futebolístico, vem se mostrando extremamente atrativo para os grandes empreendedores, posto que a exploração da imagem dos atletas profissionais consolidou-se como um negócio extremamente rentável.

Dessa forma, a lei maior do desporto no Brasil, Lei nº 9.615/98, conhecida como “Lei Pelé”, cuidou de disciplinar a cessão de direitos ao uso da imagem do atleta a entidade esportiva, cujos fins visam a exploração econômica da sua figura social, bem como acerca dos valores vinculados a atividade desempenhada por este quando da exibição dos espetáculos em que atuar, conhecido como direito de arena, o qual é negociado pela entidade desportiva a que estiver vinculado perante os canais de transmissão do evento.

Entretanto, por se tratar de um direito fundamental, personalíssimo, intransmissível e irrenunciável, faz-se necessária uma análise acerca da flexibilização do direito de imagem face a exploração econômica, bem como da função social da imagem.

2. Direitos da Personalidade

2.1. Conceito

A ideia central para a concepção doutrinária dos direitos da personalidade tem como cerne valores inerentes à pessoa humana, que estão ligados de maneira perpétua e permanente a ela, os quais são inalienáveis e cuja existência é reconhecida pelo direito natural.⁹⁵

Com o advento da Carta Magna de 1988, os direitos da personalidade adquirem status de garantia fundamental, gozando de proteção constitucional, nos termos do artigo 5º, X, que expressamente refere-se aos “direitos da personalidade”⁹⁶. In verbis:

95 Caio Mário da Silva Pereira, Instituições de direito civil, v. 1, p. 152.

96 A expressão “direitos da personalidade” foi consagrada pela legislação nacional e desfruta da predileção da doutrina. Há, contudo, na doutrina alienígena, o emprego de outras expressões, como “direitos fundamentais da pessoa”, “direitos subjetivos essenciais”, “direitos personalíssimos”, “direitos sobre a própria pessoa” etc., como mencionam Plabo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (*Novo curso de direito civil*: parte geral, p. 144).

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;

O assunto goza de tamanha importância que, na elaboração do Código Civil de 2002, foi dedicado um capítulo inteiro para tratar dos direitos da personalidade (arts. 11 a 21), visando, conforme afirma Miguel Reale, “à sua salvaguarda, sob múltiplos aspectos, desde a proteção dispensada ao nome e à imagem até o direito de se dispor do próprio corpo para fins científicos ou altruísticos”⁹⁷.

Assim, em apertada síntese, Francisco Amaral conceitua os direitos da personalidade como “direitos subjetivos que têm por objeto os bens e valores essenciais da pessoa no seu aspecto físico, moral e intelectual”⁹⁸, ou seja, direitos inatos e indisponíveis.

2.2. Da Possibilidade de Relativização dos Direitos Personalíssimos

O texto do art. 11 do Código Civil corrobora com o conceito exprimido acima e dispõe que, “com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”.

Entretanto, como toda regra, há hipóteses em alguns dos direitos personalíssimos admitem a cessão de uso, mediante contraprestação pecuniária, como é o caso da imagem.

De acordo com o Enunciado 4 da I Jornada de Direito Civil, “o exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente nem geral”, abrindo margem para exceções a regra.

⁹⁷ O Projeto do Novo Código Civil, p. 65.

⁹⁸ Francisco Amaral, Direito civil: introdução, p. 243.

Flávio Tartuce reforça em seu Manual de Direito Civil a existência de uma relativização dos direitos personalíssimos e traz em complemento o Enunciado 139 da III Jornada de direito Civil. In verbis:

“Como se pode notar, o dispositivo determina que os direitos da personalidade não possam sofrer limitação voluntária, o que gera o seu suposto caráter absoluto. Entretanto, por uma questão lógica, tal regra pode comportar exceções, havendo, eventualmente, relativização desse caráter ilimitado e absoluto. Prevê o Enunciado n. 4 do CJF/STJ, aprovado na 1 Jornada de Direito Civil, que “o exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente nem geral”. Em complemento, foi aprovado um outro Enunciado, de número 139, na III Jornada de Direito Civil, pelo qual “os direitos da personalidade podem sofrer limitações, ainda que não especificamente previstas em lei, não podendo ser exercidos com abuso de direito de seu titular, contrariamente à boa-fé objetiva e aos bons costumes”. Pelo teor desses dois enunciados doutrinários, a limitação voluntária constante do art. 11 do CC seria somente aquela não permanente e que não constituísse abuso de direito, nos termos da redação do art. 187 da mesma codificação material, que ainda utiliza as expressões boa-fé e bons costumes.”⁹⁹

Portanto, pode-se dizer que inexiste indisponibilidade indissolúvel e absoluta dos direitos da personalidade.

Para não restem dúvidas acerca da possibilidade de relativização do direito personalíssimo, também já se posicionou o Col. STJ no julgamento do Agravo em Recurso Especial nº 1.327.507/RS:

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.327.507 - RS
(2018/0176440-4) RELATOR : MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO AGRAVANTE : GHELLER ARTEFATOS DE METAIS LTDA ADVOGADO : JULIO CARLOS

⁹⁹ TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil, Vol. Único, 7ª. ed. – São Paulo: Método, 2017.

BLOIS VAZ E OUTRO (S) - RS044150 AGRAVADO : MICHELE LANG ADVOGADOS : FABIANA ESPOSITO - RS035075B JULIO ALBERTO WITZLER DIAZ E OUTRO (S) - RS062899 DECISÃO 1. Cuida-se de agravo interposto por GHELLER ARTEFATOS DE METAIS LTDA., contra decisão que não admitiu o seu recurso especial, fundamentado no artigo 105, inciso III, a e c, da Constituição Federal, manejado em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, sumariado na seguinte ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL. USO INDEVIDO DE IMAGEM. MODELO PROFISSIONAL QUE POSOU PARA FOTOS DE UM CATÁLOGO DE JÓIAS. FOTOGRAFIAS PUBLICADAS NA INTERNET, SEM AUTORIZAÇÃO. DIREITO DA PERSONALIDADE DISPONIBILIDADE RELATIVA. ADMITIDA CESSÃO DO EXERCÍCIO DO DIREITO APENAS POR TEMPO LIMITADO. OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR. LUCROS CESSANTES. VALOR DE UM CACHÊ. DANOS MORAIS CONFIGURADOS. Os direitos de personalidade são relativamente indisponíveis. Admite-se a cessão do exercício desses direitos, desde que de forma transitória e específica. (...) 8. Ante o exposto, nego provimento ao agravo em recurso especial. Publique-se. Intimem-se. Brasília, 08 de agosto de 2018. MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO Relator (STJ - AREsp: 1327507 RS 2018/0176440-4, Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Publicação: DJ 14/08/2018)

Dessa forma, constatada a possibilidade de flexibilização dos direitos personalíssimos, desenvolveu-se a figura dos contratos de licença de uso da imagem, os quais são possíveis e executáveis juridicamente, desde que observado o seu caráter transitório (prazo razoável e determinado) e específico (o titular não pode dispor de toda a sua personalidade).

Esta modalidade de contrato, cessão do uso da imagem de determinada pessoa ou figura, é comumente realizado entre os atletas profissionais e entidades desportivas e entre pessoas naturais cuja imagem será veiculada em reality shows como Big Brother Brasil, A

Fazenda e outros, onde o cessionário permite ao cedido a exploração de sua imagem por certo período para um fim específico.

3. O Direito de Imagem

Dentre os direitos personalíssimos, certamente o direito de imagem é aquele cuja flexibilização e, conseqüentemente disponibilização, pode ser visualizada mais facilmente.

Conforme já explanado, o direito de imagem é consagrado e protegido pela Constituição Federal de 1988 (art. 5º, incisos X e XXVIII da CF/88), bem como pelo Código Civil (art. 11 do CC) como um direito de personalidade autônomo, no qual leva-se em conta a projeção da personalidade física e fisionômica do indivíduo.

Além disso, o XXXVIII do referido artigo 5º da CF/88 também garante a proteção às participações individuais em obras coletivas e a à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas.

Dessa forma, nos dizeres de Carlos Roberto Gonçalves, “a reprodução da imagem é a emanção da própria pessoa e somente ela pode autorizá-la.”¹⁰⁰

Por esta razão, a CF/88 e CC/02, asseguram ao lesado o direito de requerer indenização pelo dano moral ou material sofrido, em virtude da violação de seus direitos personalíssimos. Assim dispõe o art. 20 do CC:

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.

100 Gonçalves, Carlos Roberto. Direito civil, 1 esquematizado: parte geral: obrigações e contratos / Carlos Roberto Gonçalves; coordenador Pedro Lenza. – 6. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.

Inclusive, antes mesmo da elaboração do Código Civil de 2002, bem das exceções trazidas pelo novo diploma legal, o STJ já se manifestava no sentido de que a utilização da imagem não autorizada de outrem cuja finalidade era auferir lucro, já era suficiente para caracterizar a lesão, razão pela qual, dispensável a comprovação do dano moral ou material sofrido passível de reparação. Veja:

Direito à imagem. Utilização indevida para fins publicitários. Revelia. Limitação dos honorários de advogado, nos termos da Lei nº1.060/50. Precedentes da Corte.

(...) 2. Cuidando-se de direito à imagem, o ressarcimento se impõe pela só constatação de ter havido a utilização sem a devida autorização. O dano está na utilização indevida para fins lucrativos, não cabendo a demonstração do prejuízo material ou moral. O dano, neste caso, é a própria utilização para que a parte aufera lucro com a imagem não autorizada de outra pessoa. Já o Colendo Supremo Tribunal Federal indicou que a ‘divulgação da imagem de pessoa, sem o seu consentimento, para fins de publicidade comercial, implica em locupletamento ilícito à custa de outrem, que impõe a reparação do dano’. (...) 4. Recurso especial conhecido. (REsp 138.883, 3ª T., rel. Min. Menezes Direito, j. 4.8.1998, RT, 760/211).

Nesse mesmo sentido, foi editada a Súmula nº 403 do STJ, ratificando o entendimento de que “independe de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais.”

4. Do contrato especial de trabalho desportivo

É cediço que as relações trabalhistas são eminentemente regidas pela Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), razão pela qual, o referido diploma aplicar-se-á ao contrato especial de trabalho desportivo.

Entretanto, para realização do vínculo trabalhista desportivo deve observar as especificidades presentes na Lei nº 9.615/98, apeli-

dada de “Lei Pelé”, quanto a essa modalidade de contrato de trabalho especial.

Assim, diferentemente dos contratos “comuns” de trabalho, para que reconhecido o vínculo de trabalho desportivo, necessariamente o instrumento deve ser posto por escrito, estipulando-se um prazo determinado não superior a cinco anos e pactuado por atletas com idade mínima de dezesseis anos, respectivamente, nos termos dos arts. 56-C ¹⁰¹e 29 da Lei Pelé¹⁰², o que difere do contrato “comum” de trabalho, haja vista a faculdade de firmar-se, oralmente, vínculo trabalhista, cuja finalidade, em regra, é por tempo indeterminado (art. 443 da CLT).

Além destas especificidades, para que vínculo trabalhista desportivo seja regularizado entre atleta e entidade desportiva, faz-se necessário o registro do referido contrato no órgão administrativo da referida modalidade.

A título de exemplo, no futebol um atleta somente estará apto a representar oficialmente a entidade esportiva após a publicação deste vínculo especial de trabalho no Boletim Informativo Diário (BID) da Confederação Brasileira de Futebol (CBF).

4.1. Do Contrato de Cessão de Uso da Imagem sob a Égide da “Lei Pelé”

Paralelamente, as entidades desportivas celebram com seus respectivos atletas contratos de cessão de uso da imagem, muitos destes atrelados ao tempo do contrato principal, podendo, inclusive, ser estabelecido efeito vinculativo de rescisão entre o vínculo principal e o acessório.

101 Art. 56-C. As entidades interessadas em firmar o contrato de desempenho deverão formular requerimento escrito ao Ministério do Esporte, instruído com cópias autenticadas dos seguintes documentos:

I - estatuto registrado em cartório;
II - ata de eleição de sua atual diretoria;
III - balanço patrimonial e demonstração do resultado do exercício;
IV - inscrição no Cadastro Geral de Contribuintes; e
V - comprovação da regularidade jurídica e fiscal.

102 Art. 29. A entidade de prática desportiva formadora do atleta terá o direito de assinar com ele, a partir de 16 (dezesseis) anos de idade, o primeiro contrato especial de trabalho desportivo, cujo prazo não poderá ser superior a 5 (cinco) anos.

Por exemplo, na hipótese em que outra entidade desportiva paga o valor da multa rescisória do vínculo principal do atleta, automaticamente opera-se a rescisão do contrato acessório, haja vista que o atleta não mais integra o quaro de funcionários da entidade desportiva anterior, razão pela qual, não há motivos para manutenção do contrato de cessão de uso da imagem do atleta.

Assim, o art. 87-A da Lei nº 9.615/98 ¹⁰³ou “Lei Pelé”, cuidou de disciplinar a forma que deve ser observada para elaboração a cessão de direitos ao uso da imagem do atleta a entidade esportiva, cujos fins visam a exploração econômica da sua figura social, haja vista rentabilidade auferida pelas entidades desportivas.

Desse modo, por se tratar de um contrato cuja natureza da indenização pela exploração da imagem é estritamente civil, o percentual acordado entre o atleta e a entidade desportiva, quanto a cessão dos direitos de imagem, não pode superar 40% do valor estipulado no vínculo principal, qual seja, o contrato especial de trabalho desportivo, sob pena de caracterizar fraude trabalhista.

Neste sentido já se posicionou o Col. TST. In verbis:

RECURSO DE REVISTA. INTERPOSIÇÃO ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI N.º 13.015/2014. COISA JULGADA. Constata-se que o Regional não reconheceu a preliminar por dois motivos: 1) ausência de efeito erga omnes da ação coletiva em razão da incontroversa transação dos autos do processo interposto pelo Sindicato; e 2) não comprovação de que o reclamante figurasse no rol de substituídos da citada ação coletiva. Realizando o cotejo entre as razões apresentadas pelo reclamado e a fundamentação adotada pelo Regional, vê-se que o recorrente não combateu os fundamentos que constam no acórdão regional, limitando-se a repetir a preliminar de coi-

¹⁰³ Art. 87-A. O direito ao uso da imagem do atleta pode ser por ele cedido ou explorado, mediante ajuste contratual de natureza civil e com fixação de direitos, deveres e condições inconfundíveis com o contrato especial de trabalho desportivo. Parágrafo único. Quando houver, por parte do atleta, a cessão de direitos ao uso de sua imagem para a entidade de prática desportiva detentora do contrato especial de trabalho desportivo, o valor correspondente ao uso da imagem não poderá ultrapassar 40% (quarenta por cento) da remuneração total paga ao atleta, composta pela soma do salário e dos valores pagos pelo direito ao uso da imagem.

sa julgada, impedindo, portanto, o conhecimento do Recurso de Revista. DIREITO DE IMAGEM. NATUREZA JURÍDICA. Havendo contrato de cessão de exploração de direito de imagem, os valores percebidos a esse título, em princípio, não se destinam à contraprestação pecuniária devida ao atleta profissional, na condição de empregado, e, portanto, não constituem salário. No entanto, em razão da aplicação do princípio da primazia da realidade, e em respeito às disposições do art. 9.º da CLT, se for constatado que o pagamento da verba visou mascarar o pagamento de salários, constituindo, portanto, fraude trabalhista e efetivo desvirtuamento da finalidade do contrato civil celebrado entre as partes, é possível atribuir natureza salarial aos valores auferidos sob esse título. Dessa feita, como na hipótese dos autos foi comprovado o intuito fraudulento na celebração do contrato de licença do uso de imagem (premissa fática incontestada à luz da Súmula n.º 126), decidiu bem a Corte Regional em conferir natureza salarial à parcela percebida pelo reclamante a título de direito de imagem. DIREITO DE ARENA. NATUREZA JURÍDICA. Considerando o período de vigência do contrato de trabalho (15/4/2009 a 31/12/2009), o entendimento desta Corte é de que, por ser uma verba vinculada ao contrato de trabalho e à prestação de serviços dos jogadores profissionais dos clubes, o direito de arena tem natureza jurídica salarial. Precedentes. Recurso de Revista não conhecido. (TST - RR: 482320115050029, Relator: Luiz José Dezena da Silva, Data de Julgamento: 24/04/2019, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 26/04/2019)

5. Direito de Arena

5.1. A origem do instituto do direito de arena

A paixão nacional pelo futebol é antiga e vem desde os idos de 1932, quando as partidas de futebol eram transmitidas via rádio. A partir daí, com a evolução tecnológica e a criação do canal de televisão do

Brasil na década de 1950, as transmissões dos jogos de futebol passaram a ser televisionadas.¹⁰⁴

No entanto, até a década de 1970 as entidades desportivas e atletas a ela vinculados sequer recebiam pelas imagens geradas em razão do espetáculo esportivo e transmitidos a coletividade via rádio e televisão.

Assim, com o advento da primeira lei dos direitos autorais, Lei nº 5.988/73, introduziu-se o instituto do direito de arena, estabelecendo que o direito de autorizar ou proibir a transmissão ou retransmissão do espetáculo desportivo pertence ao Clube, que repassara vinte por cento do preço total da autorização aos atletas participantes do espetáculo. Veja:

Art. 100. A entidade a que esteja vinculado o atleta, pertence, o direito de autorizar, ou proibir, a fixação, transmissão ou retransmissão, por quaisquer meios ou

processos de espetáculo desportivo público, com entrada paga.

Parágrafo único. Salvo convenção em contrário, vinte por cento do preço da autorização serão distribuídos, em partes iguais, aos atletas participantes do espetáculo.

Ou seja, a exploração econômica do direito personalíssimo da imagem dos atletas era concentrada nas mãos das entidades desportivas que, ao negociar os direitos de transmissão com terceiros, deve repassar, a título indenizatório, o percentual de vinte por cento do lucro auferido com a venda destes direitos.

Posteriormente, o direito de imagem das atividades desportivas foi protegido pela Constituição Federal de 1988 no art. 5º, XXVIII, alínea “a”: “a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução de imagem e voz humana, inclusive nas atividades desportivas”.

Entretanto, especificamente no ramo do direito desportivo, somente com a promulgação da Lei nº 8.672/93, “Lei Zico” que o direito

104 SAVENHAGO, Igor José Siqueri. Futebol na TV: evolução tecnológica e linguagem de espetáculo.

de arena passou a ser tutelado, com redação semelhante ao disposto no art. 100 da antiga lei de direitos autorais (Lei nº 5.988/73)

Atualmente, com a revogação da Lei Zico e a instituição da “lei maior” do desporto brasileiro, apelidada de “Lei Pelé” (Lei nº 9.615/98), o direito de arena encontra-se tipificado no art. 42, cuja redação foi alterada por diversas vezes, tendo os atletas envolvidos no espetáculo o direito a dividir, igualmente, cinco por cento do valor recebido pelo clube mandante pela venda dos direitos de transmissão.

5.2. Distinções entre o Direito de Imagem e o Direito de Arena

Assim como o contrato de cessão de uso da imagem, o direito de arena ¹⁰⁵refere-se a um repasse feito aos atletas profissionais participantes de um espetáculo desportivo em decorrência da exploração econômica de sua imagem, na qual a entidade desportiva mandante detém prerrogativa exclusiva para negociar com terceiros os direitos de transmissão, retransmissão ou reprodução de imagens do evento esportivo.

Ou seja, ao contrário do contrato de cessão de direito de imagem em que o atleta goza de autonomia para negociá-lo, por mais que o direito de arena ¹⁰⁶também reflita na concessão da exploração da ima-

105 Arena é uma palavra com origem no latim, que significa “areia”. Na Roma antiga, as lutas de gladiadores eram realizadas em superfícies cobertas por areia, onde milhares de pessoas se reuniam ao redor para assistir ao que era considerado um espetáculo. SOARES, Jorge Miguel Acosta. *Direito de Imagem e Direito de Arena no Contrato de Trabalho do Atleta Profissional*. São Paulo: LTr, 2008

106 CIVIL E PROCESSUAL. ÁLBUM DE FIGURINHAS (“HERÓIS DO TRI”) SOBRE A CAMPANHA DO BRASIL NAS COPAS DE 1958, 1962 E 1970. USO DE FOTOGRAFIA DE JOGADOR SEM AUTORIZAÇÃO DOS SUCESSORES. DIREITO DE IMAGEM. VIOLAÇÃO. LEI N. 5.988, DE 14.12.1973, ART. 100. EXEGESE. LEGITIMIDADE ATIVA DA VIÚVA MEEIRA E HERDEIROS. CPC, ARTS. 12, V, E 991, I. CONTRARIEDADE INOCORRENTE. I. A viúva e os herdeiros do jogador falecido são parte legitimada ativamente para promoverem ação de indenização pelo uso indevido da imagem do de cujus, se não chegou a ser formalmente constituído espólio ante a inexistência de bens a inventariar. II. Constitui violação ao Direito de Imagem, que não se confunde com o de Arena, a publicação, carente de a autorização dos sucessores do de cujus, de fotografia do jogador em álbum de figurinhas alusivo à campanha do tricampeonato mundial de futebol, devida, em consequência, a respectiva indenização, ainda que elogiosa a publicação. III. Recurso especial não conhecido. (STJ - REsp: 113963 SP 1996/0073314-7, Relator: Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, Data de Julgamento: 20/09/2005, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 10.10.2005 p. 369 RDDP vol. 35 p. 110)

gem daqueles que participarem do evento desportivo, estes direitos são concentrados na figura da entidade desportiva, que representará o interesse de todos os atletas do elenco e negociará com terceiros, sem que haja qualquer interferência dos verdadeiros titulares do direito personalíssimo da imagem, os direitos de transmissão do evento, nos termos do art. 42 da Lei nº 9.615/98. Veja:

Art. 42. Pertence à entidade de prática desportiva mandante o direito de arena sobre o espetáculo desportivo, consistente na prerrogativa exclusiva de negociar, autorizar ou proibir a captação, a fixação, a emissão, a transmissão, a retransmissão ou a reprodução de imagens, por qualquer meio ou processo, do espetáculo desportivo.

§ 1º Serão distribuídos, em partes iguais, aos atletas profissionais participantes do espetáculo de que trata o caput, cinco por cento da receita proveniente da exploração de direitos desportivos audiovisuais, como pagamento de natureza civil, exceto se houver disposição em contrário constante de convenção coletiva de trabalho.

§ 2º O disposto neste artigo não se aplica à exibição de flagrantes de espetáculo ou evento desportivo para fins exclusivamente jornalísticos, desportivos ou educativos ou para a captação de apostas legalmente autorizadas, respeitadas as seguintes condições:

I - a captação das imagens para a exibição de flagrante de espetáculo ou evento desportivo dar-se-á em locais reservados, nos estádios e ginásios, para não detentores de direitos ou, caso não disponíveis, mediante o fornecimento das imagens pelo detentor de direitos locais para a respectiva mídia;

II - a duração de todas as imagens do flagrante do espetáculo ou evento desportivo exibidas não poderá exceder 3% (três por cento) do total do tempo de espetáculo ou evento;

III - é proibida a associação das imagens exibidas com base neste artigo a qualquer forma de patrocínio, propaganda ou promoção comercial.

§ 3º O espectador pagante, por qualquer meio, de

espetáculo ou evento desportivo equipara-se, para todos os efeitos legais, ao consumidor, nos termos do art. 2º da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. § 4º Na hipótese de eventos desportivos sem definição do mando de jogo, a captação, a fixação, a emissão, a transmissão, a retransmissão ou a reprodução de imagens, por qualquer meio ou processo, dependerá da anuência de ambas as entidades de prática desportiva participantes.

Desse modo, nos termos do § 1º do supracitado artigo, os atletas envolvidos no espetáculo têm direito a dividir entre si, igualmente, cinco por cento do valor recebido pelo clube mandante pela venda dos direitos de transmissão.

5.2.1 O direito de arena na função social da imagem

O art. 20 do atual Código Civil, em conformidade com o texto constitucional (art. 5º, incisos X), disciplina, especificamente, a proteção ao direito personalíssimo da imagem, atribuindo “a reprodução de imagem para fins comerciais, sem autorização do lesado, enseja o direito a indenização”,¹⁰⁷ mesmo que não lhe cause prejuízo.

Por este motivo o direito de imagem encontra-se alocado nos direitos personalíssimos a intimidade privada, pois o direito à privacidade tem por objeto a preservação de comportamentos ou acontecimentos de ordem pessoal, aos quais não deseja que se tornem públicos (BLANCO, COELHO e MENDES, 2009, p. 420).

Já o direito de arena, decorre do direito à imagem, tendo como base legal o art. 5º, XXVIII, “a” da CF/88, cuja redação é a seguinte: são assegurados, nos termos da lei: a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas.

Assim, confirma-se a assertiva de que o direito de arena é produto da exploração do direito de imagem, posto que a proteção da imagem recai apenas quanto à participação e a reprodução dos eventos

107 Gonçalves, Carlos Roberto. Direito civil, 1 esquematizado: parte geral: obrigações e contratos / Carlos Roberto Gonçalves; coordenador Pedro Lenza. – 6. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.

esportivos, ou seja, uma hipótese de exceção¹⁰⁸ do direito personalíssimo da imagem de cada atleta.

Desse modo, se analisarmos o art. 42 da “Lei Pelé”¹⁰⁹ de maneira literal, certamente arguiremos a sua inconstitucionalidade, posto que um direito inato a pessoa é transferido a terceiro (entidade desportiva) que goza de exclusividade para negociar os direitos de transmissão, retransmissão ou a reprodução de imagens do evento esportivo.

Entretanto, deve-se observar que somente os atletas profissionais participantes do espetáculo esportivo, fazem jus ao recebimento do percentual cinco por cento, distribuído entre os participantes, referentes ao direito de arena, ou seja, uma imposição legal.

108 I - O DIREITO DE ARENA E UMA EXCEÇÃO AO DIREITO DE IMAGEM, E DEVE SER INTERPRETADO RESTRITIVAMENTE. A UTILIZAÇÃO COM INTUITO COMERCIAL DA IMAGEM DO ATLETA FORA DO CONTEXTO DO EVENTO ESPORTIVO NÃO ESTÁ POR ELE AUTORIZADO. DEVER DE INDENIZAR QUE SE IMPÕE. (...) (AgRg no Ag 141.987/SP, Rel. Ministro EDUARDO RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/12/1997, DJ 18/05/1998, p. 88)

109 Art. 42. Pertence à entidade de prática desportiva mandante o direito de arena sobre o espetáculo desportivo, consistente na prerrogativa exclusiva de negociar, autorizar ou proibir a captação, a fixação, a emissão, a transmissão, a retransmissão ou a reprodução de imagens, por qualquer meio ou processo, do espetáculo desportivo. § 1º Serão distribuídos, em partes iguais, aos atletas profissionais participantes do espetáculo de que trata o caput, cinco por cento da receita proveniente da exploração de direitos desportivos audiovisuais, como pagamento de natureza civil, exceto se houver disposição em contrário constante de convenção coletiva de trabalho.

§ 2º O disposto neste artigo não se aplica à exibição de flagrantes de espetáculo ou evento desportivo para fins exclusivamente jornalísticos, desportivos ou educativos ou para a captação de apostas legalmente autorizadas, respeitadas as seguintes condições:

I - a captação das imagens para a exibição de flagrante de espetáculo ou evento desportivo dar-se-á em locais reservados, nos estádios e ginásios, para não detentores de direitos ou, caso não disponíveis, mediante o fornecimento das imagens pelo detentor de direitos locais para a respectiva mídia;

II - a duração de todas as imagens do flagrante do espetáculo ou evento desportivo exibidas não poderá exceder 3% (três por cento) do total do tempo de espetáculo ou evento;

III - é proibida a associação das imagens exibidas com base neste artigo a qualquer forma de patrocínio, propaganda ou promoção comercial.

§ 3º O espectador pagante, por qualquer meio, de espetáculo ou evento desportivo equipara-se, para todos os efeitos legais, ao consumidor, nos termos do art. 2º da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.

§ 4º Na hipótese de eventos desportivos sem definição do mando de jogo, a captação, a fixação, a emissão, a transmissão, a retransmissão ou a reprodução de imagens, por qualquer meio ou processo, dependerá da anuência de ambas as entidades de prática desportiva participantes.

Entende-se por atleta profissional aquele cujo vínculo especial de trabalho desportivo está firmado perante associação desportiva no qual este se obriga a prestar serviços profissionais, qual seja, o desempenho de determinada prática esportiva.

Desse modo, pode-se dizer que com o surgimento do vínculo especial de trabalho desportivo, se não expressa, há no mínimo uma autorização tácita por parte do atleta a entidade desportiva para que esta, nos termos do art. 42 da “Lei Pelé”, negocie perante as emissoras de rádio, televisão, streaming ou afins, os valores pagos para que lhes seja concedido o direito de transmissão do evento esportivo.¹¹⁰ Sendo ou não transmitido, o espetáculo esportivo, este se realizará, e pelo vínculo de trabalho existente, o atleta tem o dever legal de representar a entidade desportiva nas competições em que estiver inscrito.

Portanto, desde que observadas as determinações legais pela “Lei Pelé” quanto ao direito de arena, não há que se falar em exploração abusiva da imagem e tampouco violação dos direitos protegidos pelo art. 20 do CC/02.

6. Breves Comentários a MP 984 de junho de 2020, Direito de Arena

A nova redação dada pela MP 984 de 2020 não é clara em estipular quais jogadores detêm direito a partilhar os cinco por cento do direito de arena.

110 DIREITO DE ARENA. NATUREZA JURÍDICA. I O direito de arena não se confunde com o direito à imagem. II Com efeito, o direito à imagem é assegurado constitucionalmente (art. 5.º, incisos V, X e XXVIII), é personalíssimo, imprescritível, oponível erga omnes e indisponível. O direito de arena está previsto no artigo 42 da Lei 9.615/98, o qual estabelece a titularidade da entidade de prática desportiva. III Por determinação legal, vinte por cento do preço total da autorização deve ser distribuído aos atletas profissionais que participarem do evento esportivo. IV Assim sendo, não se trata de contrato individual para autorização da utilização da imagem do atleta, este sim de natureza civil, mas de decorrência do contrato de trabalho firmado com o clube. Ou seja, o clube por determinação legal paga aos seus atletas participantes um percentual do preço estipulado para a transmissão do evento esportivo. Daí vir a doutrina e a jurisprudência majoritária nacional comparando o direito de arena à gorjeta, reconhecendo-lhe a natureza remuneratória. V Recurso conhecido e provido.” (TST-RR-1210/2004-025-03-00.7, 4.ª Turma, Relator: Ministro Antônio José de Barros Levenhagen, DJU de 16/3/2007.)

O clube mandante deverá repassar este percentual apenas aos jogadores vinculados a entidade ou também aos jogadores vinculados a entidade adversária? Estão inclusos ou não os jogadores que foram relacionados para o jogo, mas entraram em campo?

Estas são perguntas que pendem de resposta pelo judiciário, razão pela qual, ficamos limitados ao juízo de valor feito por cada interprete.

Entretanto, se observarmos o teor da Súmula 403 do STJ, caso a entidade mandante opte por repassar o percentual devido apenas aos atletas vinculados ao clube, haverá a utilização não autorizada da imagem dos atletas adversários com fins econômicos e comerciais, razão pela qual, farão jus a compensação indenizatória.

Ou seja, diante da logicidade da Súmula 403 do STJ, deverá a entidade mandante repassar igualmente a todos os atletas envolvidos no evento esportivo, sem exceção, a sua quota parte apurada em cima do percentual de cinco por cento referente ao direito de arena.

7. Considerações Finais

Direito desportivo vem se destacando no Brasil, que apesar de ser conhecido mundialmente como o país do futebol, possui um limitadíssimo acervo legal e doutrinário quanto ao regramento das relações advindas do mundo esportivo, quais sejam, entre entidades desportivas e seus membros e os aficionados por esporte com o restante da sociedade.

Por esta razão, há uma premente necessidade na criação de leis que consolidem os direitos desportivos, bem como para que solucione as diversas lacunas deixadas pela Lei Pelé.

No tocante aos direitos da personalidade, tem-se que o direito de imagem encontra-se abarcado por um conceito maior, o de direito a privacidade, pois conforme depreende-se do art. 20 do Código Civil, toda e qualquer utilização da imagem de outrem, sem que haja prévia autorização, concederá ao lesado o direito de pleitear a reparação pelo dano material ou moral que tenha sofrido e nos casos em que a imagem tenha sido utilizada para fins econômicos, esta arcará indepen-

de prova do prejuízo com a indenização pela publicação não autorizada de imagem.

A partir dessa concepção, objetivando a utilização da imagem de figuras sociais com o intuito de auferir lucro, surge os contratos de cessão de uso da imagem, os quais são elaborados com fins específicos e por tempo determinado, trazendo à tona uma exceção ao direito personalíssimo da imagem.

Desse modo, ao traçar um paralelo entre a figura do contrato de cessão de imagem e o direito de arena, tem-se que o último também é um produto da exploração do direito de imagem, mas que difere do primeiro, pois a exploração da imagem do atleta profissional somente ocorrerá durante a participação e reprodução do espetáculo esportivo.

8. Referências

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil, 1: esquematizado: parte geral: obrigações e contratos / Carlos Roberto Gonçalves; coordenador Pedro Lenza. – 6. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.

TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil, Vol. Único, 7ª. ed. – São Paulo: Método, 2017.

PEREIRA Caio Mario da Silva. Instituições de Direito Civil – Introdução ao direito civil. Rio de Janeiro: Forense, 2004;

Filho, Fabio Mendes de Sá, Contrato de trabalho desportivo- revolução conceitual de atleta profissional de Futebol, São Paulo; LTr, 2010.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 29 de jul. 2020.

BRASIL. Código civil brasileiro: lei nº 10.406, de 10 de jan. de 2002, Brasília, Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm> Acesso em 30 de jul. 2020

BRASIL. Lei nº 9.615, de 24 de mar. de 1998, Brasília, Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19615consol.htm> Acesso em 29 de jul. 2020

BRASIL. Consolidação das leis trabalhistas: lei nº 5.452, de 1º de mai. de 1943, Brasília, Presidência da República. DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm> Acesso em 30 de jul. 2020.

BRASIL. Lei nº 5.988, de 14 de dez. de 1973, Brasília, Presidência da República. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil03/leis/19615consol.htm>> Acesso em 31 de jul. 2020

SAVENHAGO, Igor José Siqueri. Futebol na TV: evolução tecnológica e linguagem de espetáculo. Disponível em: <https://www.ludopedio.com.br/v2/content/uploads/092812_Savehago_-_Futebol_na_TV.pdf> Acesso em 31 de jul. 2020

NETTO, Domigos Franciulli. A Proteção ao Direito à Imagem e a Constituição Federal. Disponível em : < <https://ww2.stj.jus.br/publicacaoainstitucional/index.php/informativo/article/download/442/400> >

HEINEN, Juliano. Direito de arena. Disponível em: <<http://ibpieuropa.org/wp-content/uploads/2016/06/HeinenDireito-de-Arena.pdf>>. Acesso em 31 de jul. 2020.

CHIMINAZZO, João Henrique Cren. O Novo posicionamento do TST acerca do Direito de Arena. Disponível em: <<https://universidadofutebol.com.br/o-novo-posicionamento-do-tst-acerca-do-direito-de-arena/>> Acesso em 31 de jul. 2020.

PELUSO, Fernando Rogério. O Atleta Profissional de futebol e o Direito do Trabalho. Disponível em: < <http://www.dominipublico.gov.br/download/teste/arqs/cp085635.pdf>> Acesso em 30 de jul. 2020.

BRAGA, Thiago. “MP do Flamengo” não define quais jogadores devem receber direito de arena. Disponível em: <<https://www.uol.com.br/esporte/colunas/lei-em-campo/2020/06/26/mp-do-flamengo-nao-define-quais-jogadores-devem-receber-direito-de-arena.htm>> Acesso em: 30 jul. 2020.

FAGUNDES, Guilherme. Perspectivas sobre o direito de arena e o direito de imagem no Brasil. Disponível em: <<https://guilhermeafagundes.jusbrasil.com.br/artigos/832789588/perspectivas-sobre-o-direito-de-arena-e-o-direito-de-imagem-no-brasil>> Acesso em 29 de jul. 2020.

AOKI, Victor. Direito Desportivo e do Trabalho – Arena x Imagem. Disponível em: <<https://vitoraoki.jusbrasil.com.br/artigos/866498687/>>

direito-desportivo-e-do-trabalho-arena-x-imagem> Acesso em 29 jul. 2020.

BAHIA, Bruno Gomes. Breves comentários ao direito à imagem. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/comsulta/Artigos/35988/breves-comentarios-ao-direito-a-imagem>>. Acesso em: 29 jul 2020.

A MEDIDA PROVISÓRIA 984/2020 FRENTE AO DIREITO DE ARENA NO FUTEBOL BRASILEIRO

Fernando Pereira Bhering¹¹¹

RESUMO:

O futebol há muito tempo deixou de ser mero entretenimento, assumindo o posto de importante fator socioeconômico. Tendo em vista todos os reflexos nesse sentido, aliado ao lépido desenvolvimento tecnológico, cada vez mais complexas se tornaram as discussões em torno desse esporte, principalmente no que tange o direito de arena, que diz respeito às transmissões das partidas pelas emissoras de televisão e atualmente através também das plataformas de streaming. Com os debates estagnados, em contrapartida à incessante pressão exercida pela maioria das equipes quanto ao julgamento de projeto de lei em trâmite no Senado Federal, os clubes se viram de mãos atadas. Ocorre que num contexto de pandemia da covid-19 e atuais conflitos envolvendo times de futebol e a Rede Globo, o Governo decidiu por editar a Medida Provisória 984/2020, alterando as disposições a respeito do direito de arena no Brasil, que vinha sendo regulamentado pela Lei 9615/98. Inevitáveis às mudanças, críticas e apoios dividiram os interessados direta e indiretamente na questão, tendo como o objetivo do presente trabalho demonstrar o contexto, alterações e respectivas consequências tanto no esporte em si como em todo o aspecto econômico que o envolve. Para tanto, faremos um comparativo entre a Lei 9615/98 e a Medida Provisória 984/2020, abordando seus reflexos jurídicos e sociais, sua constitucionalidade, além de demonstrar a repercussão entre as equipes e seus respectivos fundamentos em justificativa à forma como se manifestaram.

Palavras-chave: Direito desportivo. Estado de calamidade pública. Imagem. Transmissões.

111 Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, pós-graduando em Direito Civil Aplicado (Unidade Praça da Liberdade) pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

1. Introdução

Medidas provisórias (MP's) são ferramentas nas mãos do Poder Público (Executivo em ação conjunta com o Legislativo) para tratar situações que não possam aguardar o processo de tramitação comum de uma lei e necessitem produzir efeitos de maneira imediata. Em razão disso, o presidente da República, Jair Bolsonaro, editou a MP 984/2020 na tentativa de amenizar os impactos causados pela pandemia de covid-19 no futebol nacional, que reflete diretamente na economia do país.

Publicada em 18 de junho de 2020, a Medida Provisória nº 984 veio para alterar algumas disposições regulamentadas pela Lei nº 9.615/98 (Lei Pelé) no que concerne ao direito de arena e ao prazo mínimo do contrato de trabalho dos atletas profissionais.

Como veremos, a edição de uma medida provisória deve se fundamentar em dois aspectos, os de urgência e relevância. Diante do cenário atual, não há dúvidas quanto à necessidade de alteração dos prazos dos contratos trabalhistas entre atletas e entidades desportivas, cuja importância também será abordada. Por outro lado, houve críticas referentes ao direito de arena, pois alguns entendem não se pautar nos requisitos para que a matéria seja objeto de medida provisória. Esse direito diz respeito a um valor recebido pelas equipes em razão da cessão do direito de transmissão de suas partidas, cumprindo informar que determinado percentual dessa receita deverá ser dividido em partes iguais a todos os atletas relacionados para o jogo, seja atuando diretamente ou até mesmo ficando no banco de reservas. Com a MP, em decorrência da mudança na titularidade do direito de arena, o poder de controle sobre a imagem das equipes, no âmbito do jogo, sofreu alterações e entenderemos isso mais adiante.

O que torna a discussão tão interessante para os envolvidos no meio do futebol, é que as questões em torno do direito de arena são de grande relevância para determinar quais clubes auferirão mais receita e consequentemente terão maiores oportunidades de crescimento e sucesso. O fato de uma maioria ter se manifestado a favor das alterações promovidas demonstra insatisfação com o modelo atual, que aparentemente beneficia apenas um pequeno grupo. Por outro lado,

um número significativo de equipes possui contratos firmados com a Rede Globo, onde cedem à emissora os direitos referentes à exibição de seus jogos até 2024. Isso tem rendido imbróglis, até então no âmbito extrajudicial, sobre a possibilidade da MP 984 afetar contratos realizados sob a vigência da redação antiga, que dispunha de forma diferente quanto à titularidade desse direito de arena.

Portanto, para que possamos visualizar toda essa questão de forma clara, iniciaremos abordando o processo de tramitação de uma medida provisória e como ele se dá atualmente em razão do estado de calamidade pública, o contexto atual do futebol brasileiro, do que se trata a MP 984 e o que ela altera, além de seus reflexos e repercussão no ramo do futebol.

2. A medida provisória e o Estado de Calamidade Pública

2.1. A medida provisória

Medidas provisórias (MP's) são normativos editados pelo presidente da República como resposta à situações de urgência e relevância no cenário nacional. Possuem força de lei, devendo para tanto ser observadas as regras trazidas pela Constituição, conforme os parágrafos do artigo 62. Contudo, ainda que gerem efeitos imediatos, devem ser submetidas à apreciação pelas duas casas do Congresso Nacional, a fim de que finda a tramitação, tenha-se decidido pelo arquivamento ou conversão da medida em lei.

O procedimento pelo qual passa uma medida provisória, desde sua edição até que como se espera, venha a se tornar lei ordinária, é dividido em etapas: a primeira é a publicação de seu texto no Diário Oficial da União, quando a partir de então começa a correr o prazo de 60 dias para que seja realizada a votação no Congresso Nacional. Caso não ocorra, prorroga-se automaticamente por mais 60 dias para que o seja feito. A contar também da publicação, poderão ser propostas emendas pelo prazo de seis dias, excluindo-se o primeiro.

Na segunda fase é formada uma Comissão Mista, composta por 12 senadores e 12 deputados, para que analisem os requisitos do caput do artigo 62 da Constituição (urgência e relevância) e a matéria, além

da apreciação das emendas com possibilidade de serem indeferidas liminarmente pelo presidente eleito da Comissão (caso entenda não haver relação entre elas e a matéria da MP). Consequentemente forma-se um parecer da Comissão Mista, no sentido de aprovar, rejeitar ou alterar (nesse último caso propõe-se um Projeto de Lei de Conversão) o texto inicial.

Na terceira fase tem-se o encaminhamento da MP para a Câmara dos Deputados, onde por maioria simples vota-se quanto à aprovação, rejeição ou alteração. Nessa etapa, caso seja a matéria rejeitada, interrompe-se a vigência da medida provisória e ela será arquivada.

Para que se possa falar em quarta fase, no Senado Federal, há de se concluir que houve aprovação do texto pelo plenário da Câmara. Aqui, também em votação com quórum de maioria simples, pode ser decidido pela: rejeição (encerrando a vigência e arquivando); aprovação do texto inicial da MP (que leva à promulgação em lei); aprovação do PLV (sem sugestão de alterações, aguardando apenas sanção do presidente da República, ou com alterações, devendo ser remetido de volta à Câmara para analisá-las). O Senado também poderá, caso prefira o texto da MP sobre o PLV que chega da Câmara, remetê-lo de volta à primeira Casa para análise exclusiva da medida provisória; ou caso assim entenda melhor, propor novo projeto de lei de conversão, que também irá à Câmara para análise exclusiva desse novo PLV.

No caso de aprovação, se referente ao PLV, seu texto deverá ser remetido à sanção do presidente da República, vez que o projeto advém de uma das Casas do Congresso Nacional. Se o presidente vetar, apresentará suas razões ao Congresso para que disponha sobre o veto (que não é definitivo), em quórum de maioria absoluta.

Em contrapartida, se a aprovação for quanto ao texto da medida provisória, proposta pelo chefe do Executivo, a matéria será levada direto à promulgação (pois se o presidente é quem a edita, não há razão para que a sancione). Sendo assim, a MP será convertida em lei ordinária pelo presidente da Mesa do Congresso Nacional.

Por fim, nas hipóteses de aprovação do projeto de lei de conversão, rejeição ou fim da vigência da medida provisória, caberá ao Congresso regular, por meio de decreto legislativo, as relações jurídicas constituídas entre a data da publicação da MP e a ocorrência de uma

das hipóteses supramencionadas. Caso não o faça no prazo de 60 dias a contar também da concretização de um desses fatos, considerar-se-ão tais relações regidas pela medida provisória.

2.2. O estado de calamidade pública e o ritmo sumário da medida provisória

Diante do atual cenário de crise em escala global, mais especificamente nas áreas da saúde e economia em razão da pandemia de covid-19, o governo brasileiro decretou estado de calamidade pública com previsão de vigência até 31 de dezembro de 2020. Diante disso, pôde-se perceber diversos reflexos no funcionamento e atuação do Poder Público (Legislativo, Executivo e Judiciário) em diversos âmbitos, como por exemplo no administrativo, processual, tributário e econômico.

Nesta senda, diante da necessidade de procedimentos mais céleres na tentativa de conter os impactos causados pela pandemia, foi permitido através do Ato Conjunto 1/20 das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal (BRASIL, 2020) a tramitação em rito sumário para apreciação das medidas provisórias enquanto perdurar o referido estado de calamidade pública. Vale ressaltar que esse procedimento mais lúcido também visa a proteção do cidadão e da ordem pública, vez que no atual cenário diversas medidas provisórias vêm sendo editadas, não sendo seguro dos pontos de vista jurídico, econômico e social que a análise delas possa perdurar por até 120 dias, já que a produção de seus efeitos se inicia desde a publicação.

Regulamentado pelo mencionado Ato Conjunto 1/20, esse rito excepcional tem como um de seus aspectos a dispensa de parecer da Comissão Mista (as MP's serão instruídas no Plenário da Câmara e do Senado) e o prazo máximo de 16 dias para análise pelas duas Casas do Congresso Nacional.

A tramitação se inicia com a publicação no Diário Oficial da União, onde a partir de então começam a correr os prazos e produzir efeitos. As emendas poderão ser propostas até o 2º dia útil seguinte à publicação, enquanto, a contar do mesmo marco, terá a Câmara até o 9º dia para apreciar a matéria. Uma vez aprovada, será encaminhada

para o Senado Federal, que deverá analisar seu texto até o 14º dia. Havendo modificações, retorna à Câmara para que delibere a respeito, no prazo de 2 dias úteis (totalizando 16).

Importante ressaltar que em razão do contexto já mencionado, as votações serão feitas via sistema remoto, conforme rito próprio de cada uma das duas Casas. Conforme o §3º do Ato, todos os atos já praticados (incluindo a designação de relatores) e eventuais pareceres deliberados em Comissão Mista permanecem válidos. Por fim, estabelece que todo o exposto se aplica não só às medidas provisórias editadas durante o estado de calamidade pública, mas também às já editadas e em curso de tramitação (artigo 7º), e que havendo necessidade de prorrogação formal da vigência da medida provisória, será atribuição do presidente do Congresso Nacional avaliar sua pertinência (artigo 8º).

3. Considerações sobre a imagem dos atletas e a realidade do futebol brasileiro

3.1. O contexto atual do futebol brasileiro

Dentre os variados setores afetados pela pandemia de covid-19, o desportivo não ficou de fora. Tratando especificamente do futebol, a paralisação dos campeonatos fez com que diversas fontes de renda ficassem congeladas ou reduzidas, atingindo desde os clubes (principalmente os menores) até toda a cadeia, formada por patrocinadores, empresas de transmissão televisiva, emissoras de rádio, jogadores e demais funcionários das pessoas jurídicas envolvidas. Segundo reportagem do Esporte Interativo (2020), estimam-se mais de 150 mil empregos.

Conforme relatório apresentado em dezembro pela Confederação Brasileira de Futebol (2019), o futebol brasileiro representa 0,72% do Produto Interno Bruto (PIB) nacional, o que equivale a R\$ 52,9 bilhões. Com a pandemia e os campeonatos interrompidos, Walter Feldman (2020), secretário geral da CBF calculou em abril um prejuízo estimado em 4 bilhões de reais.

Para contextualizar, o futebol brasileiro inicia sua temporada através dos campeonatos estaduais. Com o passar dos anos, essas competições vêm perdendo importância para os clubes maiores, que os veem como torneios de pré-temporada devido à baixa premiação e competitividade. Com isso, direcionam seus esforços para os campeonatos nacionais e internacionais, de modo a banalizar-se cada vez mais a competição mais importante (e às vezes única) para os pequenos clubes.

Outra realidade do esporte no nosso país é a disparidade de receita entre as equipes, principalmente no que diz respeito ao repasse dos valores referentes à transmissão de seus jogos na televisão (sendo o melhor exemplo o pay-per-view). Estima-se que a diferença entre o time que mais recebe e o que menos recebe chega a ser de vinte vezes, o que torna o campeonato cada vez mais díspar, sendo importante frisar que esse contexto se dá entre os clubes pertencentes à elite do futebol nacional. Com isso, se a diferença entre a receita proveniente dos valores de transmissões entre os grandes clubes é preocupante e gera desigualdade, pode-se afirmar que ainda abaixo dessa elite exista um abismo que a separa dos menores.

Se unirmos os pontos, nos vemos numa situação de paralisação dos campeonatos estaduais, muitas vezes a principal (para não dizer única) fonte de receita dos pequenos clubes, que em grande maioria não podem suportar os ônus dessa parada. A lei que os direciona (Lei nº 9615/98) já vinha antes mesmo da pandemia sendo alvo de críticas por parte de algumas entidades (inclusive com projetos de lei sobre a matéria, estando um deles, o PL 5082/16, aprovado pela Câmara desde 2019 e aguardando análise no Senado) e se mostrou prejudicial às equipes quando da sua aplicação nesse momento. “Pegando carona”, com a urgência questionada, os grandes clubes pressionaram o Executivo na tentativa de iniciarem algumas mudanças que entendiam necessárias no futebol brasileiro, principalmente no que diz respeito ao direito de arena, referente ao repasse dos valores de transmissão de suas partidas. E então, levando em consideração esse contexto, foi editada a Medida Provisória nº 984/2020.

Como veremos, ainda que sua aplicação imediata se dê no âmbito dos campeonatos estaduais e socorra principalmente os clubes

menores, a discussão trazida pode significar o primeiro passo na mudança de todo o panorama do futebol nacional. Com isso, antes de adentrarmos propriamente na referida MP, é importante analisarmos do que se trata esse direito tão relevante no futebol, que é o direito de arena.

3.2. Direito de arena x direito de imagem

Devido ao contexto atual de globalização e rápido desenvolvimento tecnológico, a proteção à imagem das pessoas tem vindo à tona frequentemente. À medida que se torna cada vez mais fácil e rápida a veiculação de fotos e vídeos ao redor do mundo, o Judiciário vem se vendo obrigado a buscar soluções inovadoras na tentativa de prevenir ou coibir a violação desse direito.

Protegido pela Constituição da República de 1988, e pelo Código Civil de 2002, respectivamente nos artigos 5º (X e XXVIII) e 20, o direito de imagem diz respeito à personalidade da pessoa natural, sendo atrelado à sua dignidade, honra e intimidade. Segundo Maria Helena Diniz, “O direito à imagem é o de ninguém ver seu retrato exposto em público ou mercantilizado sem seu consentimento e o de não ter sua personalidade alterada material ou intelectualmente, causando dano à sua reputação”. (DINIZ, 2004, v.1, p. 127). Para completar, o parágrafo único do artigo 20 do supracitado código resguarda esse direito até mesmo aos mortos e ausentes, podendo, neste caso, ser exercido pelas pessoas legitimadas a fim de pleitear indenização pelos danos sofridos.

No que se refere ao direito desportivo, a cessão e uso da imagem do atleta se faz por um contrato de natureza cível, firmado entre ele e o clube. Porém, importante lembrar que se trata de direito indisponível (protegido pela Constituição, artigo 1º) pertencente a todos os seres humanos, com caráter personalíssimo e, em regra, intransmissível e irrenunciável, conforme artigo 11 do Código Civil de 2002. Dessa forma, apenas é permitido divulgar ou veicular a imagem de uma pessoa caso ela autorize de forma expressa, e ainda neste caso, não pode ocorrer de maneira vexatória, discriminatória ou de qualquer outro modo que atinja sua dignidade.

Com isso, a imagem do indivíduo que é atleta profissional não está necessariamente vinculada ao clube que defende, mas sim à repercussão que essa pessoa gera perante a sociedade. Para exemplificar, podemos perceber a participação de jogadores de futebol em campanhas publicitárias que não fazem relação alguma com o esporte, como Cristiano Ronaldo e a marca de shampoos ClearMen ou Neymar no seriado La Casa de Papel. Nesses casos, não há que se falar em qualquer quantia que interesse à equipe que defendem, pois trata-se de contrato firmado entre a pessoa (que é jogador, mas se apresenta de forma desvinculada de seu clube) e a marca que o contrata.

Feita essa diferenciação, trataremos agora exclusivamente do contrato de cessão da imagem do atleta para a entidade esportiva. A renda gerada para o clube em razão desse uso será repassada ao jogador nos termos do percentual acordado, tendo como critério o peso daquela figura para a imprensa, torcida e marketing (quanto mais atrativo, mais recebe). Em razão da natureza cível, já foi pacificado nos tribunais trabalhistas que essa verba não integra salário, salvo se configurar fraude (tentativa do contratante de se esquivar do pagamento dos encargos previdenciários e da relação de trabalho). Para avaliar se houve ou não conduta fraudulenta, o critério partirá da análise de cada caso concreto. Constatada a fraude, os valores recebidos como direito de imagem serão considerados de natureza salarial como se assim fossem desde a assinatura do contrato, refletindo em férias, 13º salário e recolhimento previdenciário.

Para melhor elucidar a questão, tomemos como exemplo um processo de 2018 de um jogador contra o clube Ceará, onde o TRT-7 no julgamento do Recurso Ordinário nº 0001950-47.2016.5.07.0007 manteve a sentença proferida em 1ª instância, onde se entendeu que, apesar de o valor convencionado a título de direito de imagem ser superior ao pago a título de salário, não haveriam elementos suficientes para caracterizar a fraude. Portanto, deve ser levado em consideração principalmente o retorno que a entidade possa vir ter com o uso da imagem daquela pessoa, pois isso pode valer muito mais (economicamente) que sua participação dentro de campo.

Finalmente, se referindo também à imagem do atleta profissional, mas de forma mais específica, trataremos do chamado direito de

arena, objeto de polêmica na matéria da MP 984 e que possui diversos desdobramento na realidade econômica e consequentemente no sucesso do futebol como esporte. Inicialmente é importante que façamos uma diferenciação entre ele e o direito de imagem, que não podem ser confundidos.

Apesar de versarem sobre o mesmo bem jurídico (a imagem do jogador), enquanto o direito de imagem é personalíssimo e se refere a um contrato entre atleta e entidade (com valores que variam a depender do convencionado), o direito de arena é garantido por lei a todos os jogadores que participem do evento desportivo, coletivamente e de maneira igualitária. Outra diferença importante é quanto às respectivas titularidades, pois enquanto o direito de imagem pertence ao jogador, o direito de arena pertence ao clube e será repassado ao atleta por força de lei, como veremos mais à frente.

Iniciemos abordando o direito de arena pelo conceito dado pela própria legislação. Diz o caput do artigo 42 da Lei Pelé (nº 9.615/98):

Pertence às entidades de prática desportiva o direito de arena, consistente na prerrogativa exclusiva de negociar, autorizar ou proibir a captação, a fixação, a emissão, a transmissão, a retransmissão ou a reprodução de imagens, por qualquer meio ou processo, de espetáculo desportivo de que participem. (BRASIL, 1998).

Pode-se extrair daqui duas informações importantes: primeira, que titularidade do direito de arena pertence aos clubes. Em segundo, que sua abrangência se dá especificamente no âmbito do espetáculo desportivo, ou seja, dentro de campo ou quadra.

Outro ponto relevante sobre o direito de arena diz respeito à sua conturbada natureza jurídica. Apesar de a lei atualmente considerá-lo como parcela de natureza civil, a jurisprudência e a maior parte da doutrina entendem sua natureza como remuneratória, pelo fato de estar diretamente relacionado ao trabalho do jogador, se assimilando por analogia às gorjetas (conforme a súmula 354 do Tribunal Superior do Trabalho - TST) e outras verbas pagas por terceiros ao empregado.

Essa discussão se deu devido às alterações sofridas pela legislação pertinente ao tema na última década, como veremos a seguir.

Garantido constitucionalmente (artigo 5º, XXVIII, “a”), o direito de arena recebeu tratamento específico na Lei Pelé (artigo 42), de 1998, que instituiu normas gerais sobre o desporto. Até então não havia discussão quanto à sua natureza, sendo pacífico tanto na doutrina como na jurisprudência de que seria de cunho remuneratório. Além disso, a lei dispunha que no mínimo 20% (salvo convenção coletiva de trabalho em contrário) da receita proveniente da exploração dos direitos desportivos audiovisuais deveriam ser repassados aos atletas participantes da partida, em partes iguais. Ocorre que em 2011, com o advento da Lei nº 12.395, a redação do artigo 42 foi alterada de maneira que gerou críticas.

O primeiro ponto foi a redução do valor de repasse de 20% para 5% (salvo convenção coletiva de trabalho), além da retirada da expressão “como mínimo”. Por interpretação lógica, se entendeu que em caso de convenção coletiva dispondo de forma diversa, a alteração poderia se dar apenas no sentido de aumentar esse percentual, estando implícito que os 5% seriam um mínimo. Conforme Carolina Hirata (2020), parte da doutrina entendeu também que houve violação ao princípio do não retrocesso social, pois simplesmente ocorreu uma redução significativa no valor de recebimento dos atletas, sem qualquer justificativa ou contrapartida.

Uma segunda mudança criticada foi o fato de atribuir aos sindicatos função diversa da que normalmente desempenham. Coube a eles receber o valor de repasse dos clubes aos atletas pelo direito de arena, e então distribuir de forma igualitária a cada um desses jogadores, ainda que não possuíssem filiação sindical.

Um último ponto de extrema relevância foi a inclusão da expressão “como parcela de natureza civil” ao se referir ao direito de arena. Ainda que a lei assim o disponha, a doutrina se divide, pois parte dela entende ser a natureza remuneratória, conforme interpretação extensiva à Súmula 354 do TST. Para esses que discordam da lei, ainda que a verba repassada ao jogador em razão do direito de arena decorra da execução natural do contrato de trabalho (diferentemente do direito de imagem, que não decorre por não estar relacionado à prestação de

serviços pelo jogador dentro de campo), por não ser paga pelo clube e sim por terceiros, deve receber tratamento semelhante às gorjetas, por analogia.

A importância dessa discussão é que, caso fosse considerada a natureza remuneratória (trabalhista), o valor recebido pelo atleta refletiria no 13º salário, férias e demais verbas trabalhistas. Prevalecendo o texto legal, no sentido de ter a parcela natureza indenizatória (civil), o jogador não terá direito ao disposto no artigo 457 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), que define as gorjetas como remuneração (refletindo nas verbas supramencionadas), por não haver analogia à citada Súmula 354 do TST.

Portanto, tendo em vista todo o exposto, pode-se perceber que diversas discussões e indagações ainda pairam sobre o direito de arena. Unidos esses fatores ao contexto atual da pandemia de covid-19, entendeu o Governo por necessário ou oportuno editar a Medida Provisória nº 984/2020, nos termos que veremos a seguir.

4. A medida provisória 984/2020

4.1. Comparativo e alterações na Lei Pelé

Como já visto, existe todo um cenário por trás da edição da MP 984: a questão dos campeonatos estaduais paralisados e como isso atinge os clubes menores, os problemas quanto à desigualdade de receita entre as entidades desportivas no que se refere aos contratos com as emissoras de televisão, as discussões a respeito das alterações sofridas na Lei Pelé quanto ao direito de arena e também as críticas em relação à própria Medida Provisória objeto de análise. Para que possamos visualizar o efeito da referida Medida em cada um desses pontos, faz-se necessária a transcrição, por partes, dos artigos que a compõe (com exceção do 4º, referente à entrada em vigor da MP na data de sua publicação).

Iniciemos pelo artigo 1º, que diz: “A Lei nº 9.615, de 24 de março de 1998, passa a vigorar com as seguintes alterações” (BRASIL, 2020). Temos aqui uma mudança substancial no artigo 42 da Lei Pelé, que trata do direito de arena. Vejamos como era disposto e o que mudou.

Antes da MP:

Art. 42. Pertence às entidades de prática desportiva o direito de arena, consistente na prerrogativa exclusiva de negociar, autorizar ou proibir a captação, a fixação, a emissão, a transmissão, a retransmissão ou a reprodução de imagens, por qualquer meio ou processo, de espetáculo desportivo de que participem. (Redação dada pela Lei nº 12.395, de 2011).

§ 1º Salvo convenção coletiva de trabalho em contrário, 5% (cinco por cento) da receita proveniente da exploração de direitos desportivos audiovisuais serão repassados aos sindicatos de atletas profissionais, e estes distribuirão, em partes iguais, aos atletas profissionais participantes do espetáculo, como parcela de natureza civil. (Redação dada pela Lei nº 12.395, de 2011). (BRASIL, 2011).

Pela leitura do artigo, pode-se perceber que o direito de arena era assegurado “às entidades de prática desportiva”, no plural. Isso significava, na prática, a necessidade de ambas as equipes participantes do espetáculo anuírem quanto à disposição das imagens da partida. Ou seja, para que uma empresa emissora de televisão pudesse exibir o espetáculo, deveria obrigatoriamente ter contrato assinado com os dois clubes que se enfrentassem. Além disso, a receita proveniente da exploração dessas imagens deveria ser repassada aos sindicatos, para que estes distribuíssem aos jogadores.

Como vimos anteriormente, já haviam críticas ao texto do artigo em razão dos seguintes fatores: a redução do percentual de 20% para 5%, a atribuição de função estranha à comumente exercida pelos sindicatos e por considerar o direito de arena como parcela de natureza civil.

Agora, vejamos o referido artigo com a redação dada pela MP, que também incluiu o §4º:

Art. 42. Pertence à entidade de prática desportiva mandante o direito de arena sobre o espetáculo desportivo, consistente na prerrogativa exclusiva de negociar, autorizar ou proibir a captação, a fixa-

ção, a emissão, a transmissão, a retransmissão ou a reprodução de imagens, por qualquer meio ou processo, do espetáculo desportivo.

§ 1º Serão distribuídos, em partes iguais, aos atletas profissionais participantes do espetáculo de que trata o caput, cinco por cento da receita proveniente da exploração de direitos desportivos audiovisuais, como pagamento de natureza civil, exceto se houver disposição em contrário constante de convenção coletiva de trabalho.

§ 4º Na hipótese de eventos desportivos sem definição do mando de jogo, a captação, a fixação, a emissão, a transmissão, a retransmissão ou a reprodução de imagens, por qualquer meio ou processo, dependerá da anuência de ambas as entidades de prática desportiva participantes. (BRASIL, 2020, grifo nosso).

No momento, pelo menos enquanto durar a vigência da Medida Provisória, constata-se relevantes alterações. A titularidade do direito de arena, antes pertencente às duas entidades participantes da partida, agora é apenas do time mandante, isto é, aquele que joga em “casa”. Para esclarecer, equipe mandante é a detentora do mando de campo, fator previamente determinado pela Organização do campeonato. Se um time de Belo Horizonte, por exemplo, for mandante de uma partida, não significa necessariamente que o jogo será na respectiva cidade, mas sim que prevalecerão os efeitos do mando de campo para essa equipe (renda de bilheteria etc), que possui a liberdade de jogar onde quiser, respeitadas as normas atinentes à questão. Os efeitos dessa alteração serão abordados mais adiante, cumprindo esclarecer no momento apenas a mudança sofrida pela legislação.

Uma segunda alteração, constante no §1º, foi a exclusão dos sindicatos como intermediários na distribuição do direito de arena aos jogadores, que agora é feita diretamente pela equipe mandante (inclusive para os atletas do time adversário). Além da já mencionada crítica sobre a atribuição incoerente à função sindical, o fato de não precisarem prestar contas gerava certa insegurança quanto à distribuição dos valores, mesmo sabendo que o intuito dessas organizações era o de proteger os direitos e interesses dos atletas. Por outro lado, com a

vigência recente da MP, ainda não se sabe ao certo como será feito o repasse pelos mandantes aos jogadores do adversário, mas possivelmente será entregue ao rival para que distribua a eles. A partir disso, surgem questionamentos sobre como os jogadores poderão se informar a respeito da quantia correta a ser recebida, e em caso de desavença, se seria competente a Justiça do Trabalho para tratar de relação envolvendo partes que não são patrão e empregado (pois se trata da equipe mandante repassando valores aos atletas do adversário).

Outra novidade foi a inclusão do §4º, que trata da hipótese de indefinição quanto ao mandante do jogo. Neste caso, a captação, a fixação, a emissão, a transmissão, a retransmissão ou a reprodução das imagens da partida dependerão da anuência das duas equipes que se enfrentem (da mesma forma que ocorria antes da MP para todas as partidas). Um exemplo de jogo sem mando de campo é a Supercopa do Brasil, onde se enfrentam os vencedores do Campeonato Brasileiro e da Copa do Brasil.

Vejamos agora o artigo 2º, que altera o prazo mínimo de duração do contrato de trabalho dos atletas. Ele visa solucionar o problema relativo à paralisação dos campeonatos estaduais, que atinge principalmente os pequenos clubes, dispondo: “Até 31 de dezembro de 2020, o período de vigência mínima do contrato de trabalho do atleta profissional, de que trata o caput do art. 30 da Lei nº 9.615, de 1998, será de trinta dias” (BRASIL, 2020).

O alterado artigo 30 da Lei Pelé dizia: “O contrato de trabalho do atleta profissional terá prazo determinado, com vigência nunca inferior a três meses nem superior a cinco anos” (BRASIL, 2000). Precisamos lembrar aqui da realidade dos campeonatos estaduais no Brasil. A maior parte das equipes que disputam essa competição são clubes menores, que atuam apenas na primeira parte da temporada. Em razão disso, possuem verbas extremamente limitadas e sobrevivem apenas dessas competições regionais, sendo um fato que a maioria de seus jogadores, para não dizer todos, exercem outra profissão no restante do ano. Portanto, levando em consideração que essas equipes atuam por curto período, mas também buscando proteger os atletas, a Lei nº 9.615/98 previa um contrato com vigência mínima de três meses, levando em consideração a realidade exposta.

Ocorre que, em decorrência da pandemia de covid-19 e a consequente paralisação das competições (no momento apenas os estaduais, por serem os únicos que já haviam começado), esses contratos de três meses chegaram ao fim e ainda existia uma reta final dos campeonatos a ser disputada. Desse modo, a aplicação do artigo 30 da Lei Pelé seria inviável para as equipes de menor potencial econômico, vez que teriam de contratar e arcar com verbas trabalhistas dos atletas por mais três meses, havendo apenas poucos jogos a serem disputados. Muitos desses clubes se viram numa encruzilhada, pois precisariam disputar o restante do campeonato mas não teriam verbas suficientes para renovar os contratos dos jogadores. Nesse ponto não houve críticas quanto à urgência e relevância da Medida Provisória 984, pois levando em consideração a realidade econômica da maioria dos clubes do Brasil, a possibilidade de firmar contratos com duração mínima de trinta dias se viu necessária, ao menos na tentativa de amenizar o prejuízo sofrido pelas equipes.

Passemos agora para o artigo 3º, que revoga os §§5º e 6º do artigo 27-A da Lei Pelé:

Art. 27-A. Nenhuma pessoa física ou jurídica que, direta ou indiretamente, seja detentora de parcela do capital com direito a voto ou, de qualquer forma, participe da administração de qualquer entidade de prática desportiva poderá ter participação simultânea no capital social ou na gestão de outra entidade de prática desportiva disputante da mesma competição profissional.

§ 5º As empresas detentoras de concessão, permissão ou autorização para exploração de serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens, bem como de televisão por assinatura, ficam impedidas de patrocinar ou veicular sua própria marca, bem como a de seus canais e dos títulos de seus programas, nos uniformes de competições das entidades desportivas.

§ 6º A violação do disposto no § 5º implicará a eliminação da entidade de prática desportiva que lhe deu causa da competição ou do torneio em que aquela se verificou, sem prejuízo das penalidades que venham a ser aplicadas pela Justiça Desportiva. (BRASIL, 2020).

A partir da revogação, permite-se que empresas de radiodifusão sonora (rádios) e as transmissoras de sons e imagens (como a televisão e agora ganhando força, as plataformas de streaming) possam patrocinar ou veicular sua marca nos uniformes das entidades desportivas. Tomando como exemplo as últimas partidas do Flamengo pelo Campeonato Carioca, pôde-se notar a marca “FlaTV” estampada nas camisas do clube. Trata-se nesse caso do canal da equipe no YouTube (plataforma de streaming, que significa transmissão), que após a referida revogação dos parágrafos 5º e 6º e também da nova realidade dos mandantes, pôde exibir suas partidas no site e divulgar a marca do canal no uniforme. Considera-se uma mudança sutil mas justificável, tendo em vista o potencial crescimento dessas novas plataformas de transmissão virtual, principalmente agora que o mandante detém direito exclusivo de exibir suas partidas independentemente de contratos entre terceiros (outras equipes, que na condição de visitante, teriam que anuir e empresas de rádio ou televisão).

Por fim, cumpre lembrar que toda ação gera reação. Uma relevante mudança de cenário como essa, certamente levantaria críticos e apoiadores, e no caso da MP 984 não poderia ter sido diferente. Com isso, veremos a seguir como ela foi recebida pelos clubes, emissoras interessadas e as discussões que dividem o Congresso Nacional sobre o tema.

4.2. Efeitos e repercussão da MP 984 no futebol brasileiro

Levando em consideração todo o exposto até aqui, poderemos agora compreender todo o imbróglio em torno das pequenas, mas substanciais alterações advindas da MP 984 no mundo dos fatos.

Inicialmente, retomemos a questão da urgência e relevância, requisitos essenciais para que determinada matéria possa ser objeto de medida provisória. Como visto, a alteração do prazo mínimo de vigência dos contratos de atletas é unanimidade e não gerou conflitos. Por outro lado, a mudança relativa ao direito de arena, que consistiu em conferir apenas ao mandante todos os direitos relacionados à transmissão das partidas, levantou críticas.

Rodrigo Maia (2020), presidente da Câmara dos Deputados, disse em entrevista:

Nós tínhamos conversado com o Governo que, com a votação do projeto de lei ontem, não existiria medida provisória. Não entendi o porquê da edição, mas é um direito do governo. A Câmara vai avaliar sob todos os aspectos. O que eu defendo é que essa é uma discussão mais profunda do que cabe numa medida provisória. Não sei nem se tem toda essa relevância e urgência. (MAIA, 2020).

Além de questionar a existência dos requisitos, entendeu que uma medida provisória não seria o melhor meio de discutir esse assunto, inclusive por já ser objeto de Projeto de Lei aguardando trâmite no Senado Federal. Projeto esse que declara o intuito de solucionar um dos maiores problemas do futebol brasileiro, que é a disparidade de receitas entre as equipes, muito em razão das receitas das transmissões. Cito novamente o exemplo mais claro: a diferença de vinte vezes nos valores recebidos entre o clube que mais arrecada para o que menos arrecada a título de pay-per-view.

Com isso, tem-se sugerido implementar as ideias impostas em outros países onde foram alcançados os efeitos desejados, principalmente no que refere à criação de uma liga, que não existe no Brasil. Principalmente na Europa, culminou no crescimento das equipes menores e num campeonato mais parelho, sem prejudicar os grandes clubes pois levou-se em consideração seus méritos de gestão e trabalho a longo prazo (razão de terem chegado ao patamar onde se encontram). Entende Rodrigo Maia (2020) ser um assunto mais complexo e que demande mais tempo e discussão (inclusive com os clubes, afirmando que gostaria de ouvi-los) e que o curto tempo de tramitação de uma MP não seria suficiente para tal. Se referindo à criação de uma liga, onde se busca democratizar a relação entre equipes, completa:

Nós temos bons exemplos de ligas no mundo, como a liga espanhola, que tirou o futebol espanhol de uma situação muito ruim, que tinha uma participação na economia espanhola muito parecida com a participação do futebol brasileiro, próximo de 0,7% do PIB, e hoje já é próximo de 2% do PIB. (MAIA, 2020).

Outro modelo, de talvez hoje a maior referência no futebol mundial, é a Liga do Campeonato Inglês. Nela, garante-se às menores equipes condições de crescerem para que possam atingir certo nível de competitividade (através de um repasse mais igualitário), isso sem prejudicar os grandes clubes, que recebem méritos (financeiros) pela colocação na tabela e participação de sua torcida, buscando com isso um maior equilíbrio.

Mudando o foco, vejamos agora a discussão que mais paira sobre o tema no momento: a possibilidade de afetação da MP 984 nos contratos vigentes e firmados sob a égide da Lei Pelé, em sua redação anterior. Entende-se sequer haver razão para tal discussão existir, vez que se trata de questão facilmente esclarecida pela Constituição de 1988 (em seu artigo 5º, XXXVI), que protege o ato jurídico perfeito.

Fazendo um rápido esclarecimento, a maior parte das equipes pertencentes à primeira divisão do Campeonato Brasileiro possuem contrato de transmissão de suas partidas com a Rede Globo até 2024. Pactuados antes da vigência da MP, concedem ao canal televisivo a possibilidade de exibição de praticamente todos os jogos da competição (com exceção daqueles confrontos onde a emissora não tenha contrato firmado com ambas as equipes).

Ocorre que recentemente, a Turner, proprietária dos canais TNT e Space, resolveu entrar no ramo de transmissão do futebol brasileiro e firmou contrato com algumas equipes que não assinaram ou renovaram com a Globo (Athletico Paranaense, Bahia, Ceará, Curitiba, Fortaleza, Palmeiras, Santos e Internacional. Ressalta-se o Bragantino, que não possui contrato com nenhuma das emissoras). Após imbróglgios internos envolvendo as equipes citadas e a Turner, conforme o UOL Esporte (2020), quase houve um abandono do projeto pelo **canal** se não fosse a grande oportunidade surgida com a mudança de cenário pela MP 984. Isso porque ao invés de poder transmitir apenas os confrontos entre as equipes com as quais possuía contrato, como dispunha a Lei Pelé, viu agora seu leque de opções ampliado para todas as partidas onde esses times atuem como mandantes, independentemente de qualquer acordo ou anuência do adversário.

A confusão se concretizou no final de julho. Após a publicação pela CBF da tabela das primeiras rodadas do Campeonato Brasileiro

informando as transmissões das partidas, gerou-se espanto pois foi levado em consideração as alterações advindas da MP, desconsiderando os contratos firmados com a Globo, que viu seu direito ameaçado e rapidamente se manifestou. Segue um trecho da publicação: “a Globo reitera seu entendimento de que a medida provisória 984, ainda que seja aprovada pelo Congresso Nacional, não modifica contratos já assinados, que são negócios jurídicos perfeitos, protegidos pela Constituição Federal” (GLOBO, 2020). Além disso, a emissora informou ter notificado os clubes, a Turner e também a CBF, se dispondo a tomar medidas judiciais para a proteção de seus direitos. Também ressaltou respeitar os termos vigentes quando da celebração dos contratos, se comprometendo a não exibir jogos quando não detiver acordo com ambas as equipes, ainda que algum de seus signatários esteja na condição de mandante. Diferentemente da Turner, que até então não se manifestou, a CBF defendeu apenas ter seguido o ordenamento vigente, da MP 984, e disse não ser signatária dos contratos individuais entre clubes e emissoras, cabendo a ela apenas o cumprimento das normas em vigor. Como sabemos, leis não podem retroagir para afetar negócios jurídicos firmados anteriormente à sua edição, como forma de garantir a segurança jurídica. Desse modo, acredita-se que caso a discussão avance e ganhe novos capítulos, a decisão final será no sentido de garantir os direitos da Rede Globo.

Para finalizar, deixemos de lado por um instante o aspecto jurídico da discussão e pensemos em como tudo isso repercutiu entre aqueles diretamente envolvidos com o futebol. Informa a Gazeta Esportiva (2020), que dentre os 20 clubes pertencentes à “série A” do Campeonato Brasileiro de 2020, 16 deles (com exceção de Botafogo, Fluminense, Grêmio e São Paulo) publicaram manifestos de apoio à Medida Provisória 984, sob argumentos de democratização, liberdade, união e benefício a torcedores e clubes. Ainda assim, mesmo que favoráveis à conversão da MP em lei, algumas equipes reconheceram seu contrato com a Globo e garantiram seu cumprimento, como foi o caso do Atlético Goianiense, que publicou em seu Twitter. (GOIANIENSE, 2020).

Portanto, como vimos, diversas são as opiniões que permeiam a questão do direito de arena. Enquanto alguns entendem ser a MP o

melhor caminho para a criação de uma liga, outros são contrários à forma que a discussão está sendo conduzida, não entendendo ser via Medida Provisória a forma mais eficiente para tal. Ainda existem os que se opõe propriamente à matéria, no desejo de conservar o modelo atual. Fato é que o imbróglio precisa ser resolvido da melhor forma possível, sem que se fira direitos e que também não prejudique o torcedor, de modo a não retirar a essência do esporte e se tornar apenas uma discussão político-econômica. Digo isso, pois muitas partidas podem deixar de ser transmitidas nos casos onde uma emissora possua contratos com parte das equipes, e outra emissora com as demais. Nesse caso, com cada uma delas podendo exibir apenas os jogos em que há anuência de ambos os times confrontantes, todas as partidas que configurem clube “A” (contratado com a Globo) contra clube “B” (contratado com a Turner) não poderão ser transmitidas, tendo como maior prejudicado o torcedor, que ironicamente é quem sustenta e permite o crescimento das equipes.

5. Considerações Finais

Tendo em vista todo o exposto, podemos concluir que o direito de arena, apesar de aparentemente simples, pode ser um divisor entre o sucesso e o fracasso dos clubes de futebol, tanto dentro quanto fora de campo. De fato, há uma insatisfação por parte da maioria dos clubes em relação ao modelo atual de distribuição da receita de transmissão das partidas, porém não se pode negligenciar quanto aos contratos já assinados, atos jurídicos perfeitos protegidos pela Constituição em garantia à segurança jurídica.

Antes mesmo de se pensar em um cenário pós-MP 984, nos resta aguardar se haverá ou não sua conversão em lei, pois como vimos existem diversos empecilhos quanto a isso. O próprio presidente da Câmara dos Deputados se mostrou contrário à medida. Dirigentes de algumas equipes, apesar de almejavam mudanças na legislação concernente ao direito de arena, entendem não ser a MP a forma mais eficiente de debater a questão. Até mesmo alguns dos clubes que manifestaram apoio à Medida reconhecem suas pendências com as emis-

soras de televisão e prometem cumprir os contratos até o fim de sua vigência.

Portanto, se tratando de tema recente no âmbito judicial (pois no futebol a discussão já existia), não se sabe ao certo quais serão as providências do Poder Legislativo no sentido de aprovar ou não a MP, ou até mesmo referentes ao Projeto de Lei sobre o tema, que aguarda trâmite no Senado Federal. Fato é que se busca o melhor para todos os envolvidos. Apesar das críticas referentes à MP 984, um importante passo foi dado ao menos no sentido de tirar da inércia a discussão relativa ao direito de arena. Com um futebol mais equilibrado do ponto de vista econômico, consequentemente tem-se disputas mais acirradas dentro de campo e isso traz inúmeras consequências positivas para as receitas dos clubes, provenientes da satisfação de seus torcedores. Pode-se perceber um ciclo benéfico a todos os envolvidos e a mudança mostra-se necessária, porém precisamos sempre nos atentar ao caminho a ser percorrido para tal, de modo que não sejam violadas a segurança jurídica e a lei.

6. Referências

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 01 jul. 2020.

BRASIL. Decreto-Lei nº 5.452 de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Rio de Janeiro, RJ: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm. Acesso em: 03 jul. 2020.

BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 03 jul. 2020.

BRASIL. Medida Provisória n. 984, de 18 de junho de 2020. Altera a Lei nº 9.615, de 24 de março de 1998, que institui normas gerais sobre o desporto, e a Lei nº 10.671, de 15 de maio de 2003, que dispõe sobre o Estatuto de Defesa do Torcedor, e dá outras providências, em

razão da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente da pandemia da covid-19, de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, n. 348, p. 1, 18 jun. 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv984.htm. Acesso em: 27 jun. 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 354. As gorjetas, cobradas pelo empregador na nota de serviço ou oferecidas espontaneamente pelos clientes, integram a remuneração do empregado, não servindo de base de cálculo para as parcelas de aviso-prévio, adicional noturno, horas extras e repouso semanal remunerado. Brasília, DF: Tribunal Superior do Trabalho, [2003]. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_351_400.html#SUM-354. Acesso em: 07 jul. 2020.

BRASIL. Lei nº 12 395, de 16 de março de 2011. Altera as Leis nºs 9.615, de 24 de março de 1988, que institui normas gerais sobre desporto, e 10.891, de 9 de julho de 2004, que institui a bolsa-atleta; cria os programas atleta pódio e cidade desportiva; revoga a Lei 6.354, de 2 de setembro de 1976; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2011]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12395.htm. Acesso em: 03 jul. 2020.

LEITE, Otávio; SÁVIO, Domingos. Projeto de Lei n. 5082/2016. Dispõe sobre o clube-empresa, o Regime Especial de Tributação de Entidades de Prática Desportiva Profissionais de Futebol (Simples-Fut), as condições especiais para quitação acelerada de débitos das entidades desportivas profissionais de futebol perante a União, a recuperação judicial do clube-empresa, a cessão e denominação dos símbolos e o Regime Centralizado de Execução na Justiça do Trabalho; altera as Leis nºs 9.615, de 24 de março de 1998, 11.438, de 29 de dezembro de 2006, e 13.155, de 4 de agosto de 2015; e dá outras providências. Brasília: Câmara dos Deputados, 26 abr. 2016. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2082511>. Acesso em: 14 jul. 2020.

CEARÁ. Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região. Processo: RO 0001950-47.2016.5.07.0007. Relator: Min. Emmanuel Furtado. Fortaleza, 4 out. 2018. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/pro->

cessos/137489510/processo-n-0001950-4720165070007-do-trt-7?ref=juris-doc. Acesso em: 14 jul. 2020.

(DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, v. 1, 21. ed., São Paulo: Saraiva, 2004).

MAIA, Rodrigo. Entrevista Rodrigo Maia. [Entrevista coletiva]. Medida Provisória 984, Brasília, 19 jun. 2020. Disponível em: <https://globoesporte.globo.com/df/futebol/noticia/rodrigo-maia-diz-que-quer-aproveitar-mp-de-direitos-de-transmissao-para-criar-liga-no-brasil.ghtml>. Acesso em: 12 jul. 2020.

HIRATA, Carolina. Considerações sobre o direito de arena. In: HIRATA, Carolina. Palavra de quem entende. Campinas, 15 mar. 2020. Disponível em: <https://blog.grancursosonline.com.br/consideracoes-sobre-o-direito-de-arena/>. Acesso em: 14 jul. 2020.

FELDMAN, Walter. Entrevista Walter Feldman. [Entrevista cedida a] Marília Ruiz. O impacto da pandemia no futebol. São Paulo, 24 abr. 2020. Disponível em: <https://www.uol.com.br/esporte/videos/2020/04/24/impacto-da-pandemia-no-futebol-e-de-cerca-de-r-4-bilhoes-estima-cbf.htm>. Acesso em: 12 jul. 2020.

PREJUÍZO é de R\$ 4 bilhões até o momento. Esporte Interativo, São Paulo, 24 abr. 2020. Esporte. Disponível em: <https://www.esporteinterativo.com.br/futebolbrasileiro/Secretario-geral-da-CBF-diz-que-prejuizo-e-de-R-4-bilhes-ate-o-momento-20200424-0032.html>. Acesso em: 12 jul. 2020.

BRASILEIRÃO: Turner vê contrato do Brasileirão descumprido e desgaste com os clubes cresce. UOL Esporte, Aracaju, 08 abr. 2020. Esporte. Disponível em: <https://www.uol.com.br/esporte/futebol/ultimas-noticias/2020/04/08/turner-ve-contrato-do-brasileirao-descumprido-e-desgaste-com-clubes-cresce.htm>. Acesso em: 16 jul. 2020.

CBF publica tabela do Brasileiro com transmissões de acordo com MP 984, e Globo está pronta para tomar medidas legais. Globo Esporte, São Paulo, 22 jul. 2020. Esporte. Disponível em: <https://globoesporte.globo.com/futebol/noticia/cbf-publica-tabela-do-brasileiro-com-transmissoes-de-acordo-com-mp-984-e-globo-diz-estar-pronta-para-tomar-medidas-legais.ghtml>. Acesso em: 23 jul. 2020.

DEZESSEIS clubes da Série A assinam manifesto apoiando MP dos direitos de transmissão. Gazeta Esportiva, São Paulo, 17 jul. 2020.

Disponível em: <https://www.gazetaesportiva.com/campeonatos/brasileiro-serie-a/dezesesseis-clubes-da-serie-a-assinam-manifesto-apoiando-mp-dos-direitos-de-transmissao/>. Acesso em: 20 jul. 2020.

O ATLÉTICO Clube Goianiense vendeu os direitos de transmissão do Campeonato Brasileiro Série A para a @RedeGlobo até 2024. Todos os direitos de transmissão pertencem à emissora e iremos honrar o compromisso com o Grupo Globo, que tem sido nossa grande parceira no futebol! [Goiânia], 22 jul. 2020. Twitter: @ACGOficial. Disponível em: <https://twitter.com/ACGOficial/status/1286028516644052992>. Acesso em: 24 jul. 2020.

BRASIL. Atos do Congresso Nacional. Ato Conjunto das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal nº 1, de 2020. Dispõe sobre o regime de tramitação, no Congresso Nacional, na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, de medidas provisórias durante a pandemia de Covid-19. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, n. 63, p. 1, 01 abr. 2020. Disponível em: <http://www.in.gov.br/web/dou/-/ato-conjunto-das-mesas-da-camara-dos-deputados-e-do-senado-federal-n-1-de-2020-250639870>. Acesso em: 01 jul. 2020.

CBF apresenta relatório sobre papel do futebol na economia do Brasil: Documento produzido pela consultoria EY detalha todos os pilares que envolvem a indústria do futebol, que representa 0,72% do PIB nacional. Assessoria CBF, Rio de Janeiro, 14 dez. 2019. Esporte. Disponível em: <https://www.cbf.com.br/a-cbf/informes/index/cbf-apresenta-relatorio-sobre-papel-do-futebol-na-economia-do-brasil>. Acesso em: 04 jul. 2020.

ENTENDA a Tramitação da Medida Provisória. Congresso Nacional, Brasília, [20??]. Matérias Legislativas. Disponível em: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/medidas-provisorias/entenda-a-tramitacao-da-medida-provisoria>. Acesso em: 01 jul. 2020.

DIREITO AO ESQUECIMENTO COMO “NOVO” DIREITO DA PERSONALIDADE NA SOCIEDADE DA HIPERINFORMAÇÃO

Vinicius Ribeiro Barros¹¹²

RESUMO:

O presente trabalho tem como objetivo principal examinar a aplicação do direito ao esquecimento no ordenamento jurídico pátrio face os direitos à informação, expressão e de imprensa; concluindo que a técnica da ponderação pode solucionar este conflito de direitos. Para tanto, foi utilizada a metodologia bibliográfica por meio da leitura e fichamento de artigos, livros, leis, jurisprudências e revistas especializadas.

Palavras-chave: Dignidade da pessoa humana. Liberdade de expressão. Colisão de direitos fundamentais. Internet.

1. Introdução

A sociedade contemporânea é conhecida por estar sempre conectada através da internet. Desta forma, as liberdades de informação e de expressão nunca possuíram tanta independência e poder de propagação.

Neste sentido, a liberdade da imprensa, que tanto foi reprimida na história do Brasil durante governos autoritários por meio da censura, vive seu apogeu por ser possível transmitir uma informação que aconteceu há instantes, em questões de segundos, para o mundo todo, assim como é viável acessar notícias de décadas atrás em poucos cliques.

Porém, nem tudo são benefícios na era digital. É importante destacar que na internet não é possível ter controle sobre a amplitude e divulgação de uma informação inserida na rede mundial de compu-

112 Pós-graduando em Direito Civil aplicado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Mestrando em Direito nas Relações Econômicas e Sociais pela Faculdade de Direito Milton Campos. Advogado. E-mail: viniciusribeirobarros@hotmail.com.

tadores. Assim sendo, uma informação inverídica, invasiva, sem contemporaneidade ou interesse público, pode se espalhar de maneira infinita por todo planeta e ficará acessível a todos eternamente. A partir deste problema, podem surgir conflitos entre direitos fundamentais, como o direito à intimidade versus a liberdade de imprensa.

Se sabe que dentre os direitos fundamentais, a dignidade da pessoa humana é o núcleo axiológico do constitucionalismo contemporâneo. A partir do reconhecimento do ser humano como um ser que tem direito a ter uma vida digna independentemente de qualquer condição, que surge a tutela dos denominados direitos constitucionais da personalidade.

Tais direitos da personalidade, como o direito à honra, privacidade, imagem e à intimidade, são fundamentais para uma vida digna. Ocorre que a imprensa, sob uma falsa permissão ampla e irrestrita de informar, acaba, por vezes, invadindo a esfera privada da pessoa ao retratar ou relembrar fatos indefinidamente no tempo, o que pode afetar a sua dignidade.

Este cenário se agrava por conta da internet, local que, por sua natureza, não “esquece” o que é divulgado, de forma que supera a contemporaneidade da notícia e pode causar danos eternos à pessoa.

Por conta desta situação, o tema central que se abordará é o surgimento de um “novo” direito, o direito ao esquecimento, que objetiva proteger a intimidade, a vida privada e a imagem do indivíduo diante da propagação de fatos, de forma pública, que interessam apenas à vida privada da pessoa. Acontece que uma das principais discussões a respeito desse direito ocorre quando ele interfere na liberdade de imprensa, pois ao observar que o direito ao esquecimento é uma forma de garantir os direitos individuais frente os direitos da coletividade e às liberdades constitucionais, alguns alegam que esse novo direito poderá servir como ferramenta de censura.

Para analisar estes fatos, utilizou-se o método dedutivo e o referencial teórico foi o livro *O direito de estar só*, do autor Paulo José Costa Júnior, que trata sobre a proteção jurídica das pessoas contra interferências indesejadas e acerca dos conflitos gerados entre os direitos de personalidade e a liberdade de expressão, direito de informar e de ser informado.

Justifica-se o estudo na medida em que a internet e os meios de comunicação podem invadir a intimidade de qualquer pessoa e deixar suas informações eternamente na rede mundial de computadores. Neste sentido, objetivo do trabalho será examinar a aplicação do direito ao esquecimento no ordenamento jurídico pátrio face os direitos à informação, expressão e de imprensa; de forma a verificar se a técnica da ponderação pode solucionar este conflito de direitos.

2. Direito às Liberdades de imprensa, informação e de expressão

No ano de 1439, o alemão Johann Gutenberg criou a prensa móvel, que é considerado o invento mais importante do segundo milênio por ter dado início à revolução da imprensa. Através desta máquina foi possível abandonar a produção artesanal e começar a produção em série e mecanizada de livros e jornais, de forma a ajudar a disseminação em massa de conhecimentos e informações.

No Brasil, o começo da história da imprensa surge com a chegada da família real portuguesa, em 13 de maio de 1808. A denominada imprensa Régia era responsável por dar publicidade aos atos da Coroa, através da incipiente imprensa nacional, que estava subordinada a uma comissão que tinha o poder de restringir atos contrários aos interesses da metrópole. (REIS; MONTESCHIO, 2014, p. 4).

Na história recente, a ditadura militar ocorrida no país entre 1964 e 1985, representa um período em que as liberdades de imprensa, informação e de expressão foram extremamente cerceadas por meio de atos institucionais, Leis e Emendas Constitucionais para que a população não soubesse dos abusos e ilegalidades cometidos pelos militares.

Em consequência disto, ocorreram diversas manifestações, durante anos, para a implementação de um regime democrático e, como consequência, a não censura dos meios de informação e ampla liberdade de expressão e de imprensa. A grande vitória dessas manifes-

tações ocorreu no dia 5 de outubro de 1988, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, denominada “Constituição Cidadã”.

A Carta Magna, em seu artigo 5º, incisos IV, IX e XIV, assegura a livre manifestação do pensamento, a livre expressão da atividade intelectual, científica, artística, de comunicação e o livre acesso à informação, independentemente de censura ou licença (BRASIL, 1988); em seu art. 220, declara que “A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição” (BRASIL, 1998).

A liberdade de expressão tem como conteúdo essencial o afastamento da atividade limitadora do Estado diante do direito de crítica legítima aos agentes públicos, compreendendo o direito de ser informado, de se informar e de informar. Este direito tem tamanha importância que na Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu art. XIX, está disposto que:

Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948).

A liberdade de informação, de acordo com José Afonso da Silva (2005), compreende o recebimento, acesso, a procura e a difusão de ideias ou informações, por qualquer meio, sem censura, onde todos respondem pelos abusos cometidos.

Por sua vez, a liberdade de imprensa somente pode ser completa quando as liberdades de expressão e de informação não estiverem sob nenhuma censura ou obstáculo, pois seu campo de ação engloba as duas, de forma que concentra tanto a liberdade de informar, como também a liberdade de ser informado. Neste sentido, José Afonso da Silva ensina que:

a liberdade de imprensa nasceu no início da idade moderna e se concretizou – essencialmente – num direito subjetivo do indivíduo manifestar o próprio

pensamento: nasce, pois, como garantia de liberdade individual. Mas ao lado de tal direito do indivíduo, veio afirmando-se o direito da coletividade à informação. (SILVA, 2005, p. 260).

Neste panorama é possível perceber que, de acordo com o constitucionalismo democrático que vivemos após 1988, as liberdades de expressão, de informação e de imprensa são fundamentais para garantia da nossa democracia, haja vista o receio do forte histórico do Brasil no que se refere ao cerceamento destas liberdades para proteger interesses de governos autoritários, e sua ampla tutela na Carta Política.

Com o advento da revolução da internet estas liberdades ganharam novos contornos e, nos dias atuais, a qualquer momento e em qualquer lugar, se pode ter acesso a notícias que aconteceram há 10 minutos em outro continente, assim como é possível acessar informações de décadas atrás em segundos.

A internet facilitou incontáveis aspectos da vida em sociedade, pois ela ampliou o alcance das informações e facilitou o contato entre internautas. Esse espaço virtual disponibiliza a condição de interlocutor para seus usuários, de modo que é possível a manifestação e transmissão de críticas, ideias e ideais.

Ademais, neste mundo virtual, além da possibilidade de criar relações sociais, tem-se a descentralização da informação, permitindo que esta seja democratizada e permissiva de uma interação mundial, de modo que essas mudanças parecem ser definitivas e irreversíveis. (CASTRO; HOFFMEISTER, 2016, p. 3).

Contudo, nem tudo são benefícios na era digital. É necessário destacar que na internet é impossível ter controle sobre a amplitude e divulgação de uma informação inserida na rede mundial de computadores. Assim sendo, uma informação invasiva, inverídica, sem contemporaneidade ou interesse público, pode se disseminar de forma infinita por todo planeta, sem qualquer tipo de controle. A partir deste ponto, podem surgir conflitos entre direitos fundamentais, como no caso do direito à intimidade versus a liberdade de imprensa, que abriga, em seu âmago, o tema do direito ao esquecimento.

3. Direitos da Personalidade e o Surgimento do Direito ao Esquecimento

Os direitos constitucionais da personalidade e o princípio da dignidade da pessoa humana são os limites para o exercício da liberdade de expressão, de imprensa e de informação.

O princípio da dignidade da pessoa humana evoluiu no decorrer da história e ganhou notoriedade nos ordenamentos jurídicos da atualidade devido a sua relevância para uma vida digna. Tão grande a sua importância que a Constituição federal, no art. 1º, III, instituiu a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República (BRASIL, 1998).

De acordo com Ingo Wolfgang Sarlet (2001, p.60), a dignidade da pessoa humana é uma qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano. Desta forma, todos são merecedores do respeito e consideração por parte da comunidade e do Estado, não sendo admitido, portanto, qualquer ato de cunho desumano ou degradante. Nas palavras de Marcelo Novelino:

Dentre os fundamentos do Estado brasileiro, a dignidade da pessoa humana possui um papel de destaque. Núcleo axiológico do constitucionalismo contemporâneo, a dignidade da pessoa humana é o valor constitucional supremo que irá informar a criação, a interpretação e a aplicação de toda a ordem normativa constitucional, sobretudo, o sistema de direitos fundamentais. (NOVELINO, 2010, p. 339).

Dessa forma, verifica-se que este princípio é o núcleo de integridade física e moral, de modo que deve ser assegurado a todos, pois ele é um atributo intrínseco ao ser humano, sendo valor-guia de toda a ordem constitucional, sendo vedada qualquer tentativa de coisificação ou degradação da pessoa. Ademais, é imposto ao Estado a obrigação de promover condições para que seja possível viver com dignidade.

A partir desse reconhecimento do ser humano, ou seja, como um ser que tem direito a ter uma vida digna independentemente de

qualquer condição, que surge a tutela dos denominados diretos constitucionais da personalidade. Neste sentido, Ingo Sarlet afirma:

[...] é precipuamente com fundamento no reconhecimento da dignidade da pessoa por nossa Constituição, que se poderá admitir, também entre nós e apesar do Constituinte neste particular, a consagração – ainda de modo implícito – de um direito ao livre desenvolvimento da personalidade [...] situa-se o reconhecimento e proteção da identidade pessoal (no sentido de autonomia e integridade psíquica e intelectual), concretizando-se – entre outras dimensões – no respeito pela privacidade, intimidade, honra, imagem, assim como o direito ao nome, todas as dimensões umbilicalmente vinculadas à dignidade da pessoa.(SARLET, 2001, p. 85).

O princípio da dignidade da pessoa humana é o centro dos direitos da personalidade. Por sua vez, estes direitos tutelam o núcleo essencial da pessoa humana, haja vista que eles são essenciais à preservação da própria dignidade.

À vista disso, os direitos da personalidade foram classificados em três grupos: o primeiro trata da integridade física e corresponde ao direito à vida, ao próprio corpo e ao cadáver; o segundo é sobre a integridade intelectual e garante o direito à autoria científica, literária ou qualquer outra manifestação do intelecto; o último grupo aborda a integridade moral e diz respeito ao direito à vida privada, intimidade, honra, imagem, liberdade, dentre outros (CHAVES; ROSENVALD, 2013, p. 207).

Para os fins que se destina este trabalho, o último grupo dos direitos da personalidade é o que têm maior relevância ao se tratar do direito ao esquecimento, pois nele que estão os direitos à honra, imagem, intimidade e privacidade.

O direito à honra está intrinsecamente associado à natureza humana, isto quer dizer que ele acompanha a pessoa desde o nascimento até depois de sua morte, sendo um atributo inerente a qualquer ser humano. Nas palavras de José Afonso da Silva (2005, p. 209), a honra é a reunião de qualidades que caracterizam a dignidade da pessoa, o

respeito dos demais cidadãos, a reputação e seu bom nome. Desta maneira, é um direito fundamental da pessoa preservar essas qualidades.

Esta honra pode ser objetiva ou subjetiva. A objetiva é dignidade da pessoa humana refletida na consideração dos outros, é a reputação desfrutada no seio da sociedade. Por sua vez, a subjetiva trata da dignidade interna, ou seja, aquela que é refletida no sentimento da própria pessoa, corresponde ao sentimento pessoal da autoestima, sendo um reflexo do sentimento de valorização pessoal (FARIAS, 1996, p. 109). Em resumo, a honra é um direito da personalidade que objetiva proteger a dignidade pessoal.

A imagem corresponde à exteriorização da personalidade, de forma que engloba, a um só tempo, as características comportamentais, a fisionomia do titular e as suas sensações (CHAVES; ROSENVALD, 2013, p. 244). Edilsom Pereira de Farias destaca que:

A proteção constitucional não se limita ao semblante ou a rosto, estende-se a qualquer parte do corpo humano, como a reprodução de um pé, de um braço, de uma mão, de um busto. Em suma, o direito à imagem abrange não só a face da pessoa alcança também a qualquer parte distinta do corpo. (FARIAS, 1996, p. 120).

Tal importância desse direito que a Constituição federal, em seu artigo 5º, V e X, assegura o direito de resposta, proporcional ao agravo, por dano à imagem; além de ser um direito inviolável, assegurado o direito à indenização pelo dano causado decorrente de sua violação (BRASIL, 1988). Por sua vez, o Código Civil, no seu artigo 20, determina que a utilização da imagem de uma pessoa poderá ser proibida, a seu requerimento, se lhe atingirem a boa fama, a honra ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais (BRASIL, 2002).

Nesse sentido, a proteção do direito à imagem acontece por meio da tutela repressiva, com indenizações pelos danos causados, independentemente de causar prejuízos materiais; e pela tutela inibitória (ou preventiva), que visa impossibilitar que o dano aconteça ou se alastre.

Porém, este direito pode ser relativizado se o seu titular autorizar expressa ou tacitamente o uso de sua imagem por terceiros, desde que tal anuência não seja por tempo indeterminado ou de forma genérica. Além disso, pode ocorrer a relativização desse direito quando for necessário à administração da justiça ou a manutenção da ordem pública. (CHAVES; ROSENVALD, 2013, p. 254).

O direito à vida privada e à intimidade são dois direitos que tem caráter eminentemente subjetivo. Assim sendo, estes direitos podem sofrer diversas variações por múltiplos fatores, como as diferenças culturais, tradições, costumes e as modificações que tais valores podem sofrer ao longo do tempo.

A vida privada é o refúgio impenetrável pela coletividade. É o direito de viver a vida sem ser submetido à publicidade que não desejou ou provocou. Desta forma, consiste no direito de impedir a atividade de terceiro que exponha particularidades de uma pessoa (CHAVES; ROSENVALD, 2013, p. 258).

Por sua vez, o direito à intimidade pode ser compreendido como uma esfera reservada de cada ser humano. Assim sendo, este direito corresponde ao interior de cada pessoa, correspondendo aos pensamentos e sensações que o indivíduo não tem a intenção de compartilhar de forma aberta.

Em suma, o direito à intimidade tutela os aspectos mais íntimos da pessoa, de forma a preservar o indivíduo do conhecimento alheio. De acordo com Edilson Pereira de Farias (1996, p. 115), a invasão da privacidade pode acontecer de quatro maneiras: a) a violação referente ao retiro do indivíduo, assuntos privados e à solidão; b) a divulgação de fatos privados que podem causar constrangimento à pessoa; c) divulgação pública de fatos inverídicos imputados ao indivíduo; d) apropriação sem o consentimento do interessado de sua imagem, nome e demais atributos da personalidade, com a intenção de auferir lucro.

À vista do apresentado, pode-se perceber que a proteção dos direitos da personalidade é fundamental para a garantia de uma vida digna e harmônica. Ademais, estes direitos têm ganhado notoriedade por estarmos inseridos na sociedade da hiperinformação, onde parece não haver mais diferença entre a esfera pública e a privada.

Para a sociedade atual é de extrema importância que os meios de comunicação consigam transmitir a informação de forma (quase) instantânea e que armazene todos os dados e notícias para sempre. Ocorre que a imprensa, sob uma falsa autorização ampla e irrestrita de informar, acaba, por vezes, invadindo a privacidade do indivíduo ao relembrar ou retratar fatos indefinidamente no tempo.

Este cenário se agrava quando se leva em consideração a internet, que não “esquece” nada do que é colocado na rede mundial de computadores, de forma que supera a contemporaneidade da notícia e pode causar danos eternos à pessoa. Nessa situação:

surge um “novo” direito, qual seja, o direito ao esquecimento, que tem por objetivo a proteção da intimidade, da vida privada e da memória individual frente à propagação, na sociedade em rede, de fatos que interessam apenas à esfera privada ou íntima do indivíduo. (CASTRO; HOFFMEISTER, 2016, p. 5).

Dessa forma, a comunidade jurídica tem como um dos seus grandes desafios a busca por soluções para os conflitos entre as liberdades constitucionais e os direitos da personalidade, dentre esses, o direito ao esquecimento.

3.1. Direito ao esquecimento como novo direito da personalidade

O direito ao esquecimento decorre dos direitos da personalidade abordados anteriormente, que são resultantes da proteção constitucional conferida à dignidade da pessoa humana.

Este direito consiste, em resumo, no desejo que o indivíduo tem de não ser lembrado, contra sua vontade, em relação a eventos trágicos ou acontecimentos que de alguma forma lhe acarretam ou acarretaram algum tipo de ofensa ou abuso.

Sobre o assunto Paulo José da Costa Júnior analisa:

Aceita-se hoje, com surpreendente passividade, que o nosso passado e o nosso presente, os aspectos personalíssimos de nossa vida, até mesmo se-

jam objeto de investigação e todas as informações arquivadas e livremente comercializadas. O conceito de vida privada como algo precioso, parece estar sofrendo uma deformação progressiva em muitas camadas da população. Realmente, na moderna sociedade de massas, a existência da intimidade, privacidade, contemplação e interiorização vem sendo posta em xeque, numa escala de assédio crescente, sem que reações proporcionais possam ser notadas. (COSTA JÚNIOR, 2007, p. 16).

A sua origem surgiu da necessidade de ressocialização da pessoa condenada, ou seja, para minimizar os efeitos da alcunha de criminoso e, com mais razão, para aqueles que foram declarados inocentes ou sem culpa, mas estiveram envolvidos em eventos que tiveram efeitos destrutivos sobre sua vida. Nesse sentido, após cumprirem a sua pena ou serem declarados inocentes, não convém lembrar fatos maléficos que nada tem a acrescentar para a sociedade ou para a vida do autor dos delitos.

Além disso, o direito ao esquecimento também engloba vítimas de crimes e seus familiares, pois visa impossibilitar que a publicidade de fatos trágicos, que não tem nenhum interesse público e contemporaneidade, relembre feridas já superadas e que não trazem consigo nenhum benefício.

Ao verificar este problema, o Conselho da Justiça Federal, no ano de 2013, elaborou o enunciado 531 com o seguinte conteúdo:

ENUNCIADO 531 – A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento.

Justificativa: Os danos provados pelas novas tecnologias de informação vêm se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais

especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados. (BRASIL, 2013a, s.p.).

O Marco Civil da Internet, lei número 12.965, de 23 de abril de 2014, trata este direito de forma indireta ao assegurar o direito ao usuário de ter excluído, de forma definitiva, seus dados pessoais:

Art. 7.º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos:

X - exclusão definitiva dos dados pessoais que tiver fornecido a determinada aplicação de internet, a seu requerimento, ao término da relação entre as partes, ressalvadas as hipóteses de guarda obrigatória de registros previstas nesta Lei. (BRASIL, 2014, s.p.).

Por sua vez, o Superior Tribunal de Justiça, na súmula 221, informa que “São civilmente responsáveis pelo ressarcimento de dano, decorrente de publicação pela imprensa, tanto o autor do escrito quanto o proprietário do veículo de divulgação” (BRASIL, 1999).

Insta salientar que o direito ao esquecimento não visa apagar fatos ou reescrevê-los, mas apenas de policiar a utilização que se faz destas informações, ao analisar a finalidade da notícia para evitar que os meios de comunicação se enriqueçam às custas da exposição da vida alheia.

Um importante caso que ilustra esta situação é o do REsp número 1.334.097 – RJ. Este recurso especial versava sobre a história de um dos acusados de ter participado da denominada “chacina da candelária”, crime que chocou o Brasil pela morte de oito jovens que dormiam, no dia 23 de julho de 1993, nas proximidades da igreja da Candelária. Ocorre que o acusado, ao final do processo-crime, foi considerado inocente e, após anos da absolvição do acusado, a Rede Globo de televisão produziu um documentário sobre o fato e o retratou como um dos participantes do crime. Ao tomar conhecimento do ocorrido, o indivíduo ajuizou uma ação com pedido de indenização, no qual em sede de recurso especial reconheceu o direito ao esquecimento e a violação dos direitos da personalidade do autor, sendo atribuída a indenização devida.

Outro caso emblemático é o do Recurso Especial número 1.335.153 – RJ, que se referia aos familiares de Aída Curi, que foi violentada sexualmente e assassinada no Rio de Janeiro no ano de 1958 por um grupo de jovens. O programa da Rede Globo, denominado “linha direta”, produziu um documentário, muitos anos após o ocorrido, expondo fatos e fotos do ocorrido, o que gerou um enorme sofrimento para a família. Em razão disso, os familiares propuseram uma ação indenizatória pelos danos materiais, morais e à imagem, pois não havia motivos para resgatar aquela história, violando a imagem da vítima os direitos personalíssimos da família.

De forma mais recente, ocorreu o caso entre o Programa Pânico na TV e a atriz Carolina Dieckmann, no ano de 2005. O programa tinha um quadro humorístico denominado “sandálias da humildade”, que tinha como objetivo perseguir pessoas famosas e forçá-las a calçar uma sandália que, supostamente, conferia a qualidade de pessoa humilde. Para tanto, foram ao condomínio da atriz, com guindaste e megafone, para chamar a sua atenção. (CALDAS; SECCA, 2016, p. 69).

Ocorre que o ato acabou por se tornar uma ação judicial movida pela artista em face da emissora que transmitia o programa, sob a alegação de que ela e seu filho foram constrangidos e expostos. Em primeira instância, o processo de número 2005.001.117530-6, foi julgado procedente, apresentando como argumentações a falta de cunho jornalístico do quadro humorístico, afastando o dever de informação e a liberdade de imprensa. (CALDAS; SECCA, 2016, p. 70).

Após diversos recursos apresentados pela emissora, o processo foi arquivado no dia 27 de maio de 2009, e a emissora foi condenada ao pagamento de R\$ 35.0000,00 (trinta e cinco mil reais) a título de danos morais e R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) como multa para cada vez que for veiculado o nome da atriz ou a sua residência. (CALDAS; SECCA, 2016, p. 70).

Esta mesma artista, em uma nova situação, teve seu computador invadido e suas fotos íntimas foram divulgadas na rede mundial de computadores. Este caso teve uma ampla repercussão nacional e, como resposta, no dia 30 de novembro de 2012, foi aprovada a Lei número 12.737/12, sendo denominada de Lei Carolina Dieckmann. Esta Lei dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos e es-

tabelece uma pena de até 3 anos e multa pela violação de dispositivo digital com o intuito de divulgar, sem autorização, arquivos e imagens. (CALDAS; SECCA, 2016, p. 71). Assim sendo:

Art. 2º O Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, fica acrescido dos seguintes arts. 154-A e 154-B:

“Invasão de dispositivo informático

Art. 154-A. Invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita:

Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.

§ 1º Na mesma pena incorre quem produz, oferece, distribui, vende ou difunde dispositivo ou programa de computador com o intuito de permitir a prática da conduta definida no caput.

§ 2º Aumenta-se a pena de um sexto a um terço se da invasão resulta prejuízo econômico.

§ 3º Se da invasão resultar a obtenção de conteúdo de comunicações eletrônicas privadas, segredos comerciais ou industriais, informações sigilosas, assim definidas em lei, ou o controle remoto não autorizado do dispositivo invadido:

Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, se a conduta não constitui crime mais grave. (BRASIL, 2012).

À vista do apresentado, é visível que o direito ao esquecimento é um novo direito da personalidade e, cada vez mais, tem mostrado a sua importância para uma vida “em paz” na sociedade atual da hiperinformação. Ocorre que uma das principais discussões a respeito desse direito se dá quando ele interfere na liberdade de imprensa, pois ao observar que o direito ao esquecimento é uma maneira de garantir os direitos individuais frente os direitos da coletividade e às liberdades constitucionais, alguns alegam que esse “novo” direito poderá servir

como ferramenta de censura. Logo, quais são os limites ao superinformacionismo na era digital face o direito ao esquecimento?

4. Técnica da Ponderação como limite ao Superinformacionismo e salvaguarda do direito ao esquecimento

De acordo com Gilmar Ferreira Mendes (2012, p. 84), existe colisão de direitos fundamentais quando se encontra um conflito decorrente do exercício de direitos individuais por variados titulares.

Para que haja uma melhor compreensão sobre a questão da colisão de direitos fundamentais, é necessário estabelecer a diferença entre regras e princípios. Sobre o tema, Paulo Ricardo Schier ensina que:

Se através do aspecto formal inexistente qualquer distinção entre regras e princípios, sob o aspecto funcional a questão se apresenta diversamente. Deveras, em se por um lado as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência que é ou não cumprida, apontado funtores deônticos bastante claros (impõem, permitem, autorizam ou proíbem uma conduta), os princípios são normas impositivas de uma otimização do sistema compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionamentos fáticos e jurídicos. Por consequência, as regras são aplicáveis de maneira disjuntiva: se os fatos que estipula uma norma estão dados, então, ou bem a norma é válida, hipótese em que a resposta que dá deve ser aceita, ou bem não o é, hipótese em que não se aplica à decisão.

Portanto, as regras submetem-se a padrões de validade e vigência, submetendo-se à lógica do ‘tudo ou nada’, eis que não deixam espaço para qualquer outra solução; se a regra vale, deve ser cumprida na exata medida das suas prescrições nem mais nem menos.

(...)

Os princípios, ao contrário das regras, por constituírem exigências de otimização, permitem o balanceamento de valores e interesses consoante o seu

peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes. Por isso, em caso de conflito entre princípios, estes podem ser objeto de ponderação, de harmonização, pois eles contêm apenas exigências ou Standards que, em primeira linha devem ser realizados. (SHIER, 1999, p. 124-125).

A partir do cenário do capítulo anterior, é possível verificar que o tema do direito ao esquecimento abarca, de forma constante, colisões de direitos fundamentais. Desta forma, é recorrente que de um lado esteja a liberdade de expressão, informação e de imprensa, que são direitos que não podem estar submetidos a qualquer tipo de censura por serem fundamentais para a garantia de uma sociedade democrática e globalizada. E, do outro lado, os direitos da personalidade, em especial o direito ao esquecimento que decorre do direito à honra, imagem intimidade e à privacidade, em consequência da proteção constitucional atribuída à dignidade da pessoa humana.

Assim sendo, o conflito em destaque representa o interesse legítimo de “querer ocultar-se” e o de “fazer revelar”. Estas colisões são comuns no direito constitucional contemporâneo, haja vista que a sociedade atual é complexa e o pluralismo das sociedades modernas leva consigo valores e interesses variados ao abrigo de um único documento compromissório e dialético que é a Constituição, que ocasionalmente entram em choque. (BARROSO, 2012, p. 352-353).

George Marmelstein ao observar que existem normas constitucionais que, dependendo do contexto, podem colidir, ensina que:

A ponderação é uma técnica de decisão empregada para solucionar conflitos normativos que envolvam valores ou opções políticas, em relação aos quais as técnicas tradicionais de hermenêutica não se mostram suficientes. É justamente o que ocorre com a colisão de normas constitucionais, pois, nesse caso, não se pode adotar nem o critério hierárquico, nem o cronológico, nem a especialidade para resolver uma antinomia entre valores. (MARMELSTEIN, 2013, p. 378)

De acordo com Barroso (2012, p. 358-359), a técnica da ponderação possui três etapas. Na primeira etapa o intérprete detecta as normas pertinentes para solução do caso e identifica eventuais conflitos. Na etapa posterior, se examina as circunstâncias e fatos, assim como sua relação com os elementos normativos. A segunda etapa é de relevante importância, pois é neste momento que os princípios têm seu conteúdo preenchido de real sentido, ou seja, ao analisar as circunstâncias e os fatos do caso concreto e seus reflexos em relação as normas identificadas na primeira etapa, que se poderá saber o papel de cada uma delas e a amplitude de sua influência.

A terceira etapa se dá com a efetiva aplicação da técnica da ponderação. Nesta fase, o intérprete irá examinar a repercussão das circunstâncias do caso concreto e o conjunto de normas aplicáveis para verificar os pesos que devem ser conferidos aos elementos em choque e determinar quais normas que irão preponderar no caso. Após esta análise, se decidirá o grau de intensidade desse grupo de normas e a solução apropriada para o caso, sempre conduzido pelo princípio da razoabilidade e proporcionalidade. (BARROSO, 2012, p. 359). Como exemplo desta técnica, temos a apelação cível de número 70029002441, que foi julgada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. PUBLICAÇÃO DE MATÉRIA JORNALÍSTICA SUPOSTAMENTE OFENSIVA AOS DIREITOS DE PERSONALIDADE, DE PRIVACIDADE E DE INTIMIDADE DOS AUTORES. CONFLITO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS. DIREITO DE INFORMAÇÃO E DE LIBERDADE DE IMPRENSA. FATOS DE INTERESSE PÚBLICO. VERACIDADE DA NOTÍCIA. DEVER DE REPARAR INEXISTENTE.

No caso em tela, a notícia veiculada pelo jornal demandado não ofendeu a intimidade ou a honra dos demandantes, que sequer foram citados na matéria. Com efeito, a publicação questionada informou, de maneira imparcial, a ocorrência de operação da Polícia Federal no combate ao tráfico de drogas, não tendo as imagens reproduzidas o condão de induzir os leitores em erro, pois estampam apenas os fatos.

Ademais, no caso concreto, o juízo de ponderação do princípio da proporcionalidade indica que o interesse público existente no caso deve preponderar sobre o direito à inviolabilidade da intimidade e da privacidade. Por fim, não comprovaram os autores a ocorrência de repercussão negativa que conferisse supedâneo ao alegado abalo moral sofrido. Dessa forma, foram obedecidos os limites constitucionais do direito de informação e de liberdade de imprensa, previstos no artigo 5º, inciso IX e no artigo 220, § 1º da Carta Magna, inexistindo conduta ilícita capaz de gerar o dever de indenizar. NEGADO PROVIMENTO AO APELO. UNÂNIME. (Apelação Cível, Nº 70029002441, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Odone Sanguiné, Julgado em: 10-06-2009).

À vista do apresentado é possível averiguar que a técnica da ponderação é apta para solucionar as hipóteses de colisão entre direitos fundamentais. Na hipótese em análise, de um lado se tem as liberdades de expressão, informação e de imprensa, que são fundamentais para qualquer democracia. De outro, o direito ao esquecimento, como decorrência dos direitos da personalidade e resultante do fundamento da dignidade da pessoa humana.

No contexto da era da hiperinformação esta técnica se mostra de suma importância, pois, não raras vezes, existe uma exploração da vida privada de algumas pessoas, em especial das “celebridades”, como no caso narrado da atriz Carolina Dieckmann, onde se poderá verificar que a notícia não tem nenhum interesse público, que é diferente do interesse do público, e que sua veiculação não visa informar, mas sim lucrar.

Desta forma, o uso do direito ao esquecimento como novo direito da personalidade, conforme proposto no trabalho, não visa abrir brechas para a censura que tanto assombrou nosso país. O que se pretende é afirmar que este direito é uma garantia para uma vida “em paz”, ou seja, para que fatos e notícias com ausência total de contemporaneidade ou irrelevantes para sociedade não prejudiquem a vida de uma pessoa que não deseja estar nos holofotes.

Portanto, quando se estiver em dúvida quanto à importância ou não da veiculação de uma notícia, a técnica da ponderação será de suma importância para saber se a notícia tem interesse público ou se somente acarretará danos à vida privada de outrem.

5. Considerações Finais

À vista do apresentado, pode-se constatar que a sociedade atual é fortemente influenciada pela internet, onde fatos que aconteceram há poucos instantes ou há anos podem ser acessados em qualquer lugar e a qualquer hora.

Nesta sociedade da hiperinformação os direitos da personalidade ganham novos contornos, em especial o direito à honra, intimidade, vida privada, liberdade e imagem. Isto ocorre devido ao fato de que na internet os fatos se eternizam no tempo, de forma que sempre estarão disponíveis para quem quiser obter a informação.

Esta possibilidade de poder informar e de ser informado significa uma vitória para as liberdades de informação, expressão e de imprensa; haja vista o histórico de censura do Brasil, onde os meios de comunicação, durante boa parte da história do país, foram censurados, de forma mais recente, pelos militares que governaram a nação de 1964 a 1985.

A partir deste contexto, é notável que as liberdades de informação, expressão e de imprensa são fundamentais para a democracia e não é aceito qualquer tipo de censura por parte do Estado.

Acontece que os meios de comunicação, sob uma falsa permissão ampla e irrestrita, divulgam eventos e fatos indefinidamente no tempo, de forma a tornar o passado um presente contínuo. Ocorre que a utilização pela mídia de fatos trágicos ou invasivos à vida privada, com total ausência de interesse público e historicidade, afrontam a dignidade da pessoa humana e podem causar sérios danos e abalos de ordem moral para os envolvidos.

Neste contexto, surge um “novo” direito, o direito ao esquecimento, o direito de “ser deixado em paz”. Este direito tem por objetivo a proteção da vida privada, da intimidade e da imagem da pessoa

frente à propagação de fatos que interessam apenas à esfera íntima ou privada da pessoa e/ou de seus familiares.

Este novo direito da personalidade se mostra de extrema importância ao averiguar que os dados que são colocados na internet se eternizam no tempo, de forma que uma notícia, sem nenhuma contemporaneidade ou relevância social, pode ser “redescoberta” e ocasionar sérios danos aos envolvidos.

Contudo, uma das principais problemáticas acerca do assunto se dá quando o direito ao esquecimento interfere na liberdade de imprensa, pois ao verificar que o direito ao esquecimento é uma forma de garantir os direitos individuais frente os direitos da coletividade e às liberdades constitucionais, alguns alegam que esse “novo” direito poderá servir como ferramenta de censura.

Conforme exposto, este direito não objetiva censurar ou diminuir o poder de ação dos meios de comunicação. Ocorre que para que se possa garantir uma vida digna, é necessário garantir o direito à intimidade e à privacidade.

Assim sendo, quando existir esta colisão de direitos fundamentais, no caso em questão, as liberdades de imprensa, informação e de expressão de um lado e do outro os direitos da personalidade, deve-se utilizar a técnica da ponderação.

A ponderação, conforme demonstrado no trabalho, possui três etapas para que se consiga analisar de maneira ampla e profunda o caso concreto, de forma a examinar o conjunto de normas aplicáveis e a repercussão da situação, para averiguar os pesos que devem ser atribuídos aos elementos em choque, determinar as normas que irão preponderar no caso e a sua intensidade. Sendo, portanto, uma técnica adequada para a solução dos conflitos em questão.

Isto posto, é possível concluir que o direito ao esquecimento é um novo direito da personalidade, sendo fundamental para uma vida harmônica e saudável, garantindo, como consequência, a dignidade da pessoa humana.

6. Referências

BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Emendas Constitucionais de Revisão. Diário oficial da União. Brasília, 05 out. 1988.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal – CJF. VI Jornada de Direito Civil. Enunciado 531. Brasília: 2013a. Disponível em: < <http://www.cjf.jus.br/enunciado/enunciado/142>>. Acesso em: 30 ago. 2020.

BRASIL. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União. Brasília, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 10 set. 2020.

BRASIL. Lei n. 12.737, 30 de novembro de 2012. Dispõe sobre a tipificação criminal de delitos informáticos; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal; e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, 30 de nov. 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12737.htm>. Acesso em: 05 set. 2020.

BRASIL. Lei n. 12.965, 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Diário Oficial da União. Brasília, 23 abr. 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 02 set. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp nº 1334-097-RJ, 4º Turma. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Acórdão. 28 de maio de 2013. Brasília, DF, 2013. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=29381336&num_registro=201201449107&data=20130910&tipo=91&formato=PDF. > Acesso em: 03 set. 2020

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp nº 1335.153-RJ, 4º Turma. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Acórdão. 28 de maio de 2013. Brasília, DF, 2013. Disponível em <https://stj.jusbrasil.com.br/jurispru>

dencia/516378067/recurso-especial-resp-1631329-rj-2016-0267808-7/inteiro-teor-516378075?ref=juris-tabs. Acesso em: 03 set. 2020

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 221. São civilmente responsáveis pelo ressarcimento de dano, decorrente de publicação pela imprensa, tanto o autor do escrito quanto o proprietário do veículo de divulgação. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça [1999]. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2011_16_capSumula221.pdf. Acesso em 30 ago. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº. 70029002441. Relator: Desembargador Odone Sanguiné. Porto Alegre, RS, 10 de junho de 2009. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php>. Acesso em 07 set. 2020.

CALDAS, Diogo Oliveira Muniz; SECCA, Luiz Carlos dos Santos. A liberdade de expressão, o direito ao esquecimento e a Proteção da intimidade: uma análise jurídica dos conflitos na era digital. XX congresso do CONPEDI, Curitiba, Volume 1, p. 63 – 79, out. 2016. Disponível em: <<http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/02q8agmu/r310g1en/zwSlais87eKbo0o1.pdf>>. Acesso em: 28 ago. 2020.

CASTRO, Roger de Moraes; HOFFMEISTER, Guilherme Pittaluga. Direito Fundamental ao Esquecimento: Influência da Internet e Crítica ao Método Decisional Dos Tribunais Brasileiros. Revista Brasileira de Direitos e Garantias Fundamentais, Curitiba, volume 2, número 2, p. 209 – 229, dez. 2016. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/garantiasfundamentais/article/view/1640/2123>. Acesso em: 01 set. 2020.

CHAVES, Cristiano; ROSENVALD, Nelson. Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB. 11. ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

COSTA JÚNIOR, Paulo José. O direito de estar só: tutela penal da intimidade. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FARIAS, Edilsom Pereira de. Colisão de direitos: a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1996.

MARMELSTEIN, George. Curso de Direitos Fundamentais. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. 4. ed. São Paulo: Método, 2010.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. 2009. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 06 set. 2020.

REIS, Clayton; MONTESCHIO, Horácio. Liberdade de expressão, direito ao esquecimento e direitos da personalidade. In: Girolamo Domenico Treccani; Joyceanne Bezerra de Menezes; Lucas Abreu Barroso. (Org.). Direito Civil II. 1ed. Florianópolis-SC: Fundação Boiteux, 2014, v. 1, p. 282-308.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHIER, Paulo Ricardo. Filtragem Constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica. Porto Alegre: Sergio Fabris. 1999.

SILVA, Jose Afonso da. Curso de Direito Constitucional positivo. 25ª ed. Malheiros. 2005.

O DIREITO AO ESQUECIMENTO NO ÂMBITO DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS

Daniella Moreira Avelar.¹¹³

RESUMO:

Este artigo científico visa abordar a aplicabilidade do direito fundamental ao esquecimento diante das diretrizes da Lei Geral de Proteção de Dados. Nesse contexto, demonstra-se as peculiaridades de cada instituto e os desafios a serem enfrentados pelos Julgadores, inclusive quais os pontos em comum entre os institutos, bem como as divergências entre o Direito ao Esquecimento e as diretrizes da Lei Geral de Proteção de Dados.

Palavras-chave: Direito ao Esquecimento de Dados. Dados Pessoais. Proteção aos Dados Pessoais. Proteção à honra e privacidade.

1.Introdução

A Lei Geral de Proteção da Dados, publicada em Lei 13.709 de 14 de agosto de 2018, visa regular o tratamento de dados pessoais, desde a sua coleta até a sua definitiva exclusão, em face de pessoas jurídicas e pessoas físicas que se utilizam de dados pessoais para finalidade de cunho econômico.

Em breve síntese histórica, a Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018) foi inspirada na GDPR (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados) da União Europeia. Além disso, surgiu no Brasil a necessidade e vontade de participar da OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico), sendo que nas diretrizes dessa Organização existem orientações e regulamentações voltadas para a proteção e tratamento de dados.

Dessa forma, a publicação da Lei Geral de Proteção de Dados-L-GPD é um avanço jurídico, com interesses sócio-políticos internacio-

113 Pós Graduanda no Curso de Direito Civil Aplicado na unidade Praça da Liberdade pela Universidade Puc Minas. Endereço eletrônico: daniellavelar.adv@gmail.com.

nais, mesmo porque, o Marco Civil da Internet, em que pese também contribuir para a origem desta Lei, não foi suficiente para proteger dados pessoais e mitigar os incidentes ocorridos com esses dados, inclusive de forma off-line.

Conforme será exposto, a Lei 13.709/18 regulamenta o tratamento de dados pessoais, necessariamente coletados de pessoas físicas, realizados por pessoas jurídicas e outras pessoas físicas que possuem a finalidade econômica ao tratar desses dados pessoais.

É fácil enxergar uma pessoa jurídica tratando dados pessoais, mas quando se tratar de pessoas físicas, será preciso observar qual a real finalidade para a coleta desses dados, por exemplo, dados pessoais coletados de pessoas físicas para organização e elaboração de uma festa em que todos deverão pagar por esta festa e ao final o organizador irá arrecadar uma boa quantia em dinheiro, este organizador terá de observar as diretrizes da Lei Geral de Proteção de Dados, pois está tratando dados pessoais com finalidades econômicas.

Além disso, a Lei Geral de Proteção de Dados regulamenta em seu artigo 18¹¹⁴ todos os direitos dos titulares desses dados, cito o dispositivo da Lei:

Art. 18. O titular dos dados pessoais tem direito a obter do controlador, em relação aos dados do titular por ele tratados, a qualquer momento e mediante requisição:

I - confirmação da existência de tratamento;

II - acesso aos dados;

III - correção de dados incompletos, inexatos ou desatualizados;

IV - anonimização, bloqueio ou eliminação de dados desnecessários, excessivos ou tratados em desconformidade com o disposto nesta Lei;

V - portabilidade dos dados a outro fornecedor de

114 Lei 13.709/2018 (http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm).

serviço ou produto, mediante requisição expressa, de acordo com a regulamentação da autoridade nacional, observados os segredos comercial e industrial; (Redação dada pela Lei nº 13.853, de 2019)

VI - eliminação dos dados pessoais tratados com o consentimento do titular, exceto nas hipóteses previstas no art. 16 desta Lei;

VII - informação das entidades públicas e privadas com as quais o controlador realizou uso compartilhado de dados;

VIII - informação sobre a possibilidade de não fornecer consentimento e sobre as consequências da negativa;

IX - revogação do consentimento, nos termos do § 5º do art. 8º desta Lei.

§ 1º O titular dos dados pessoais tem o direito de peticionar em relação aos seus dados contra o controlador perante a autoridade nacional.

§ 2º O titular pode opor-se a tratamento realizado com fundamento em uma das hipóteses de dispensa de consentimento, em caso de descumprimento ao disposto nesta Lei.

§ 3º Os direitos previstos neste artigo serão exercidos mediante requerimento expresso do titular ou de representante legalmente constituído, a agente de tratamento.

§ 4º Em caso de impossibilidade de adoção imediata da providência de que trata o § 3º deste artigo, o controlador enviará ao titular resposta em que poderá:

I - comunicar que não é agente de tratamento dos dados e indicar, sempre que possível, o agente; ou

II - indicar as razões de fato ou de direito que impedem a adoção imediata da providência.

§ 5º O requerimento referido no § 3º deste artigo será atendido sem custos para o titular, nos prazos e nos termos previstos em regulamento.

§ 6º O responsável deverá informar, de maneira imediata, aos agentes de tratamento com os quais tenha realizado uso compartilhado de dados a correção, a eliminação, a anonimização ou o bloqueio dos dados, para que repitam idêntico procedimento, exceto nos casos em que esta comunicação seja comprovadamente impossível ou implique esforço desproporcional. (Redação dada pela Lei nº 13.853, de 2019) Vigência

§ 7º A portabilidade dos dados pessoais a que se refere o inciso V do caput deste artigo não inclui dados que já tenham sido anonimizados pelo controlador.

§ 8º O direito a que se refere o § 1º deste artigo também poderá ser exercido perante os organismos de defesa do consumidor.

Em leitura ao artigo 18 da Lei Geral de Proteção de Dados, notam-se diversas proteções concedidas aos titulares dos dados pessoais, sendo eles pessoas físicas, inclusive aquelas previstas nos incisos IV e VI desse dispositivo de Lei.

Esses direitos concedem ao titular a exclusão dos seus dados, caso tenha sido usado a base legal do consentimento, pois como é cediço, existem outras nove bases legais que legitimam o tratamento de dados, mas, em se tratando de consentimento, o titular terá o direito da exclusão desse dado caso seja da sua vontade.

E mais, em caso de dados coletados de forma excessiva, ou, ainda, em desconformidade com a Lei, o titular deste dado poderá exigir a sua anonimização, bloqueio ou eliminação de seus dados pessoais.

Observa-se que em nenhum momento, a Lei Geral de Proteção de Dados regulamentou a respeito da necessidade e possibilidade do

Direito ao Esquecimento a este dado, caso ele venha causar algum constrangimento, por exemplo, ao seu titular.

Com isso, este presente artigo visa abordar sobre o Direito ao Esquecimento aplicado às diretrizes da Lei Geral de Proteção de Dados, quais as possibilidades e dificuldade em unir estes dois institutos, observando não somente os preceitos da própria Lei 13.709/18, mas também os regulamentos do Código Civil e da Constituição Federal de 1988.

2. Afinal, o que é o direito ao esquecimento?

Conforme o entendimento de Anderson Schreiber¹¹⁵ em seu livro “Direitos da Personalidade”, Revista e Atualizada da Editora atlas, 2013, entende-se pelo Direito ao Esquecimento, o seguinte:

Trata-se do chamado “direito ao esquecimento, o que significa que nem todas as pegadas que deixei da minha vida devem me seguir implacavelmente, em cada momento de minha existência”. (SCHREIBER, 2013, p. 170)

E continua dizendo¹¹⁶:

Se toda pessoa tem o direito a controlar a coleta e uso dos seus dados pessoais, deve-se admitir que tem também o direito de impedir que dados de outrora sejam revividos na atualidade, de modo descontextualizado, gerando-lhe risco considerável. (...)(SCHREIBER, 2013, p. 170)

Entende-se pelo direito ao esquecimento como forma daquela pessoa nunca mais ser lembrada diante da busca daquele dado pessoal. Ou ainda, que nunca mais a pessoa deverá reviver e ser lembrada por determinada característica.

115 SCHREIBER, Anderson. Direitos da Personalidade. 2. ed. São Paulo. Atlas. 2013. p. 170.

116 SCHREIBER, Anderson. Direitos da Personalidade. 2. ed. São Paulo. Atlas. 2013. p. 170.

No Brasil, existe o caso muito famoso relacionado à uma celebridade que atualmente possui o público infantil, mas, antigamente, era atriz de filme erótico. Assim, esta celebridade ajuizou ação em face do site de pesquisas Google suscitando o direito ao esquecimento pelas buscas de seus dados pessoais vinculados ao filme erótico. Contudo, em que pese ter recorrido até o Superior Tribunal de Justiça, o seu pedido foi totalmente negado, em defesa da garantia constitucional da liberdade de expressão (art. 5º, inciso IX, da CF/88).

Em contrapartida, em julgamento do RECURSO ESPECIAL Nº 1.660.168 - RJ (2014/0291777-1)¹¹⁷, o Superior Tribunal de Justiça decidiu em dar provimento ao pedido de uma cidadã, para que determinado conteúdo não fosse vinculado ao seu nome, por qualquer pesquisa na internet.

No referido julgamento, o Ministro Marco Aurélio Bellizze, em seu voto no Acórdão dizia o seguinte:

Não se trata de efetivamente apagar o passado, mas de permitir que a pessoa envolvida siga sua vida com razoável anonimato, não sendo o fato desabonador corriqueiramente rememorado e perenizado por sistemas automatizados de busca. (Recurso Especial 1.660.168).

Corroborando a esse instituto encontram-se o Enunciado 531 na VI Jornada de Direito Civil promovida pelo CJF/STJ, além do artigo 11 do Código Civil, bem como a justificativa por estes institutos, cita-se:

ENUNCIADO 531 – A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento.

Artigo: 11 do Código Civil

Justificativa: Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do

117 <https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/A?seq=1628798&tipo=0&nreg=201402917771&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20180605&formato=PDF&salvar=false>

exdetento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados.

Ou seja, em que pese alguns doutrinadores e operantes do direito não acreditarem na aplicabilidade do direito ao esquecimento diante da vontade do titular do dado, o direito ao esquecimento é reconhecido como direitos da personalidade, conforme artigo 11 do Código Civil, sendo intransmissível e irrenunciável, não podendo o seu exercício sofrer limitações.

O reconhecimento do direito ao esquecimento deve considerar também o respeito à dignidade da pessoa humana e ao princípio da privacidade. Em lado oposto, encontra-se o direito de liberdade de expressão, bem como a liberdade de informação.

3. Finalidades da lei geral de proteção de dados

Tendo em vista a explicação acima sobre o Direito à Personalidade é preciso entender a finalidade da promulgação da Lei Geral de Proteção de Dados, Lei 13.709/18.

A Lei Geral de Proteção de Dados tem como finalidades primordiais a proteção dos titulares diante do uso demasiado e desregulado dos dados por terceiros interessados, além de fomentar a economia através de previsões que asseguram as empresas detentoras desses dados uma melhor experiência para o mercado e outras finalidades definidas no art. 2º da Lei 13.709/18, cita-se:

Art. 2º A disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos:

- I - o respeito à privacidade;
- II - a autodeterminação informativa;
- III - a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião;
- IV - a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem;

V - o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação;
VI - a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e
VII - os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais.

Para o uso dos dados pessoais, a Lei 13.709/18 estabeleceu que deverá observar a boa-fé e os seus princípios (art. 6º da Lei Geral de Proteção de Dados) e, ainda, que cada coleta e tratamento de dados deverá ter como justificativa pelo menos uma das bases legais previstas no art. 7º da Lei.

Quanto aos princípios são eles: finalidade, transparência, qualidade de dados, não discriminação, livre acesso, necessidade, adequação, segurança, prevenção e prestação de contas, sendo que cada princípio é definido na própria Lei, senão vejamos:

Art. 6º As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios:

I - finalidade: realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades;

II - adequação: compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento;

III - necessidade: limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados;

IV - livre acesso: garantia, aos titulares, de consulta facilitada e gratuita sobre a forma e a duração do tratamento, bem como sobre a integralidade de

seus dados pessoais;

V - qualidade dos dados: garantia, aos titulares, de exatidão, clareza, relevância e atualização dos dados, de acordo com a necessidade e para o cumprimento da finalidade de seu tratamento;

VI - transparência: garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial;

VII - segurança: utilização de medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão;

VIII - prevenção: adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais;

IX - não discriminação: impossibilidade de realização do tratamento para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos;

X - responsabilização e prestação de contas: demonstração, pelo agente, da adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e, inclusive, da eficácia dessas medidas.

Quanto às bases legais, a Lei Geral de Proteção de Dados estabelece em seu art. 7º as seguintes: consentimento, exercício regular do direito em processo, tutela da saúde, políticas públicas, proteção ao crédito, obrigação legal, execução de contrato, proteção da vida, pesquisa e legítimo interesse.

Nota-se que o consentimento não é a única base legal para tratamentos de dados, sendo que cada base legal possui a sua peculiaridade e deverá ser utilizada de acordo com cada caso específico.

Além disso, caso os direitos dos titulares dos dados não sejam respeitados, a Lei, em seu art. 52, estabeleceu a penalidade a ser imposta para o infrator, vide abaixo:

Art. 52. Os agentes de tratamento de dados, em razão das infrações cometidas às normas previstas nesta Lei, ficam sujeitos às seguintes sanções administrativas aplicáveis pela autoridade nacional: (Vigência)

I - advertência, com indicação de prazo para adoção de medidas corretivas;

II - multa simples, de até 2% (dois por cento) do faturamento da pessoa jurídica de direito privado, grupo ou conglomerado no Brasil no seu último exercício, excluídos os tributos, limitada, no total, a R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais) por infração;

III - multa diária, observado o limite total a que se refere o inciso II;

IV - publicização da infração após devidamente apurada e confirmada a sua ocorrência;

V - bloqueio dos dados pessoais a que se refere a infração até a sua regularização;

VI - eliminação dos dados pessoais a que se refere a infração;

VII - (VETADO);

VIII - (VETADO);

IX - (VETADO).

X - (VETADO); (Incluído pela Lei nº 13.853, de 2019) (Promulgação partes vetadas)

XI - (VETADO); (Incluído pela Lei nº 13.853, de 2019)

(Promulgação partes vetadas)

XII - (VETADO). (Incluído pela Lei nº 13.853, de 2019) (Promulgação partes vetadas)

X - suspensão parcial do funcionamento do banco de dados a que se refere a infração pelo período máximo de 6 (seis) meses, prorrogável por igual período, até a regularização da atividade de tratamento pelo controlador; (Incluído pela Lei nº 13.853, de 2019)

XI - suspensão do exercício da atividade de tratamento dos dados pessoais a que se refere a infração pelo período máximo de 6 (seis) meses, prorrogável por igual período; (Incluído pela Lei nº 13.853, de 2019)

XII - proibição parcial ou total do exercício de atividades relacionadas a tratamento de dados. (Incluído pela Lei nº 13.853, de 2019)

§ 2º O disposto neste artigo não substitui a aplicação de sanções administrativas, civis ou penais definidas na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, e em legislação específica. (Redação dada pela Lei nº 13.853, de 2019) Vigência

Dessa forma, demonstra-se no inciso VI que o infrator deverá excluir aquele dado pessoal do titular, como forma de penalidade. Contudo, não necessariamente lhe será aplicado esta penalidade, pois irá depender da gravidade da infração, da boa-fé do infrator e a vantagem auferida pelo infrator naquela situação, entre outras peculiaridades definida na Lei Geral de Proteção de Dados.

E mais, nos próprios direitos dos titulares, consta a exclusão dos dados em situações em que fora usada a base legal do consentimento. Ou seja, dependendo da situação, não será garantido ao titular que aquele dado nunca mais será utilizado ou vinculado à sua pessoa, conforme preceitua o direito ao esquecimento.

Dessa forma, em que pese a lei possibilitar a exclusão dos dados, isso se diferencia ao esquecimento deste dado pessoal.

4. E quais são os direitos dos titulares na lei geral de proteção de dados

A Lei 13.709/18 estabelece em seu capítulo III, do artigo 17 ao artigo 22 todos os direitos dos titulares dos dados pessoais.

Destarte disso, no artigo 18 da Lei Geral de Proteção de Dados, diz o seguinte:

Art. 18. O titular dos dados pessoais tem direito a obter do controlador, em relação aos dados do titular por ele tratados, a qualquer momento e mediante requisição:

I - confirmação da existência de tratamento;

II - acesso aos dados;

III - correção de dados incompletos, inexatos ou desatualizados;

IV - anonimização, bloqueio ou eliminação de dados desnecessários, excessivos ou tratados em desconformidade com o disposto nesta Lei;

V - portabilidade dos dados a outro fornecedor de serviço ou produto, mediante requisição expressa, de acordo com a regulamentação da autoridade nacional, observados os segredos comercial e industrial; (Redação dada pela Lei nº 13.853, de 2019) Vigência

VI - eliminação dos dados pessoais tratados com o consentimento do titular, exceto nas hipóteses previstas no art. 16 desta Lei;

VII - informação das entidades públicas e privadas com as quais o controlador realizou uso compartilhado de dados;

VIII - informação sobre a possibilidade de não fornecer consentimento e sobre as consequências da negativa;

IX - revogação do consentimento, nos termos do § 5º do art. 8º desta Lei.
(...)

Observa-se constar o direito à exclusão dos dados pessoais quando tiver sido usada a base legal do consentimento para o justificar aquele dado. Ou, ainda, a anonimização, bloqueio ou eliminação de dados desnecessários, excessivos ou em desconformidade com a Lei, protegendo, de certa forma, o titular daquele dado.

4.1. Direito a exclusão dos dados não se confunde com direito ao esquecimento.

Ora, nas palavras do sábio autor Anderson Schreiber¹¹⁸, em seu livro *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no direito brasileiro*, da editora Revista dos Tribunais, no capítulo 13, páginas 377 e 378, dia o seguinte:

(...) Nota-se, assim, que as hipóteses de apagamento de dados constantes no regulamento europeu não constituem um mecanismo de tutela da identidade da pessoa em face de recordações opressivas, mas sim remédio associado à dinâmica específica da proteção de dados pessoais. (...) (SCHREIBER, 2019, p. 377/378)

E segue dissertando o seu raciocínio¹¹⁹, senão vejamos:

(...) A lei brasileira- tal qual o regulamento europeu, em que pese a nomenclatura empregada neste último- não trata, a rigor, do direito ao esquecimento,

118 SCHREIBER, Anderson. *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no direito brasileiro*. Revista dos Tribunais, 2019. p. 377/378.

119 SCHREIBER, Anderson. *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no direito brasileiro*. Revista dos Tribunais, 2019. p. 380.

entendido, repita-se, como o direito do indivíduo se opor à recordação pública e opressiva de fatos que já não mais refletem a sua identidade pessoal. O que nossa lei e o regulamento europeu contemplam é o direito à eliminação de dados, que, embora também inspirado na proteção da dignidade da pessoa humana, distancia-se do direito ao esquecimento, quer no tocante ao seu conteúdo, quer no que se refere aos seus fins mais imediatos. Isso não impede, contudo, que o intérprete valore o silêncio do legislador brasileiro sobre a matéria. (SCHREIBER, 2019, p. 380)

Depreende-se da leitura dos trechos acima que o legislador brasileiro restou omissos quanto à possibilidade de esquecimento de dados pessoais. E, na omissão do legislador, caberá ao Judiciário interpretar as situações e reconhecer o direito ao esquecimento dos dados pessoais a pedido dos seus titulares.

4.2. Diferença entre anonimização de dados, exclusão de dados e direito ao esquecimento.

Outra hipótese trazida pelo Legislador aos direitos dos titulares dos dados é a anonimização desses dados que, de maneira alguma, se confunde com a sua exclusão, mas que, de certa forma, aproxima-se das diretrizes do Direito ao Esquecimento.

Pois bem, a anonimização dos dados pessoais está definida na Lei Geral de Proteção de Dados, em seu artigo 5º, inciso III e consiste em “dado relativo a titular que não possa ser identificado, considerando a utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis na ocasião de seu tratamento”.

Ou seja, de certa forma o titular daquele dado deve ter a segurança de que foram empregados os meios técnicos razoáveis e disponíveis para que aquele dado pessoal não seja identificado e isso, hipoteticamente, condiz com a finalidade do Direito ao Esquecimento.

Entretanto e por óbvio são institutos que não podem ser confundidos, pois o direito ao esquecimento garante ao titular a perpetuidade

do esquecimento do dado, já a anonimização não significa que o dado não poderá vir à tona.

E mais, a Lei Geral de Proteção de Dados trouxe a possibilidade de exclusão daquele dado, quando preenchidos os requisitos, como forma de penalidade ao controlador e operador e não como um direito propriamente dito ao titular dos dados pessoais.

Mais uma vez, caberá ao Judiciário relativizar a aplicação da Lei Geral de Proteção de Dados ao Direito ao Esquecimento, principalmente em proteção à dignidade da pessoa humana e à privacidade, analisando cada caso de forma individual.

5. Aplicação do direito ao esquecimento e da lei geral de proteção de dados às pessoas jurídicas.

O Direito ao Esquecimento é definido como direito fundamental à personalidade inerente à pessoa natural. Contudo, conforme os ensinamentos de Anderson Schreiber, é polêmica a hipótese de reconhecimento de direitos fundamentais aplicados à pessoas jurídicas, principalmente, diante do artigo 52 do Código Civil e, ainda, a súmula 227 do Superior Tribunal de Justiça.

Para tanto, peço vênica para citar o trecho de seu livro “Direitos da Personalidade”¹²⁰, Revista e Atualizada da Editora atlas, página 22:

(...) Os interesses das pessoas jurídicas merecem e recebem proteção do direito brasileiro, mas tal proteção não pode ser confundida com a privilegiada tutela que se reserva aos atributos essenciais da condição humana, sob pena de se violar a primazia que a Constituição atribui à dignidade humana e aos aspectos existenciais da pessoa natural. (...) (SCHREIBER, 2013, p. 22)

Destarte disso, encontra-se o artigo 52 do Código Civil que diz: “aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade.”

120 SCHREIBER, Anderson. Direitos da Personalidade. 2. ed. São Paulo. Atlas. 2013. p. 22.

Corroborando ao entendimento de que os direitos da personalidade são aplicáveis à pessoa jurídica está a súmula 227 do Superior Tribunal de Justiça que diz: “a pessoa jurídica pode sofrer dano moral.”

Assim, se a pessoa jurídica pode sofrer dano moral, conforme entendimento dos próprios Tribunais, significa que a sua honra, dignidade e privacidade está sujeita à violação.

Com isso, analogicamente, o direito ao esquecimento pode ser reconhecido à pessoa jurídica que pleiteia, por exemplo, a não vinculação de sua imagem às notícias no passado a respeito de trabalhos escravos (por exemplo) ou qualquer outro tipo que comprometa a sua honra e imagem.

Em contrapartida, é cediço que as regulamentações da Lei 13.709/2018 são direcionadas exclusivamente à proteção dos dados de pessoas naturais, ou seja, de pessoas físicas, conforme prevê o artigo 1º, cita-se:

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

Dessa forma, em que pese existir a possibilidade de aplicação do direito ao esquecimento às pessoas jurídicas, o que mais uma vez fortalece a existência e aplicabilidade desse instituto, não se pode admitir que a Lei Geral de Proteção de Dados será aplicada a esta entidade jurídica.

6. Necessidade de aplicação do direito ao esquecimento no âmbito da Lei 13.709/18.

É cediço que o reconhecimento ao direito de esquecimento no tratamento de dados pessoais, regulamentado pela Lei Geral de Proteção de Dados deverá ser feito pelo Judiciário, já que o Legislador dei-

xou esta lacuna na referida Lei, devendo cada situação ser analisada de forma individual.

Contudo, não se pode menosprezar a necessidade de aplicação deste instituto àqueles que por condições pessoais se virem diante da vontade de serem esquecidos.

Neste contexto, podemos citar o exemplo da pandemia em razão da doença do Covid-19 (Coronavírus), pois, é plenamente possível que a pessoa natural não tenha a vontade de que os seus dados pessoais sejam vinculados às listas de infectados, pois, além de violar a sua privacidade e dignidade pessoal, podem levá-la às situações vexatórias.

Nota-se, portanto, que não existe rótulos ou situações modelos para o reconhecimento ou não da aplicação deste direito fundamental, mas, caberá a análise da situação moral do indivíduo para que seja reconhecida a aplicabilidade do direito ao esquecimento a cada caso.

7. Entendimento Jurisprudencial.

Diante do curto lapso temporal de vigência da Lei Geral de Proteção de Dados, não há como indicar o entendimento jurisprudencial que demonstre a postura do Poder Judiciário quanto ao tema de privacidade e proteção de dados no âmbito da Lei 13.709/2018.

Todavia, seguem algumas decisões de Tribunais brasileiros que reconheceram pela aplicação do direito ao esquecimento, senão vejamos:

Direito ao esquecimento – cabimento – ofensa desproporcional a direitos da personalidade

“1. O direito ao esquecimento consiste em uma das facetas da proteção da vida privada, podendo ser definido como o poder de desvincular o nome e imagem do requerente de situações desabonadoras pretéritas as quais, em razão do peso social atribuído, podem se transfigurar em verdadeiras penalidades vitalícias. 2. Não há evidente interesse público na manutenção de textos por meio dos quais foram imputados crimes graves ao autor sem amparo probatório, pois sequer trazem a certeza de tratarem de informações verdadeiras ou caluniosas. De

outro lado, tais informações podem trazer severos riscos à vida pessoal e profissional do requerente, devendo ser reconhecido o direito ao esquecimento. (..) Nessa perspectiva, a Jurisprudência pátria firmou-se no sentido de, via de regra, não responsabilizar os sítios de pesquisa quanto aos conteúdos publicados por terceiros. 4. O Superior Tribunal de Justiça reconheceu a existência de casos excepcionais, nos quais a violação aos direitos da personalidade pode tornar-se desproporcionalmente grave, a ponto de justificar a intervenção judicial para determinar a desindexação de alguns resultados injustamente veiculados ao nome requerente, autorizando, assim, o manejo de ações contra os provedores de busca. Precedentes. 4.1 A veiculação de acusações de crimes sexuais cometidos em outro país e desprovidas de quaisquer provas deve ser reconhecida como situação excepcional.”

(TJDFT - Acórdão 1145771, 07380854920178070001, Relator: EUSTÁQUIO DE CASTRO, 8ª Turma Cível, data de julgamento: 24/01/2019, publicado no DJe: 04/02/2019)¹²¹

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - DANOS MORAIS - AUSÊNCIA - NOTÍCIA SOB FATO CRIMINOSO - SENTENÇA ABSOLUTÓRIA DO DENUNCIADO - MANUTENÇÃO DE NOTÍCIA SOBRE OS FATOS EM PLATAFORMA “ON LINE” - POSSIBILIDADE - INFORMAÇÃO SEM CUNHO DIFAMATÓRIO OU CALUNIOSO - DIREITO AO ESQUECIMENTO - TUTELA INIBITÓRIA DE RETIRADA DAS NOTÍCIAS - CABIMENTO. - É papel da imprensa informar a coletividade de forma objetiva sobre fatos relevantes ocorridos na sociedade, veiculan-

¹²¹https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordao-web/sistj?visaoId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&controladorId=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.ControladorBuscaAcor-dao&visaoAnterior=tjdf.sistj.acordaoeletronico.buscaindexada.apresentacao.VisaoBuscaAcordao&nomeDaPagina=resultado&comando=abrirDadosDoAcordao&enderecoDoServlet=sistj&historicoDePaginas=buscaLivre&quantidadeDeRegistros=20&baseSelecionada=BASE_ACORDAOS&numeroDaUltimaPagina=1&buscaIndexada=1&mostrarPaginaSelecaoTipoResultado=false&totalHits=1&internet=1&numeroDoDocumento=1145771

do a notícia de forma fidedigna e imparcial. - Não há se falar em ocorrência de danos morais quando a empresa que veicula notícia de fato criminoso se atém aos limites dos fatos como relatados pela autoridade policial nos termos do boletim de ocorrência respectivos, levando informação à população. - “No Brasil, o direito ao esquecimento possui assento constitucional e legal, considerando que é uma consequência do direito à vida privada (privacidade), intimidade e honra, assegurados pela CF/88 (art. 5º, X) e pelo CC/02 (art. 21). Alguns autores também afirmam que o direito ao esquecimento é uma decorrência da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF/88).” - É cabível a tutela inibitória de retirada das notícias da plataforma de empresa que veicula informação na seara da imprensa em face do aclamado direito ao esquecimento, que ratifica o princípio da dignidade da pessoa humana, sob a orientação da técnica de ponderação no que tange aos princípios constitucionais da liberdade de expressão e os direitos da personalidade. (TJMG - Apelação Cível 1.0342.13.010730-9/001, Relator(a): Des.(a) Juliana Campos Horta , 12ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 01/08/2018, publicação da súmula em 09/08/2018)¹²²

OBRIGAÇÃO DE FAZER. DIREITO AO ESQUECIMENTO. RETIRADA DE PÁGINAS DA FERRAMENTA DE BUSCA DO GOOGLE. POSSIBILIDADE. Insurgência do réu contra sentença de procedência. Condenação à retirada de páginas no resultado de busca do Google, relacionadas ao crime cometido pelo autor, cuja condenação ocorreu há mais de dez anos. Legitimidade passiva do apelante. Possibilidade, em tese, de ser responsabilizado pela exclusão dos resultados de busca que disponibi-

¹²²<https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=343&totalLinhas=694&paginaNumero=343&linhasPorPagina=1&pesquisarPor=ementa&orderByData=1&listaOrgaoJulgador=1-12&dataPublicacaoInicial=06/08/2018&dataPublicacaoFinal=16/08/2018&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>

liza aos usuários. Alegação de falta de interesse de agir. Não ocorrência. Exclusão do resultado de pesquisa das páginas desabonadoras do autor que dificultará ou excluirá o acesso de outras pessoas. Mérito. Ausência de interesse público nas páginas indicadas pelo autor. Condenação criminal ocorrida há vários anos. Manutenção dos resultados de busca que apenas perpetuaria o estigma social de uma condenação criminal, sendo contrária à ressocialização do apenado. Possibilidade ainda de o público obter informações sobre processos do autor em sites oficiais. Exclusão que evita a associação imediata da imagem do autor a fatos desabonadores passados. Direito ao esquecimento que é decorrente dos direitos fundamentais à privacidade, à intimidade e à personalidade. Entendimento do STJ a respeito da possibilidade de se retirar URLs de provedor de pesquisa, em caráter excepcional, quando o resultado não guardar relevância para interesse público, seja pelo conteúdo privado, seja pelo decurso do tempo. Sentença clara, por fim, a respeito da necessidade de o autor indicar as URLs que pretende retirar. Sentença mantida. Recurso desprovido. (TJSP- Apelação Cível 1071126-60.2018.8.26.0100; Relator (a): Carlos Alberto de Salles; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Privado; Foro Central Cível - 36ª Vara Cível; Data do Julgamento: 11/05/2020; Data de Registro: 11/05/2020)¹²³

Assim, diante das decisões acima apontadas, vislumbra-se que o reconhecimento do Direito ao Esquecimento deve ser analisado de

123https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?conversationId=&cdAcor dao=13547270&cdForo=0&uuidCaptcha=sajcaptcha_fc71cf555e1643a1aaeffa4cef02bb46&g-recaptcha-response=03AGdBq256PSDZfpmTSmyHGb9tYyChpEf4Q-9DTtiHAvCFm8JsZlaiWX16ldvJ0QxMHxqoL6z_APpcgQ4VraBmJkElCcwO8O7K-3tulmuSaUAA5gx7rWCF1jkLUTvdwJMCD4Pzh6MSD0NNeRf1qjbMIm4tuQhm_DoBkyhIixgBiJPhpOh7inMNP9T_1HoJINMuwg9abZ-3IfJSEpyoJnoZhXU8jBY3HlKa-eCYW_wcvcBSqk5K26mNaLFpC0lhpyB5gMTTwnzXaR6LbmLDCvAoiPhIaHQOl-cO68MryrtK9-BFxTbdZKY8x1Dr56dUceoWN0awKtbMEVTKeQbBc_InUqlySWmq-CyO_YgWisj4EvWK7X3k5Y5qd2UtW9bsD_GhE1JESoUW1mJ0dnnK6E7qYtzkcK1-t_yb-MM2lqYf_dbWBvcMBUZMYnz9nlaEsOQ2SdNiSLIbrLG3PDa54BchsmCqKg6kEId-G45Ekw9QQb3KcuPkjLiW4_ptGNatEUz5iR27TCuXkbqi1MCNNckgrCkrVzQQQ-FyWWaBCKbA

forma individual, respeitando tanto a dignidade da pessoa humana, quanto o direito à privacidade, mas, também, deve observar a liberdade de informação e de expressão, sendo todas reconhecidas como garantias constitucionais.

Conclusão.

De acordo com o abordado ao longo deste artigo, a Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018) não trata especificamente a respeito do direito de esquecimento, apesar de regulamentar direitos dos titulares e penalidades dos infratores que realizarem o uso desregular dos dados pessoais.

Contudo, a finalidade de nenhum destes dispositivos legais se confunde com a finalidade do direito de esquecimento, qual seja, não ser lembrado de forma alguma através daquela condição pessoal (dado pessoal).

Assim, conclui-se pela possibilidade de reconhecimento do direito de esquecimento no âmbito da interpretação das diretrizes da Lei Geral de Proteção de Dados, principalmente, em razão da defesa da dignidade da pessoa humana, à proteção a honra e privacidade da pessoa natural. Todavia, caberá ao Judiciário reconhecer pela sua aplicabilidade, ou seja, tal assunto representa uma incógnita que será resolvida a longo prazo.

8. Referência

.Lei 13.709/2018. Site do Planalto, 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em 30 de julho de 2020.

.Site da Justiça Federal, 2016. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-vi-jornada/view>. Acesso em 30 de julho de 2020.

.Site do Superior Tribunal de Justiça. Decisões Monocráticas, 2017. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/monocraticas/decisoes/?num_registro=201402917771&dt_publicacao=17/11/2017. Acesso em 30 de julho de 2020.

.Acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 2020. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?conver>

sationId=&cdAcordao=13547270&cdForo=0&uuidCaptcha=sajcaptcha_d09978039bdd4c108394af3223ccf6a8&g=-recaptcha-response-03AGdBq26nnOWki5LB-jD6dUGRe08l8sB7LMSMpYW_cDb0gw6PsRe-1MElMH0MDX3Vg5j9Dv5AEdji7CBZRfGqJ6IFTzrvvlfU42X1vAkiRhsi-BnFXg_HroOsKZ-VDOKhOUZTjWnc20SqoawTMgLgcTVBc_V1wGQzujy_WZzzfWEd-GDBAHXXYysfEpu1vi9FmlJZWDP8MtbppKz7t4Qzvy-DGicOVclEaho1qVQZILXSYfAm4B1bhAwXsPGMBGaRjVZRB648CNw-QJYnXX20rRdryqJWU5LkBkbsAWKQr0eXhxtBHqMm8oOEIriwxFiLmLA3ACqKGkrdtAs68jq2a9MkP_ABOrVmgZ0ooNIEY2ZR38de-VIW9pGuZp-m5wyPMiL6p8QsCg3OK_O1RK0QHuisTAqquUrdDUXag. Acesso em 30 de julho de 2020.

.Ementa de Julgamento de Acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 2018. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/ementaSemFormatacao.do?procAno=13&procCodigo=1&procCodigoOrigem=342&procNumero=10730&procSequencial=1&procSeqAcordao=0>. Acesso em 30 de julho de 2020.

SCHREIBER, Anderson. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no direito brasileiro. Editora Revista dos Tribunais, 2019.

SCHREIBER, Anderson. Direitos da Personalidade. Editora Atlas. 2013.

O DÚBIO REGIME DE RESPONSABILIDADE CIVIL APLICADO AOS AGENTES DE TRATAMENTO DE DADOS DE ACORDO COM A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS: LEI Nº 13.709/2018

Fernanda Alves Miranda Moreira¹²⁴

Ricardo Chadi¹²⁵

RESUMO:

O objeto central do presente estudo é a responsabilização civil dos agentes de tratamento de dados, de acordo com a Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2018), em casos de descumprimento da legislação. Além disso, ao longo do trabalho será realizada uma análise sistemática da lei, a fim de definir qual o regime de responsabilidade civil foi adotado pelo legislador, se objetivo ou subjetivo. Inicialmente, a pesquisa buscou entender a origem da norma e o caminho legislativo desde sua criação até a recente data de vigência. Em seguida, ocupou-se de definir conceitos básicos sobre a responsabilidade civil e suas teorias. Além disso, o terceiro capítulo do trabalho cuidou em analisar os dispositivos da LGPD que versam sobre o tema, bem como os argumentos a favor e contra os regimes objetivo e subjetivo. Por fim, foi possível concluir que não há como definir apenas um único regime a ser utilizado pela legislação, eis que dependerá do caso concreto e natureza da relação jurídica entre agente de tratamento e titular de dados. Em se tratando de relação de consumo, a legislação consumerista deverá ser aplicada e, portanto, aplica-se o regime objetivo trazido pelo CDC. Contudo, o agente de tratamento de dados, pessoa natural ou jurídica, poderá se eximir da responsabilidade de indenização nos casos em que se provar a ocorrência das excludentes de culpabilidade, demonstrando que apesar de causar o dano ao titular, observou a legislação em todos os seus termos.

124 Graduanda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

125 Doutor em Direito Privado e Mestre em Direito Empresarial. Professor no curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

Palavras-chave: Lei Geral de Proteção de Dados. Responsabilidade civil subjetiva e objetiva. Responsabilidade proativa. Agentes de tratamento.

1. Introdução

A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), de nº 13.709/2018, constitui um marco legal brasileiro de grande impacto, não só para as instituições públicas e privadas, mas também para todo e qualquer cidadão, uma vez que tem como objetivo regular o tratamento de informações classificadas como dados pessoais.

Atualmente, os dados são o elemento propulsor da economia, como afirma a famosa frase creditada ao matemático Clive Humby, “Data is the new oil.”, basicamente dizendo que os dados são o novo petróleo quando o assunto é economia. A frase foi popularizada a partir de uma reportagem publicada pelo The Economist em 2017, intitulada “O recurso mais valioso do mundo não é mais o petróleo, mas dados”. (FLENDER, 2019)

O questionamento central que será o norteador do presente é: será objetiva ou subjetiva a responsabilização jurídica do agente de tratamento de dados pessoais. A relevância da temática se faz em face da necessidade de trazer segurança jurídica para as empresas, possibilitando planejamentos empresariais.

Inicialmente será tratado da LGPD, em especial seu caminho legislativo, conceito, definição e características. Em seguida será o momento de ser percorrido o conteúdo da responsabilidade civil, naquilo que seja pertinente ao assunto do presente. Finalmente, a análise da LGPD e a responsabilidade civil

2. A Lei Geral de Proteção de Dados

2.1. Breves considerações históricas, nova era Big-Data e sociedade da informação

Inicialmente, para análise da legislação a ser estudada, revela-se imprescindível tecer breves considerações acerca da importância da

proteção de dados ao longo da história, considerando que, atualmente, os dados se configuram insumos essenciais para todas as atividades econômicas.

A sociedade sofreu muitas formas de organização social ao longo dos anos sendo que a cada época existiu um elemento central para seu desenvolvimento. Na sociedade agrícola, a fonte de riqueza e de impulsionamento da economia advinha da terra. “Em um segundo momento, sobreveio a criação das máquinas a vapor e das indústrias, que detiveram papel central na formação de riquezas”. (BIONI, 2020, p. 3)

Após a Segunda Guerra Mundial, no momento da sociedade pós-industrial, a prestação de serviços passou a ser a mola propulsora da economia, especialmente os setores bancários, securitários, educacional, de assistência médica e de consultoria jurídica. (MURRAY, 2010, p. 4, apud BIONI, 2020, p. 3)

Todavia, atualmente a sociedade vive uma nova forma de organização, especialmente tecnológica, onde a informação (dados) é o objeto central de economia. Nas palavras de Bruno Bioni (2020, p. 5), in verbis:

Por isso, a informação avoca um papel central e adjetivante da sociedade: sociedade da informação. A informação é o (novo) elemento estruturante que (re)organiza a sociedade, tal como o fizeram a terra, as máquinas a vapor e a eletricidade, bem como os serviços, respectivamente nas sociedades agrícola, industrial e pós-industrial. (BIONI, 2020, p. 5)

De acordo com Bauman (2013, p. 93), a tecnologia pode ser definida como atributo definidor da modernidade, in verbis:

Podemos imaginar a modernidade (que é, em última instância, um estado de modernização compulsiva, obsessiva e viciante, um codinome para tornar as coisas melhores do que são) como uma espada com a ponta permanentemente pressionada contra as realidades existentes. Podermos pensar da mesma forma sobre a tecnologia. Como a invenção, o desenvolvimento e o emprego de técnicas adequadas a essa tarefa constituem uma ferramenta importante, possivelmente a

principal da atividade prática moderna, ela pode ser vista como o atributo definidor da modernidade. (BAUMAN, 2013, p. 92/93).

Nesse contexto, surge a era do “Big-Data”, que corresponde ao momento tecnológico que a sociedade está passando atualmente. O Big Data pode ser entendido como um grande volume de dados, produzidos e lidos em alta velocidade, possuindo enorme diversidade, para posteriormente, ao serem filtrados e cruzados de forma eficiente, fornecerem riquíssimas informações.

Nos ensinamentos de Bruno Bioni (2020, pp. 34-35):

Com base na abordagem de Doug Laney, o Big Data é comumente associado a 3 (três) “Vs”: volume, velocidade e variedade. Volume e variedade, porque ele excede a capacidade das tecnologias “tradicionais” de processamento, conseguindo organizar quantidades antes inimagináveis – dos bits ao yottabytes – e em diversos formatos – e.g., textos, fotos etc. – e, tudo isso, em alta velocidade. (BIONI, 2020, pp. 34-35)

Assim, o uso acelerado dos dados e consequente desenvolvimento do modelo de negócios da economia digital foi o principal motivo para inspirar o surgimento de regulamentações de proteção de dados pessoais, a partir dos anos 1990, de forma mais consolidada e consistente. (PINHEIRO, 2020, p. 14)

Dessa forma, o principal objetivo da proteção de dados pessoais é proteger a pessoa titular dos dados, estabelecendo uma regulamentação dotada de obrigações aos responsáveis pelo tratamento destes (DONEDA, 2020, p. 39), sobretudo no estágio atual da sociedade moderna, onde a informação é o elemento nuclear para o desenvolvimento da economia (BIONI, 2020. p. 4).

2.2. Caminho legislativo para surgimento da LGPD

Pode-se dizer que a União Europeia foi pioneira no surgimento de um regulamento geral e específico sobre o tema, com a criação da General Data Protection Regulation (GDPR) em 2016, visando dispor normas sobre o regulamento geral de tratamento de dados na Europa.

O processo de globalização despertou nos europeus a necessidade de criar um instrumento de harmonização e uniformização sobre a proteção de dados na União Europeia.

No contexto nacional, a preocupação aumentou em razão do crescimento da sociedade da informação e utilização de dados, bem como após diversas situações concretas de vazamentos de dados, especialmente, o escândalo da Cambridge Analytica durante as eleições do presidente norte-americano Donald Trump.¹²⁶

Após diversos projetos de lei, foi aprovado em julho de 2018, pelo parlamento brasileiro, o Projeto de Lei da Câmara nº 53, que posteriormente foi transformado na lei nº 13.709/2018, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais.

Inspirada na regulação europeia, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, objeto deste estudo, foi sancionada pelo então presidente Michel Temer em 14 de agosto de 2018 e possui como objetivo regular o uso e tratamento de dados pessoais contra a utilização ilegal de dados realizados por qualquer pessoa.

Conforme as lições de Márcio Cots e Ricardo Oliveira (2019, cap. I), in verbis:

O objetivo da LGPD é o de “proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade natural”. O verbo “proteger” diz muito sobre a forma como o legislador enxergou o titular dos dados, ou seja, em posição desigual em relação aos responsáveis pelo tratamento de dados, ficando patente sua vulnerabilidade. (OLIVEIRA, COTS, 2019, cap. I)

Portanto, diante do crescente avanço da tecnologia utilização cada vez mais acelerada de dados, resultando no aumento da frequência de violação de dados e a necessidade de responsabilização do

¹²⁶ O jornal The New York Times, conjuntamente com o The Observer e o The Guardian, obteve acesso aos documentos de dentro da Cambridge Analytica, uma empresa de assessoria britânica que trabalhou na campanha do presidente americano, Donald Trump, que demonstram que a empresa utilizou os dados dos usuários do aplicativo Facebook para coletar informações privadas sem consentimento, objetivando a divulgação de publicidade política especialmente adaptada para auxiliar Trump na vitória das eleições contra a candidata democrata Hillary Clinton.

infrator, demonstrou-se de extrema importância a criação de legislação específica, a fim de proteger o direito à privacidade e proteção de dados pessoais.

2.3. Prorrogação do prazo de vigência em razão do Covid-19

A vigência da LGPD se dividiu em 3 (três) etapas. Primeiramente, consoante art. 65º LGPD, entrou em vigor no dia 28 de dezembro de 2018 o disposto nos artigos 55-A, 55-B, 55-C, 55-D, 55-E, 55-F, 55-G, 55-H, 55-I, 55-J, 55-K, 55-L, 58-A e 58-B, que tratam sobre a Autoridade Nacional de Proteção de dados Pessoais (ANPD), órgão fiscalizador e regulador da legislação.

Ato contínuo, sobreveio alteração acrescentada pela Lei nº 14.010/2020, quanto aos artigos que se referem às sanções administrativas, de nº 52, 53 e 54, que somente entrarão em vigor dia 1º de agosto de 2021.

Posteriormente, fundamentada no atraso causado pelos eventos provocados pela pandemia do novo Coronavírus, bem como a inexistência da Autoridade Nacional de Proteção de Dados, no dia 29 de abril de 2020, foi publicada Medida Provisória (MP) de nº 959 pelo presidente Jair Bolsonaro, que propunha a prorrogação do prazo de entrada em vigor dos demais artigos da lei para 3 de maio de 2021.

Como se sabe, os efeitos da Medida Provisória não se iniciam de imediato, podendo vigorar por até 120 (cento e vinte), até ser levada a voto no Congresso Nacional. Dessa forma, passado o prazo de vigência, a Medida Provisória (MP) nº 959 foi aprovada pelo parlamento nacional, em 27 de agosto de 2020.

Todavia, contrariando as expectativas de adiamento do prazo de vigência da LGPD, o senador Eduardo Braga (MDB-AM - Movimento Democrático Brasileiro do Estado do Amazonas) apresentou questão de ordem, fundamentada no Regimento Interno do Senado que impedia a deliberação, visto que o debate já havia acontecido em relação à Lei 14.010/2020, onde se decidiu a postergação apenas dos artigos da LGPD que previam sanções administrativas. (MALAFAIA, 2020)

Dessa forma, foi julgado prejudicado o artigo que adiava a vigência da LGPD, fazendo com que, após sanção presidencial, o texto legal entrasse em vigor em 18 de setembro de 2020.

2.4. Conceitos e terminologias trazidos pela legislação

2.4.1 Dados pessoais, dados pessoais sensíveis e dado anonimizados

A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais define dado pessoal como qualquer “informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável” (art. 5º, I). A partir dessa definição trazida pela lei, entende-se como dado pessoal uma informação que pode tanto ser direta à pessoa natural, como por exemplo, o número do Cadastro de Pessoa Física, ou também indireta, como a soma de dados ou informações que tornam a pessoa natural identificável.

Como por exemplo, o nome “Ana” dito numa sala onde existem outras 10 (dez) pessoas com o mesmo nome, a princípio, pode não parecer um dado pessoal, pois não é capaz de identificar a pessoa natural. Entretanto, o nome “Ana” somado à data de seu aniversário, por exemplo, pode se tornar um dado identificável. A combinação de vários dados em conjunto pode levar à identificação de uma pessoa natural, ou seja, o titular.

Rafael Fernandes Maciel (2019, cap. II) define dado pessoal em sua obra, *in verbis*:

Dado pessoal é toda informação que pode identificar um indivíduo ainda que não diretamente. Portanto, incluem-se na referida definição, por exemplo, os números de Internet Protocol – IP, número de identificação de funcionário dentro de uma empresa, e até mesmo características físicas. Isso em razão da presença do léxico “identificável”, que amplia a definição de dados pessoais. (MACIEL, 2019, cap. II)

Ainda na mesma obra, o autor acrescenta:

Há dados que sozinhos não podem identificar uma pessoa, porém quando agregados a outros passam a ter essa capacidade. Nessa hipótese, também devem ser considerados dados pessoais. Nomes de empresas, Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica e informações que não sejam relacionadas à pessoa natural não são dados pessoais. (MACIEL, 2019, cap. II)

No mesmo sentido, entende Daniel Almeida, como dado pessoal “toda a informação sobre a pessoa é considerada dado pessoal, tais como nome, idade, sexo, renda, entre outras. Tudo o que serve para identificar e distinguir um indivíduo é considerado dado pessoal”. (ALMEIDA, 2019, p. 62)

Por sua vez, a LGPD também traz a definição de dado pessoal sensível, como sendo todo dado sobre a origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, bem como dados referentes à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural. (BRASIL, 2018).

O objetivo do legislador em definir tais dados como sensíveis é, principalmente, evitar a discriminação do titular em razão de seus dados, submetendo estes a um regramento mais rigoroso, visto que, dependendo do contexto onde os dados sensíveis são inseridos, podem gerar riscos significativos para os direitos e liberdades fundamentais.

De acordo com Danilo Doneda, conforme citado por Silvano Flumignan e Wévertton Flumignan (2019, p. 136), “a distinção dessa categoria de dados decorre da observância pragmática da diferença que eventual divulgação desse tipo de informação merece em relação às demais, visto que tais informações revelam outros valores dignos de tutela além da privacidade.”

Além disso, a LGPD cita a definição de dados anonimizados como sendo todo “dado relativo a titular que não possa ser identificado, considerando a utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis na ocasião de seu tratamento” (BRASIL, 2018). Assim, se o titular não pode ser identificado, não se pode falar em dado pessoal.

Dessa forma, o dado, ao passar por etapas que garantem a desvinculação dele ao seu titular, se torna um dado anonimizado, de modo que as normas da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais não serão a ele aplicadas.

Frisa-se que o dado anonimizado não se confunde com o dado que passou pelo processo de pseudonimização, descrito no §4º do art. 13 da lei, como o tratamento por meio do qual um dado perde a possibilidade de associação, direta ou indireta, a um indivíduo, senão pelo uso de informação adicional mantida separadamente pelo controlador em ambiente controlado e seguro. Nesse caso, existe a possibilidade de que se descubra o titular dos dados, e, portanto, o dado pseudonimizado estará sujeito às normas da LGPD.

2.4.2 Agentes de tratamento de dados e Encarregado (DPO)

O ponto central deste estudo é a análise da responsabilidade civil dos agentes de tratamento de dados, de acordo com a LGPD. Entretanto, faz-se necessário para compreensão ampla do tema, tecer breves esclarecimentos acerca das definições trazidas pela própria lei de quem são os agentes responsáveis pelo tratamento de dados.

A Lei Geral de proteção de dados define, claramente, em seu art. 5º, incisos VI, VII e VIII, quem são os agentes de tratamento de dados, ou seja, o controlador e o operador de dados pessoais, bem como a figura do encarregado. A LGPD define o controlador como pessoa natural ou jurídica, seja de direito público ou direito privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais. Por sua vez, o operador está definido como pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador.

Embora possuam diferentes funções e características distintas, os agentes que causarem a outrem, dano patrimonial, moral, individual ou coletivo, violando a legislação de proteção de dados, são obrigados a repará-los, inclusive, de forma solidária (art. 42, §1º, I).

Cumprе ressaltar, ainda, a figura do Encarregado (Data Protection Officer – DPO), definido pela legislação como pessoa natural ou jurídica, indicada pelo controlador e operador, para atuar no canal de

comunicação entre os agentes de tratamento, o titular de dados e a Autoridade Nacional de Dados. (art. 5º, VIII)

O DPO será a pessoa responsável dentro da empresa/organização, pela supervisão do cumprimento das normas de acordo com a legislação, bem como pela orientação das partes envolvidas a respeito das boas práticas a serem adotadas para fins de adequação à lei, possuindo a função meramente consultiva.

Portanto, é recomendável que o encarregado possua comprovado conhecimento jurídico específico sobre a legislação de proteção de dados, bem como noções sobre as tecnologias que serão utilizadas e aplicadas pelo controlador.

Para melhor compreensão das atribuições dos agentes de tratamento, cabe aqui demonstrar, também, o conceito de tratamento de dados, bem como as hipóteses para tanto, definidas em lei.

2.4.3 Tratamento de dados

O tratamento de dados pode ser definido, de acordo com a LGPD, como toda operação realizada com os dados pessoais, ou seja, qualquer atividade que pode ser operada com os dados, desde a coleta, classificação até a modificação ou transferência de dados. Dispõe o art. 5º, inciso X:

Art. 5º. Para os fins desta Lei, considera-se:
X - tratamento: toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração;
(BRASIL, 2018)

Basicamente, o tratamento constitui em qualquer atividade a ser realizada com os dados pessoais, como exemplo hipotético, os dados coletados por uma construtora para elaboração de um contrato ou também o compartilhamento desses dados com outra empresa de

arquitetura. Facilita pensar que o simples acesso por um funcionário de uma empresa aos dados de um cliente configura um tratamento.

Posteriormente, em seu art. 7º, a LGPD traz dez hipóteses taxativas para o tratamento desses dados, o que significa dizer que os dados não poderão ser utilizados em qualquer circunstância, mas apenas nas hipóteses previstas em lei. Além disso, importante mencionar que as hipóteses são, também, alternativas, de modo que basta o atendimento de um dos incisos do referido artigo para autorizar a utilização.

A primeira delas, presente no art. 7º, inciso I da LGPD, diz respeito ao consentimento do titular e conforme disposição da própria lei, em seu art. 5º, XII, “consentimento é a manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada” (BRASIL, 2018).

O consentimento, para se tornar válido, deve ser livre, informado e inequívoco, fornecido por escrito ou outro meio capaz de demonstrar a vontade do titular de dados, em cláusula destacada, sem vício de consentimento, de modo que, autorizações genéricas são consideradas nulas, bem como caixas de seleção pré-marcadas, invalidando o consentimento (MACIEL, 2019).

A segunda hipótese refere-se ao cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador (art. 7º, II), reafirmando a prerrogativa legislativa do Estado em determinar novas hipóteses de tratamento, não se tratando, portanto, de uma ação discricionária do agente. Além disso, é permitida a utilização de dados pela administração pública (art. 7º, III), para tratamento e uso compartilhado de dados necessários à execução de políticas públicas.

Órgãos de pesquisas, definidos pelo art. 5º, XVIII da LGPD, podem realizar o tratamento de dados para realização de estudos, garantindo, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais. (art. 7º, IV)

Também, é permitido o tratamento de dados quando for necessário para cumprir com as obrigações estabelecidas em contrato ou de procedimentos preliminares a este, do qual seja parte o titular de dados (art. 7º, V)

A sexta hipótese, corresponde ao tratamento de dados necessário para exercício regular de direito em processo judicial, administra-

tivo ou arbitral (art. 7º, VI). Nesse sentido, entende-se que, por motivos óbvios, não existe a necessidade de consentimento para utilização de dados pessoais em processos judiciais, de modo que, legitima-se o uso não só às partes, mas também ao órgão julgador, a fim de que se promova a regular prestação jurisdicional.

Ato contínuo, o legislador cuidou em trazer as situações de vida ou morte, onde o tratamento de dados pode ser justificado mediante a constatação de proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiros (art. 7º, VII), bem como para tutela de saúde, em procedimento realizado por profissionais da área de saúde ou por entidades sanitárias (art. 7º, VIII).

De fato, o direito à vida prevalece em eventual conflito com o direito à privacidade, sendo que, “o valor da vida é de tamanha relevância que poderá ocorrer o tratamento de dados ainda que seja para proteger terceiro e não o próprio titular”. (MACIEL, 2019)

A penúltima e mais subjetiva hipótese de tratamento de dados trazida pelo art. 7º da LGPD, corresponde ao legítimo interesse do controlador ou de terceiros. Destaca-se, no ponto, que o legislador tratou, posteriormente, no art. 10, alguns critérios acerca do interesse legítimo, no entanto, a norma ainda permaneceu em aberto, a depender de futuras definições e orientações da Autoridade Nacional de Dados. (MACIEL, 2019).

Por fim, última hipótese refere-se à proteção ao crédito (art. 7º, X), quando da realização de análise de crédito, sempre em consonância com o disposto no Código de Defesa do Consumidor e da Lei do Cadastro Positivo (Lei nº 12.414/11).

2.4.4 Autoridade Nacional de Proteção de dados (ANPD)

A Lei Geral de Proteção de Dados criou um órgão da administração pública federal, responsável por ser a instituição fiscalizadora e reguladora da legislação. Dispõe a lei que a natureza jurídica da ANPD é transitória e poderá ser transformada em entidade da administração pública federal indireta pelo Poder executivo.

A ANPD poderá aplicar sanções aos agentes de tratamento de dados que agirem em desacordo com a legislação, dentre elas, mul-

ta que poderá variar entre 2% do faturamento do agente, limitado a R\$50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais) a cada infração (art. 52).

Além disso, o art. 52 da LGPD prevê outras sanções como (i) publicização da infração após devidamente apurada e confirmada sua ocorrência; (ii) bloqueio dos dados pessoais a que se refere a infração até a sua regularização; (iii) eliminação dos dados pessoais a que se refere a infração; (iv) suspensão do exercício da atividade de tratamento a que se refere a infração por até 1 (um) ano; (v) proibição total do exercício de tratamento, entre outras.

De acordo com Rodrigo Amaral (2019), in verbis:

A meu ver, as três últimas sanções, apesar de normalmente perderem audiência para as sanções financeiras, são ainda mais graves, pois podem causar abalo reputacional (às vezes não contornável) e, ainda, suspensão das atividades da empresa. Portanto, independentemente dos reiterados vetos presidenciais, pode-se dizer que as punições existentes na Lei já são rigorosas o suficiente para justificar todo o movimento de mercado em relação à adequação à LGPD que estamos presenciando. (AMARAL, 2019)

Dessa forma, percebe-se que a lei trouxe um órgão fiscalizador de nível nacional para controlar seu cumprimento, e, com isso, em casos de descumprimento, além de responder civilmente junto ao Poder Judiciário, poderá sofrer sanções administrativas, a serem aplicadas pela ANPD. Demonstra-se imprescindível, portanto, a observância das regras previstas na LGPD e regularização junto ao órgão fiscalizador.

2.5. Princípios aplicados ao tratamento de dados pessoais

Os princípios jurídicos constituem elemento indispensável para interpretação de textos legais. Trata-se de uma fonte do direito a qual se recorre nos casos de silêncio ou omissão do legislador. Nos valiosos ensinamentos de Miguel Reale (2002, p. 303):

Restringindo-nos ao aspecto lógico da questão, podemos dizer que os princípios são “verdades fundantes” de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da práxis. (REALE, 2002, p. 303)

No mesmo sentido, define Celso Antônio Bandeira de Mello (2000, p. 747/748), sobre os efeitos da inobservância dos princípios na aplicação do texto legal, in verbis:

Princípio - já averbamos alhures - é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalização do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo [...]. Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou de inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que os sustentam e alui-se toda a estrutura nelas esforçada. (grifei) (MELLO, 2000, p. 747/748)

O legislador cuidou em trazer no texto da LGPD os princípios norteadores da norma, que possuem suma importância na compre-

ensão do texto legal e para que, dessa forma, não restassem dúvidas sobre a metodologia necessária na sua aplicação.

Enumerados no art. 6º da LGPD, os princípios relativos ao tratamento de dados são a garantia de proteção dos direitos dos titulares dos dados. Todavia, conforme o disposto no referido artigo, o tratamento de dados pessoais deve observar não só os princípios, mas também a boa-fé.

A boa-fé é, nesse caso, objetiva, visto que o próprio artigo impõe uma regra de conduta correta e adequada, caracterizando um dever das partes dentro da relação jurídica. De acordo com Martins (2000, p. 73), a boa-fé objetiva caracteriza-se como a retidão e honradez dos sujeitos de direito que participam da relação jurídica, pressupondo fiel cumprimento do estabelecido.

Na leitura do disposto na LGPD, conclui-se que a boa-fé é princípio norteador da legislação e que os demais princípios complementam a compreensão e alcance da lei geral, de forma que se demonstra necessário uma breve análise sobre cada princípio individualmente, como será exposto a seguir.

2.5.1 Finalidade e adequação

O princípio da finalidade pressupõe que todo uso de dados deve possuir propósitos legítimos para sua utilização, facultando ao titular de dados a possibilidade de questionar a finalidade do uso de seu dado pessoal.

“O tratamento de dados pessoais deve ser realizado para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular”, de forma que, uma vez modificada a finalidade de tratamento, deve-se obter novo consentimento ou explicitar-se a mudança de finalidade para os titulares de dados. (MACIEL, 2019)

Previsto no inciso II do art. 6º, o princípio da adequação trata-se de uma reafirmação ao princípio da finalidade, visto que o tratamento deve ser compatível com a finalidade informada, de acordo com o contexto de tratamento. Dessa forma, não atenderá o princípio da adequação se o uso estiver em desacordo com as finalidades informadas ao titular de dados. (FLUMIGNAN, FLUMIGNAN, 2019).

2.5.2 Necessidade

O princípio da necessidade, no inciso III do art. 6º da LGPD, estipula o limite de tratamento de dados ao mínimo necessário de acordo com as finalidades de uso, respeitando a abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação à finalidade.

De acordo com Silvano Flumignan e Wévertton Flumignan (2019, p.130), o princípio assumiu dois aspectos: implicará o aumento da responsabilidade para o agente de tratamento de dados e impedirá o uso indevido e não imprescindível dos dados.

No entendimento da autora, no primeiro aspecto, o próprio agente de tratamento deverá analisar sobre o que é essencial para o negócio, visto que quanto maior o uso de dados, maior a responsabilidade do agente. Por outro lado, já no segundo aspecto, pressupõe-se a ideia de minimização do tratamento de dados, ou seja, apenas os dados imprescindíveis para a finalidade pretendida devem ser tratados.

2.5.3 Livre acesso, qualidade dos dados e transparência

Os princípios elencados nos incisos IV, V e VI do art. 6º da LGPD, correspondem às prerrogativas do titular de dados em garantir o uso devido de seus dados pessoais.

O princípio do livre acesso de dados, garante ao titular o direito de realizar consulta facilitada e gratuita acerca da forma e duração do tratamento de dados, bem como sobre a integralidade dos dados pessoais (MACIEL, 2019). Nesse sentido, o agente de tratamento deverá informar, a pedido do titular, quais as informações coletadas e o que está sendo feito com as informações, além da forma, o período, entre outras informações relevantes (FLUMIGNAN, FLUMIGNAN, 2019, p. 131).

Por sua vez, o princípio da qualidade de dados refere-se ao direito dos titulares de possuírem a exatidão, clareza, relevância e atualização dos dados de acordo com a necessidade para cumprimento da finalidade de tratamento.

Dessa forma, o agente de tratamento possui o dever de verificação e correção de todos os procedimentos e operações, além de man-

ter a atualização regular dos dados, bem como a garantia de segurança no caso concreto. (FLUMIGNAN, FLUMIGNAN, 2019, p. 131)

Por fim, o princípio da transparência novamente ratifica que as informações devem ser claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes, observadas as disposições legais.

De acordo com Márcio Pestana (2020), a ênfase da transparência deseja destacar a importância que a LGPD dispensa à fluidez de informações para o titular dos dados tratados, afinal, ele, titular, juntamente com os seus dados, constituem os elementos mais importantes de todo o processo de tratamento.

2.5.4 Segurança e prevenção

Previstos nos incisos VII e VIII do art. 6º da LGPD, os princípios da segurança e prevenção determinam a utilização de medidas técnicas e administrativas para proteção dos dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão, bem como para prevenir a ocorrência de danos.

Sabe-se que a facilidade de acesso à informação impulsionada pelo avanço das novas tecnologias, pode causar danos de grandes proporções, em razão da velocidade de propagação de informações na rede, tornando-se difícil a reparação da lesão e o retorno à situação pretérita. (FLUMIGNAN, 2018, p. 35)

Dessa forma, o processo de prevenção deve passar por uma implementação da cultura em um programa de governança em privacidade de dados que torna capaz a minimização de riscos e incidentes (MACIEL, 2019).

2.5.5 Não discriminação

De acordo com o inciso IX do art. 6º da LGPD, nenhum tratamento de dados poderá ocorrer para fins discriminatórios, ilícitos ou abusivos. O legislador trouxe regras específicas para o tratamento dos dados que frequentemente são utilizados para discriminação, confor-

me evidenciado no tópico 2.2.2 deste trabalho, os dados pessoais sensíveis.

De acordo com Sartori, conforme citado por Silvano Flumignan e Wévertton Flumignan (2019, p. 136) é de que os dados pessoais sensíveis podem ser utilizados de forma mais discriminatória, sendo um dever do legislador protegê-los não só em consonância ao direito à privacidade, mas também em relação a valores como dignidade da pessoa humana, igualdade material e a liberdade.

2.5.6 Responsabilização e prestação de contas (Accountability)

Por fim, o último princípio trazido pela LGPD em seu art. 6º, inciso X, corresponde ao princípio da responsabilização e prestação de contas, que dispõe acerca da responsabilidade do agente de tratamento em demonstrar a adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados.

De acordo com Maciel (2019), o agente de tratamentos deve cumprir com as normas, além de possuir capacidade de demonstrar a sua conformidade. É o chamado “accountability”, consubstanciado no dever de prestar contas não só ao órgão fiscalizador, como também ao público em geral, organizações profissionais e associações, empregados, parceiros comerciais, investidores, observatórios de proteção à privacidade e imprensa.

Nesse contexto, a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) ganha relevante importância, visto que, de acordo com o art. 5º, inciso XIX, é o órgão responsável por zelar, implementar e fiscalizar o cumprimento da LGPD.

Além disso, a requisição de informações, a qualquer momento, aos agentes de tratamentos de dados pessoais, bem como a fiscalização e aplicação de sanções na hipótese de tratamento realizado em desacordo com a norma prevista no art. 55-J da LGPD.

Nesse sentido, importante ressaltar o entendimento de Laura Schertel Mendes e Danilo Doneda, conforme citado por Lima (2019, p. 138), in verbis:

O capítulo de segurança da informação é um pilar fundamental da Lei e traz pelo menos três inovações importantes para o ordenamento jurídico brasileiro quanto às obrigações dos agentes de tratamento. Primeiramente, ela exige a adoção por todos que tratam dados de medidas que garantam a integridade, a confidencialidade e a disponibilidade dos dados sob tratamento. Em segundo lugar, em caso de incidente de segurança, como o vazamento de dados, surge a obrigação para o controlador de comunicar a autoridade de proteção de dados, que pode determinar, conforme o caso, a adoção de medidas para mitigar os efeitos do incidente ou a ampla divulgação para a sociedade (art. 48). Em terceiro lugar, há no referido capítulo uma obrigação que se enquadra no conceito de Privacy by Design, conforme se extrai do art. 46, § 2º: “As medidas de que trata o caput deste artigo deverão ser observadas desde a fase de concepção do produto ou do serviço até a sua execução”. (MENDES, DONEDA, 2019, p. 138).

Portanto, o agente de tratamento de dados deverá demonstrar a adoção de medidas em total consonância à norma legal, além de demonstrar o consentimento do titular para o uso de dados nos casos em que a lei exige, sob pena de responsabilização civil caso haja algum dano decorrente de sua atuação.

3. Da Responsabilidade Civil

3.1. Breves considerações acerca da responsabilidade civil

A palavra responsabilidade possui origem latina, onde era conhecida como *spondeo*, pela qual se vinculava ao devedor nos contratos verbais do direito romano. Responsabilidade exprime a ideia de restauração do equilíbrio através de uma contraprestação, de uma reparação de dano. Assim, o responsável pela violação de determinada norma, que causa consequências não desejadas decorrente de sua

conduta, pode ser compelido a restaurar o statu quo ante. (GONÇALVES, 2018)

Dessa forma, a partir do cometimento de um ato ilícito ou do inadimplemento contratual, que também se enquadra como ilícito, surge a obrigação de reparar o dano causado à vítima, objetivando o reestabelecimento da situação anterior, caso possível, ou a compensação monetária pelo dano cometido.

No aspecto formal, uma das classificações da responsabilidade civil, quanto à origem, seria contratual ou extracontratual, de modo que a codificação brasileira adotou o sistema dualista. O Código Civil Brasileiro trata, a princípio, da modalidade extracontratual (artigos 927 a 954), visto que o dispositivo inaugural menciona ato ilícito (art. 186) e ao abuso de direito (art. 187). Por sua vez, a responsabilidade contratual, decorrente do inadimplemento de obrigações, está prevista nos artigos 389 a 420. Não obstante, seja por uma ou outra fonte, a consequência da responsabilidade civil é a reparação dos danos causados.

3.2. Teorias da Responsabilidade Civil

Além desta divisão acima citada, e o que mais importa a esse texto, é a segmentação da responsabilidade civil em subjetiva e objetiva.

3.2.1 Teoria Subjetiva (Teoria da Culpa)

A teoria subjetiva parte do pressuposto de que o elemento culpa em sentido lato deve ser considerado como um dos pressupostos necessários para caracterização da responsabilidade civil. Esse conceito está bem caracterizado no art. 186 do Código Civil Brasileiro, que traz os componentes do ato ilícito, ocasionando a consequência do artigo 927 do mesmo diploma, e solenemente pode ser interpretado como a regra no Direito pátrio.

A responsabilidade civil subjetiva, exatamente pela necessidade de caracterização de mais elementos, gera uma maior dificuldade para sua implementação. Esta vulnerabilidade que afeta a vítima do

dano, fez despertar um movimento no sentido de mitigar seu rigor. A teoria objetiva foi a selecionada e que será adiante analisada.

Como se comumente se diz, não há responsabilidade civil sem danos¹²⁷, no entanto, na responsabilidade civil subjetiva, mesmo havendo estes, é imperioso a existência de comportamento culposos. Abaixo se colaciona alguns julgados comprovando o descrito acima:

Apelação cível. Ação indenizatória. Erro médico. Ausência de culpa. Prova pericial. Ação julgada improcedente. Inconformismo dos autores. Manutenção da sentença por seus fundamentos, conforme art. 252 do Regimento Interno. Segundo prova pericial, a conduta médica foi correta. Não houve prova de erro grosseiro ou má prática de medicina. Resultado morte da filha das partes que não decorreu de negligência, imperícia ou imprudência. Segundo o perito, era necessária a avaliação diagnóstica para ato cirúrgico que, se precipitado, também poderia ter resultado fatal. Autora portadora de doença rara que agravou seu quadro de saúde. Recurso desprovido. (SÃO PAULO, AC 0004309-04.2014.8.26.0025, 2021)

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. CIRURGIA PLÁSTICA NÃO ESTÉTICA. ERRO MÉDICO. NÃO COMPROVAÇÃO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. NÃO CONFIGURAÇÃO. INDENIZAÇÃO INDEVIDA. - Ao realizar uma cirurgia plástica não estética, a obrigação do médico em relação ao paciente é de meio e não de resultado, ou seja, deve o médico propiciar ao paciente o tratamento adequado conforme o grau de desenvolvimento das ciências e empregar toda a diligência necessária para a melhor solução do caso. - Se não há provas de que o médico tenha agido com imprudência, imperícia ou negligência, afastado está o dever de indenizar pretendido na exordial. (MINAS GERAIS, AC 1.0479.13.018579-2/001, 2020)

127 Salvo na hipótese da incidência de cláusula penal.

Poder-se-ia aqui adicionar outros julgados, no entanto se arrisca dizer, que se repetiriam quanto ao cerne da questão, qual seja, para que a responsabilidade civil subjetiva seja atendida, além dos outros elementos que são comuns na teoria objetiva, também é crucial a demonstração de um comportamento qualificado, qual seja, doloso, negligente, imprudente e ainda nas situações pontuais, imperícia.

As palavras acima escritas devem levar a uma reflexão de que o modelo da responsabilidade civil subjetiva é adequada e leva a segurança jurídica. O fato de a vítima dos danos ter uma maior dificuldade no recebimento dos prejuízos sofridos, por si só, não é uma parede intransponível. O injusto, muitas vezes, seria atribuir alguém o dever de reparar mesmo sem o comportamento qualificado.

3.2.2 Teoria Objetiva (Teoria do Risco)

É relevante asseverar que o Direito Francês inseriu a culpa em sentido amplo como limitador da responsabilidade civil, tendo em vista que quanto mais abrangente, menor é a liberdade.

O fato é de que em muitas situações, pela dificuldade de a vítima conseguir demonstrar a culpa do ofensor, o dano sofrido restava irreparável. Novas correntes de pensamentos foram surgindo para minimizar esta situação, como por exemplo as presunções de culpa, que acabava invertendo o ônus probatório.

A teoria objetiva surgiu pela necessidade de não se procurar um ofensor, mas sim a reparação da vítima. Assim, diferente da subjetiva, que protege o ofensor, sua propriedade, etc., a que destaca neste espaço visa proteger aquele que sofreu o prejuízo, almejando um resultado finalista ético e não uma reprovação moral. Continuando a parafrasear Nelson Rosenvald, na teoria objetiva não se responsabiliza, pois o foco não é o ofensor e sim o conteúdo, o equilíbrio.

A teoria objetiva está prevista em vários comandos normativos da legislação brasileira. O Código Civil, no parágrafo único do art. 927, dispõe que “haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”.

Também podem ser citadas normas jurídicas que prenunciam esta teoria, tais como: os artigos. 12 e 14 do Código de defesa do consumidor, Lei n. 8.078/90, o artigo 37, § 6º da Constituição Federal, artigo 14, § 1º da Lei n. 6938/81, artigos 931, 933 e 936 do Código Civil brasileiro.

De forma ampla, a incidência da teoria objetiva dispensa a existência de um comportamento qualificado pelo dolo, pela negligência ou imprudência e, desse modo, não importa se o agente praticou quaisquer destes comportamentos, é dispensável o elemento anímico na questão.

Nesse sentido, a responsabilidade é esteada na teoria do risco, ou seja, aquele que, através de sua atividade, cria um risco de dano para terceiros deve ser obrigado a repará-lo, ainda que não esteja caracterizado o elemento culpa. A situação deve ser analisada de forma objetiva, de modo que, havendo nexo de causalidade entre o comportamento do agente e o dano sofrido pela vítima, esta tem o direito de ser indenizada. (RODRIGUES, 2003).

Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald e Felipe Peixoto Braga Netto (2019, p. 604) lecionam sobre o tema, in verbis:

De acordo com a teoria objetiva, qualquer pessoa pode deliberar pela realização de uma atividade econômica. Empreender é próprio da sociedade capitalista e do instinto humano. O termo risco é oriundo do italiano *risicare*, que significa “ousar” ou “aventurar”. Pois bem, aquele que delibera por assumir o risco inerente a uma atividade deverá se responsabilizar por todos os danos dela decorrentes, independentemente da existência de culpa. Se a opção do agente é de ousar e se aventurar, necessariamente arcará com os custos relacionados à trasladação dos danos sofridos pela vítima, sem se considerar a licitude ou ilicitude da conduta. (ROSENVALD, FARIAS, BRAGA NETTO, 2019, p. 604)

Além disso, pode-se dizer que a teoria do risco possui variáveis, dentre as quais podem ser citadas: (i) a teoria do risco-proveito e (ii) do risco-criado. A primeira delas dispõe que aquele que de modo habi-

tual, organizada e profissional ou empresarial, desenvolve atividade e dela retira alguma vantagem, seja ela econômica ou não, deve responder pelos danos decorrentes de sua atividade, independentemente de culpa.

A teoria do risco-criado é mais ampla e prevê que todo aquele que desenvolve atividade de risco, deve responder pelos danos advindos da atividade, independente de culpa. Entende-se que este é o modelo adotado pela legislação brasileira como regra geral, prevista no art. 927, parágrafo único do Código Civil. Tal afirmativa se extrai dos comentários de Pereira:

Das modalidades de risco, eu me inclino pela subespécie que deu origem a teoria do risco criado. Como já mencionei (Capítulo XVIII, supra), ao elaborar o Projeto de Código de Obrigações de 1965, defini-me por ela, no que foi seguido pelo Projeto de Código Civil de 1975 (Projeto 634-B). Depois de haver o art. 929 deste Projeto enunciado o dever ressarcitório fundado no conceito subjetivo, seu parágrafo único espousa doutrina do risco criado, a dizer que, independentemente da culpa, e dos casos especificados em lei, haverá obrigação de reparar o dano “quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar por sua natureza risco para os direitos de outrem”. (PEREIRA, Caio Mário da Silva, 1995, p,284)

Desse modo, o que se leva em consideração na responsabilidade objetiva é a potencialidade de ocasionar danos, de modo que, a atividade do agente resulta, por si só, a exposição de uma atividade suscetível de causar danos a outrem.

Como o objetivo deste trabalho é discutir a reparação de danos de conformidade com a Lei geral de proteção de dados, se aplicável a teoria objetiva ou subjetiva acima descritas, não se vê necessário adentrar com especificidade mais no campo da responsabilidade civil.

4. Da Responsabilidade Civil na LGPD

4.1. Responsabilidade Civil na LGPD

O instituto da Responsabilidade Civil está elencado na LGPD nos artigos 42 ao 45, dispostos na Seção III do Capítulo VI, intitulada como “Da Responsabilidade e do Ressarcimento de Danos”.

O artigo 42, “caput”¹²⁸ da LGPD estabelece o dever de reparação em decorrência de dano patrimonial, moral, individual ou coletivo, causado pelo agente de tratamento de dados por violação à legislação de proteção de dados pessoais. Percebe-se, inicialmente, que o legislador optou por não inserir o elemento culpa como objeto de análise da responsabilidade civil, contudo, não o excluiu expressamente.

Cumprе ressaltar que o art. 42 restringe a responsabilidade civil ao controlador e operador, que podem, inclusive, responder de forma solidária de acordo com as hipóteses previstas nos incisos I e II do §1º¹²⁹ ou nos casos em que a relação jurídica entre as partes for de natureza consumerista, sendo que, nesta última, serão aplicadas as normas de responsabilidade solidária do Código de Defesa do Consumidor (CDC).

128 Art. 42. O controlador ou o operador que, em razão do exercício de atividade de tratamento de dados pessoais, causar a outrem dano patrimonial, moral, individual ou coletivo, em violação à legislação de proteção de dados pessoais, é obrigado a repará-lo.

129 § 1º A fim de assegurar a efetiva indenização ao titular dos dados:

I - o operador responde solidariamente pelos danos causados pelo tratamento quando descumprir as obrigações da legislação de proteção de dados ou quando não tiver seguido as instruções lícitas do controlador, hipótese em que o operador equipara-se ao controlador, salvo nos casos de exclusão previstos no art. 43 desta Lei;

II - os controladores que estiverem diretamente envolvidos no tratamento do qual decorreram danos ao titular dos dados respondem solidariamente, salvo nos casos de exclusão previstos no art. 43 desta Lei.

§ 2º O juiz, no processo civil, poderá inverter o ônus da prova a favor do titular dos dados quando, a seu juízo, for verossímil a alegação, houver hipossuficiência para fins de produção de prova ou quando a produção de prova pelo titular resultar-lhe excessivamente onerosa.

§ 3º As ações de reparação por danos coletivos que tenham por objeto a responsabilização nos termos do caput deste artigo podem ser exercidas coletivamente em juízo, observado o disposto na legislação pertinente.

§ 4º Aquele que reparar o dano ao titular tem direito de regresso contra os demais responsáveis, na medida de sua participação no evento danoso.

Como exemplo de operador e controlador no tratamento de dados, é o caso de uma grande empresa Varejista que contrata um “Call Center”. A empresa Varejista é a controladora dos dados enquanto o “Call Center” é o operador.

No primeiro inciso, o operador responde de forma solidária em duas situações: (i) em caso de descumprimento da legislação de proteção de dados ou (ii) se não seguir as instruções lícitas do controlador, hipótese em que o operador se equipara ao controlador. Já no segundo inciso, ocorrerá a solidariedade entre os “controladores que estiverem diretamente envolvidos no tratamento do qual decorreram os danos ao titular”, ou seja, aqueles que, de forma conjunta, praticarem atos que violem a legislação e cause danos ao titular.

Por sua vez, o art. 44¹³⁰ dispõe que “o tratamento de dados pessoais será irregular quando deixar de observar a legislação ou quando não fornecer a segurança que o titular dele pode esperar”, prevendo, ainda, em seu parágrafo único, que também responde pelos danos decorrentes da violação da segurança dos dados, o controlador ou operador que deixar de adotar as medidas de segurança previstas no art. 46 da lei.

Complementando, o art. 45 da LGPD dispõe que “as hipóteses de violação do direito do titular no âmbito das relações de consumo permanecem sujeitas às regras de responsabilidade previstas na legislação pertinente”.

Também se revela fundamental a redação do art. 46¹³¹ da LGPD, os agentes de tratamento deverão adotar medidas de segurança, téc-

130 Art. 44. O tratamento de dados pessoais será irregular quando deixar de observar a legislação ou quando não fornecer a segurança que o titular dele pode esperar, consideradas as circunstâncias relevantes, entre as quais:

I - o modo pelo qual é realizado;

II - o resultado e os riscos que razoavelmente dele se esperam;

III - as técnicas de tratamento de dados pessoais disponíveis à época em que foi realizado.

Parágrafo único. Responde pelos danos decorrentes da violação da segurança dos dados o controlador ou o operador que, ao deixar de adotar as medidas de segurança previstas no art. 46 desta Lei, der causa ao dano.

131 Art. 46. Os agentes de tratamento devem adotar medidas de segurança, técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou qualquer forma de tratamento inadequado ou ilícito.

§ 1º A autoridade nacional poderá dispor sobre padrões técnicos mínimos para tornar

nicas e administrativas visando a proteção de dados pessoais, sendo que tais normas poderão, inclusive, serem editadas pela Autoridade Nacional de Dados (ANPD).

Dessa forma, para que o tratamento de dados pessoais seja assegurado de forma eficaz e eficiente, cabe aos responsáveis a adoção de medidas de segurança técnicas adequadas e específicas para esse tipo de procedimento. Nesse sentido, o art. 32¹³² da LGPD também reitera a necessidade de adoção de medidas técnicas e organizacionais adequadas que assegurem um nível de segurança satisfatório de risco. (PECK, 2019, p. 102).

4.1.1 Excludentes de responsabilidade civil

A LGPD cuidou em trazer as hipóteses de exclusão da responsabilidade civil, previstas no art. 43¹³³ da lei.

O primeiro inciso se refere à situação em que o agente não realizou o tratamento de dados a que lhe foi atribuído, ou seja, não possui qualquer vínculo com ele. Já o segundo inciso, trata da hipótese de ausência de violação à legislação de proteção de dados. Nesse caso, o agente agiu em exercício regular de seu direito. Por fim, o terceiro inciso traz à baila a possibilidade de o agente se eximir da responsabilidade de reparar o dano causado, caso prove que este decorreu de culpa exclusiva do titular ou de terceiros.

Nota-se, portanto, que a LGPD traz expressamente a importância da boa-fé nas atividades de tratamento de dados, estabelecendo as

aplicável o disposto no caput deste artigo, considerados a natureza das informações tratadas, as características específicas do tratamento e o estado atual da tecnologia, especialmente no caso de dados pessoais sensíveis, assim como os princípios previstos no caput do art. 6º desta Lei.

§ 2º As medidas de que trata o caput deste artigo deverão ser observadas desde a fase de concepção do produto ou do serviço até a sua execução.

132 32. A autoridade nacional poderá solicitar a agentes do Poder Público a publicação de relatórios de impacto à proteção de dados pessoais e sugerir a adoção de padrões e de boas práticas para os tratamentos de dados pessoais pelo Poder Público

133 Art. 43. Os agentes de tratamento só não serão responsabilizados quando provarem:

- I - que não realizaram o tratamento de dados pessoais que lhes é atribuído;
- II - que, embora tenham realizado o tratamento de dados pessoais que lhes é atribuído, não houve violação à legislação de proteção de dados; ou
- III - que o dano é decorrente de culpa exclusiva do titular dos dados ou de terceiro.

regras e as sanções, em casos de abuso, por meio da regulamentação da responsabilidade civil.

4.2. Natureza da responsabilidade civil na LGPD

Como foi visto anteriormente, a Seção III, do Capítulo VI da LGPD trouxe, entre outras, regras sobre a responsabilidade civil que regem as relações que envolvem o tratamento de dados, bem como os incidentes de segurança. A seção é composta por apenas quatro dispositivos (arts. 42 a 45), sendo que o legislador não deixou expresso qual foi a espécie de responsabilidade adotada, se objetiva ou subjetiva, configurando esta, inclusive, uma das principais críticas à lei. (TEPE-DINO, TERRA, GUEDES, 2020)

Inaugurou-se, então, um debate doutrinário a respeito da natureza da obrigação de indenizar, se deve ser baseada no desrespeito à legislação pelo agente de tratamento (teoria subjetiva), ou se baseada no risco da atividade exercida pelas empresas e seus agentes (teoria objetiva).

4.2.1 Argumentos a favor da responsabilidade objetiva

De acordo com Danilo Doneda e Laura Mendes citados por Caitlin Mulholland (2020), a atividade de tratamento de dados configura um risco da atividade, tendo em vista que a potencialidade danosa em casos de violação de direitos. Justificam, ainda, que um dos objetivos da legislação é diminuir os riscos de dano, e, por esse motivo, o artigo 6, inciso III da LGPD descreve os princípios da “necessidade” e “prestação de contas”, por exemplo, visando limitar o tratamento de dados e concluindo que o legislador optou pelo regime da teoria objetiva em proteção à vítima.

Seguindo este raciocínio, Caitlin Mulholland (2020) afirma que o legislador ao descrever o princípio da prestação de contas, estabelece uma necessidade de transparência nos procedimentos adotados no tratamento, devendo ser considerada como um dever ativo do agente. Assim, o titular sempre deve ser comunicado de todas as medidas de segurança a serem tomadas.

Além disso, a autora fundamenta a escolha do legislador pelo regime objetivo, considerando a previsão do art. 5, inciso XVII da LGPD, que dispõe sobre o relatório de impacto, definido como “documentação do controlador que contém a descrição dos processos de tratamento de dados pessoais que podem gerar riscos às liberdades civis e aos direitos fundamentais, bem como medidas, salvaguardas e mecanismos de mitigação de risco”. Desse modo, o referido relatório se refere à possibilidade de o agente reconhecer previamente os riscos da atividade exercida e tomar as medidas para evitar qualquer dano aos respectivos titulares.

Assim, tal linha se enquadra perfeitamente na parte final do parágrafo único do art. 927 do Código Civil, qual seja “quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem”. Logo, a teoria objetiva estaria perfeitamente adequada.

Outro argumento que favorece a corrente da responsabilidade objetiva, envolve o fato de que diversos dispositivos da LGPD possuem grande semelhança com o CDC, como por exemplo, o caput do art. 43 da lei, que é bastante parecido com os artigos 12, §3º e 14, §3º da legislação consumerista, especialmente porque os três dispositivos começam com uma redação negativa (“só não serão responsáveis quando”). O mesmo ocorre com o art. 44 da LGPD e 14, §1º do CDC. A semelhança também se refere à ideia de vulnerabilidade do indivíduo lesado em relação ao controlador e operador de dados.

Vale ressaltar, também, que outros autores levantam a possibilidade de que apenas determinados tratamentos de dados representam risco da atividade e consideram que a responsabilidade objetiva deve ser aplicada somente nestes casos.

De acordo com Gisela Guedes e Rose Meireles (2019, p. 231 e ss.), o regime adotado pela LGPD é subjetivo, porém, não se exclui a possibilidade de o regime ser objetivo nos casos de tratamentos de dados sensíveis.

4.2.2 Argumentos a favor da responsabilidade subjetiva

Da mesma forma que ocorre com a responsabilidade objetiva, alguns autores entendem que a LGPD adotou o regime subjetivo. A corrente subjetivista afirma que apesar das semelhanças com o CDC, a Lei Geral de Proteção de Dados possui consideráveis diferenças que levam à conclusão que o legislador optou pela teoria subjetiva.

Um desses argumentos é a possibilidade de comprovação que não houve violação à legislação (cf. art. 43, II), permitindo o afastamento da responsabilidade civil. Isto porque, uma vez admitida a presunção de culpa do agente de tratamento, estaria afastada, portanto, a responsabilidade objetiva, na medida que esta não pressupõe a existência de um ilícito, mas apenas do nexo causal e do dano. (KONDER, LIMA, 2020).

Cumprе ressaltar, ainda, que apesar das semelhanças com o CDC, a legislação consumerista indica expressamente a responsabilização objetiva em pelo menos dois dispositivos (arts. 12 e 14), sendo que ambos se valem da expressão “independentemente de culpa”, o que não ocorre com a LGPD.

Outro forte argumento que fortalece a corrente subjetivista, é o de que não faria sentido o legislador criar uma série de deveres ao agente de tratamento de dados se não for para implantar um regime subjetivo.

No raciocínio de Aline de Miranda Terra, Gisela Sampaio da Cruz e Gustavo Tepedino (2020, cap. XV), se o objetivo do legislador é optar pelo regime objetivo, não faz sentido criar deveres a serem seguidos, considerando que na responsabilidade objetiva não cabe discutir o cumprimento de deveres, tendo em vista que esta não decorre do descumprimento de qualquer dever jurídico. E, nesse sentido, quando se discute os deveres, o que verdadeiramente se discute é se o agente agiu com culpa ou não.

Ainda de acordo com os autores, in verbis:

Além disso, a LGPD tem todo um capítulo dedicado a “segurança e boas práticas”. Trata-se do Capítulo VI, que é dividido em duas seções: (i) Seção I – Da segurança e do sigilo de dados e (ii) Seção II – Das

Boas Práticas e da Governança. Nessas seções, a LGPD criou uma série de deveres que devem ser observados pelos agentes de tratamentos de dados. O legislador estabeleceu, então, verdadeiro standard de conduta que deve ser seguido pelos agentes de tratamento de dados para evitar incidentes de segurança, chegando mesmo ao ponto de determinar, na Seção II, que os agentes poderão, no âmbito de suas competências, traçar as normas de boas práticas e governança. Também na Seção II é possível notar a preocupação do legislador com a conduta dos agentes, assim como com o cumprimento de programas, políticas internas, procedimentos, mecanismos de supervisão (internos e externos), padrões técnicos etc. (TEPEDINO, TERRA, GUEDES, 2020, cap. XV).

Os argumentos levam a conclusão de que o modelo adotado foi da responsabilidade subjetiva, visto que, não haveria motivos para o legislador impor um padrão de conduta se fosse para responsabilizar os agentes independentemente de culpa. Tal afirmação se justifica, inclusive, pela existência do próprio princípio de “prestação de contas”, visto que do ponto de vista do controlador, não faria sentido prestar as contas se, ao final, será responsabilizado da mesma forma.

Outro argumento a favor da corrente subjetivista é de que a adoção do regime objetivo representaria um empecilho ao desenvolvimento de novas tecnologias, visto que ampliaria o número de demandas ressarcíveis, inibindo o desenvolvimento. De acordo com Ana Frazão (2016), é necessário encontrar uma justa medida para que não se afastem determinadas atividades de desenvolvimento e investimento empresarial.

Alguns autores, como Tepedino et al (2020) entendem, também, que o legislador demonstrou sua vontade na adoção do regime subjetivo, visto que a versão inicial do Projeto de Lei nº 5.276 dispunha de forma expressa o regime objetivo, mas as referências foram retiradas no processo de tramitação. Como por exemplo, no artigo 35 da lei, que anteriormente previa que “o cedente e o cessionário respondem solidário e objetivamente pelo tratamento de dados, independentemente

do local onde estes se localizem, em qualquer hipótese” e, na versão final, a palavra “objetivamente” foi retirada do dispositivo.

Para Gisela Sampaio da Cruz Guedes e Rose Melo Vencelau (2019, p. 231 e ss.), a LGPD claramente adotou o regime subjetivo de responsabilidade civil, devendo existir prova da culpa do agente de tratamento na ocasião do dano, considerado a necessidade de violação à legislação, como também à excludente que a autoriza prova de culpa pelo agente (art. 43, II) ou a ausência de qualquer menção expressa à responsabilidade objetiva.

4.2.3 Um novo regime de responsabilidade: proativa

De acordo com os ensinamentos de Maria Celina Bodin de Moraes e João Quinelato de Queiroz (2019, p. 125) a LGPD adotou um novo regime de responsabilidade civil, chamado de “responsabilidade proativa”. Fundamentam sua opinião com base no art. 6º, inciso X da lei, que descreve o princípio da prestação de contas. Argumentam que a legislação de proteção de dados impõe uma conduta proativa ao agente, de acordo com o referido princípio, de “demonstrar as medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e, inclusive, da eficácia dessas medidas.”¹³⁴

Ainda de acordo com os autores, in verbis:

Até hoje, como é sabido, as empresas simplesmente cumprem o expediente fornecendo um kit de documentos (formulários de informações e consentimento, política de privacidade, documento de segurança etc.) aos quais ninguém realmente presta atenção. A partir de 2020, quando a lei entra em vigor plenamente, qualquer organização a ela sujeita deverá provar: i) que avaliou e, se necessário, redesenhou adequadamente o processamento de

134 Art. 6º As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios:

(..)

X - responsabilização e prestação de contas: demonstração, pelo agente, da adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e, inclusive, da eficácia dessas medidas.

dados pessoais; ii) que as medidas de segurança implementadas são adequadas e eficazes; iii) que aplica uma política de privacidade interna com obrigações claras, ações concretas vinculadas a cada uma e que foram designados os responsáveis pelo cumprimento; iv) que nomeou um encarregado e que exige esse mesmo cumprimento responsável de seus funcionários e na sua cadeia de terceirização. Além disso, um novo mapa de consequências foi introduzido em caso de descumprimentos: i) em questões administrativas, o montante das sanções previstas no regulamento indica a relevância que a proteção de dados pessoais adquirirá: até 50 milhões de reais ou 2% do faturamento anual global da empresa para as infrações mais graves (art. 52); ii) a criação de uma nova variedade de ações coletivas de responsabilidade civil; iii) a obrigação de comunicar à Agência e às partes interessadas os eventos de “violação de dados” ou violações da segurança, o que abrirá o caminho para novas reivindicações de indenização pelas empresas e indivíduos afetados. (MORAES, QUEIROZ, 2019, p. 125)

Portanto, o que a LGPD pretende é que as empresas analisem de forma concreta o tratamento de dados, além de exigir atitudes proativas e conscientes por parte das empresas que sejam eficazes na proteção dos dados do titular. Assim, caberá a própria empresa identificar os riscos na sua atividade e, ao mesmo tempo, criar medidas de segurança a fim de mitigá-los.

4.3. Afinal, qual o regime adotado pela LGPD?

Para se chegar a uma conclusão, necessário recapitular os institutos normativos que versam sobre responsabilidade civil na LGPD. O art. 42 é expresso ao dizer os elementos para responsabilização do agente, quais sejam, (i) a realização de um tratamento de dados; (ii) a violação da LGPD; (iii) o nexo de causalidade entre a conduta e o dano; (iv) o dano em si. Por sua vez, o art. 43 define as excludentes de responsabilidade dispondo que o agente não responderá quando: (i) o trata-

mento não for realizado; (ii) a inexistência de ato ilícito; ou que (iii) o dano decorre de culpa exclusiva de terceiros ou do próprio titular.

Além disso, o art. 44 define que o tratamento de dados será irregular quando deixar de observar a legislação ou não fornecer a segurança esperada pelo titular, ou seja, dispõe um dever geral de segurança imposto ao agente. Soma-se, ainda, o fato de que o art. 46 dispõe que os agentes de tratamento devem adotar medidas de segurança, técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais.

Mantendo a coerência sistemática, o regime que mais parece se aproximar ao adotado pela lei é o subjetivo, visto que nos próprios artigos 44 e 46, é possível identificar uma menção indireta à culpa. Isto porque, se o agente demonstrar que seguiu todas as medidas de segurança e observou a legislação, ainda que tenha gerado o dano, poderá se eximir da responsabilidade com base no art. 43, inciso II.

Pode-se dizer que o legislador sugeriu a adoção de um sistema de culpa presumida ao empregar a redação com conotação negativa no caput do art. 43 (“só não será responsável quando”). Semelhante a este diploma, destaca-se o art. 493, “2” do Código Civil Português e o art. 2.050 do Código Civil Italiano, onde o legislador também se valeu da presunção de culpa. (TEPEDINO, TERRA, GUEDES, 2020).

De acordo com o artigo 493, “2” do Código Civil Português, “quem causar danos a outrem no exercício de uma actividade, perigosa por sua própria natureza ou pela natureza dos meios utilizados, é obrigado a repará-los, excepto se mostrar que empregou todas as providências exigidas pelas circunstâncias com o fim de os prevenir”. Semelhantemente, o art. 2.050 do Código Civil Italiano dispõe que “qualquer um que cause danos a outros no desenvolvimento de uma actividade perigosa, por sua natureza ou pela natureza dos meios utilizados, é obrigado ao ressarcimento se não provar ter adotado todas as medidas idôneas a evitar o dano”. (TEPEDINO, TERRA, GUEDES, 2020)

A similitude das legislações é evidente considerando que, assim como na LGPD, de acordo com o Código português, se o agente demonstrar que “empregou todas as providências exigidas”, se exime da responsabilidade. Já no Código italiano, não será responsabilizado quem demonstrar que “adotou todas as medidas idôneas a evitar o dano”.

Nota-se que não existe uma cláusula geral de risco, mas sim um sistema intermediário de presunção relativa de culpa, visto que o agente de tratamento de dados poderá se eximir da responsabilidade de indenizar o dano, caso comprove que observou a legislação e adotou medidas de segurança para mitigar o risco da atividade exercida.

Por fim, vale ressaltar ainda, que embora muito se discuta sobre as semelhanças entre a LGPD e o CDC, a própria legislação de proteção de dados prevê expressamente, no art. 45¹³⁵, a aplicação do regime objetivo previsto no diploma consumerista nos casos em que a violação do direito do titular se dê no âmbito das relações de consumo, ou seja, sempre que existir disparidade/hipossuficiência entre as partes, o regime adotado será objetivo de acordo com as disposições do CDC.

Portanto, não faz sentido que o legislador faça menção ao CDC se tivesse adotado o regime objetivo de responsabilidade, isto porque, o regime da LGPD seria, inclusive, mais rigoroso do que o da própria legislação consumerista, que exige ao menos a existência de um defeito para configuração da responsabilidade. (TEPEDINO, TERRA, GUEDES, 2020)

5. Considerações Finais

O problema central trazido na introdução deste trabalho era como seria realizada a responsabilização civil do agente de tratamento de dados de acordo com a LGPD e qual o regime de responsabilização adotado pelo legislador, se subjetivo ou objetivo.

Conforme demonstrado nos capítulos anteriores, existem fortes argumentos para adoção de ambos os regimes, sendo que, aplicando-se uma interpretação sistemática da legislação, ficou caracterizado um dubio regime de responsabilização civil. Isto porque a adoção de cada regime dependerá da natureza da relação jurídica entre o titular e agente de tratamento de dados, eis que, tratando-se de relação de consumo, o regime a ser utilizado será objetivo amparado nos termos do Código de Defesa do Consumidor.

135 Art. 45. As hipóteses de violação do direito do titular no âmbito das relações de consumo permanecem sujeitas às regras de responsabilidade previstas na legislação pertinente

Todavia, não se tratando de relação de consumo, bem como as hipóteses de responsabilização objetiva obrigatória como é o caso da Administração Pública, o regime a ser adotado será subjetivo, mas dependendo de uma conduta proativa do agente. Extraí-se da leitura dos artigos 42 a 44 que a culpa do agente de tratamento será presumida, podendo, contudo, se eximir da responsabilidade de indenizar caso demonstre que seguiu todas as regras e deveres impostos na legislação, ou então que o caso se enquadra em uma das hipóteses de exclusão da responsabilidade civil dispostas no art. 43 da LGPD. Dessa forma, se o agente demonstrar que não agiu com culpa na provocação do dano, não será responsável por indenizá-lo.

Levando em consideração o que foi estudado, pode-se concluir que a Lei Geral de Proteção de Dados utiliza-se de dois regimes de responsabilidade civil, a depender da natureza da relação jurídica entre as partes. Tratando-se de relação consumerista, aplica-se o regime objetivo, caso contrário, o regime será subjetivo.

Contudo, deve-se concluir, também, que a ausência de delimitação de forma clara de qual regime será adotado é uma lacuna na Lei Geral de Proteção de Dados que, na prática, pode abrir um caminho de insegurança jurídica ao ordenamento, eis que, salvo nos casos de relação de consumo, juízes e desembargadores poderão se amparar em ambas posições para fundamentar suas decisões. Como por exemplo, o titular ingressa com uma ação indenizatória contra determinada empresa, em razão de um vazamento de dados após um ataque hacker. Caso a relação não ensejar de forma obrigatória a adoção do regime objetivo, a empresa poderá fundamentar sua defesa com base na ausência de violação à legislação de proteção ou culpa exclusiva de um terceiro (art. 43, II e III), e, nesse caso, poderá se eximir da responsabilidade de indenizar, amparada na teoria subjetiva. Por outro lado, o julgador pode entender que, tratando-se de atividade de risco exercida pela empresa, esta possuía o dever de adotar “medidas de segurança, técnicas e administrativas aptas para proteger os dados pessoais de acessos não autorizados” (art. 46), e, portanto, aplicar a teoria objetiva de responsabilização.

Ou seja, nesse ponto pode-se considerar que muitas pessoas ficarão a cargo da interpretação de um mesmo fato jurídico por meio

de dois regimes distintos de responsabilização civil, podendo surgir diferentes decisões e entendimentos. Nesse sentido, parece que o caminho mais seguro para os agentes de tratamento que se adequem à LGPD e adotem medidas de segurança, investindo em tecnologias protetivas, a fim de mitigar eventuais danos aos titulares dos dados.

Conclui-se, portanto, que a LGPD, como toda norma inédita no ordenamento, demandará questionamentos no que diz respeito à sua aplicação prática que só o tempo será capaz de responder, através do auxílio de posicionamentos acadêmicos e doutrinários, bem como a manifestação do Poder Judiciário. Analisar a legislação de proteção de dados é essencial para aprimorar o desenvolvimento tecnológico para definir novas estratégias de mitigação de dados e proteção dos dados pessoais.

6. Referências

ALMEIDA, Daniel Evangelista Vasconcelos. Shadow profiles e a Privacidade na Internet: a coleta de dados pessoais de usuários e não usuários das redes sociais. Porto Alegre: Editora Fi, 2019, p. 62. Disponível em: <<https://www.editorafi.org/541daniel>> Acesso em 06 nov de 2020.

ALVIM, Agostino apud CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 13ªed. São Paulo: Atlas, 2019. Edição Kindle.

AMARAL, Rodrigo. Como ficou o texto final da LGPD? Amaral & Monteiro. Disponível em: <<http://amaralmonteiro.com.br/como-ficou-o-texto-final-da-lgpd/>>. Acesso em: 23 Nov. 2020.

BAUMAN, Zygmunt. Vigilância líquida. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

BIONI, Bruno Ricardo. Proteção de Dados Pessoais: a função e os limites do consentimento. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

BODIN DE MORAES, Maria Celina; QUEIROZ, João Quinelato de. Autodeterminação informativa e responsabilização proativa: novos instrumentos de tutela da pessoa humana na LGPD. In: Cadernos Adenauer - Proteção de dados pessoais: privacidade versus avanço tecnológico. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2019, p. 125-127.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 21 nov. 2020.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, 10 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406c.htm. Acesso em: 21 nov. 2020.

BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, 14 ago. 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709compilado.htm. Acesso em: 21 nov. 2020.

BRASIL. Lei nº 14.010, de 10 de junho de 2020. Dispõe sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do coronavírus (Covid-19). Brasília, 10 jun. 2020. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14010.htm#:~:text=1%C2%BA%20Esta%20Lei%20institui%20normas,coronav%C3%ADrus%20\(Covid%2D19\).&text=207%20da%20Lei%20n%C2%BA%2010.406,de%202002%20\(C%C3%B3digo%20Civil\)](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14010.htm#:~:text=1%C2%BA%20Esta%20Lei%20institui%20normas,coronav%C3%ADrus%20(Covid%2D19).&text=207%20da%20Lei%20n%C2%BA%2010.406,de%202002%20(C%C3%B3digo%20Civil)). Acesso em: 21 nov. 2020.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, 11 set. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em: 21 nov. 2020.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. 13ªed. São Paulo: Atlas, 2019. Edição Kindle.

COTS, Márcio; OLIVEIRA, Ricardo. Lei geral de proteção de dados pessoais comentada. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. Edição Kindle. Posição 1099 de 1137.

DE FARIAS, Christiano Chaves; ROSENVALD, Nelson; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto. Novo tratado de responsabilidade civil. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019. Edição Kindle.

DONEDA, Danilo. Da privacidade à proteção de dados pessoais. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 39

FLENDER, Samuel. Data is not the new oil. 2019. Medium. Disponível em: <<https://towardsdatascience.com/da>

ta-is-not-the-new-oil-bdb31f61bc2d#:~:text=%E2%80%9CData%20is%20the%20new%20oil>. Acesso em: 22 Nov. 2020.

FLUMIGNAN, Silvano José Gomes; FLUMIGNAN, Wévertton José Gomes. Princípios que Reguem o Tratamento de Dados no Brasil. In LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (Coord.). Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados: lei n. 13.709/2018, com alteração da lei n. 13.853/2019. São Paulo: Almedina, 2020. Edição Kindle.

FLUMIGNAN, Wévertton G. G. Responsabilidade civil dos provedores no Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/14). Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2018, p.35.

FRANÇA, Rubens Limongi apud TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil: volume único/ Flávio Tartuce. 9. Ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

FRAZÃO, Ana. Risco da empresa e o caso fortuito externo. *Civilistica.com*, Rio de Janeiro, ano5, n. 1, 2016. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2016/07/Fraz%C3%A3o-civilistica.com-a.5.n.1.2016.pdf>. Acesso em: 5 nov. 2020)

GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade civil. Vol. 4. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, posição 378. Edição Kindle.

GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; MEIRELES, Rose Melo Vencelau. Término do tratamento de dados. In: G. Tepedino; A. Frazão; M. Donato Oliva. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais. São Paulo: Editora RT, 2019, p. 231 e ss.

KONDER, Carlos Nelson; LIMA, Marco Antônio de Almeida. Responsabilidade civil dos advogados no tratamento de dados à luz da lei nº 13.709/2018. In: EHRHARDT JR., Marcos; CATALAN, Marcos; MALHEIROS, Pablo (Coord.). Direito Civil e Tecnologia. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

MACIEL, Rafael Fernandes. Manual Prático sobre a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei nº 13.709/18). 1. ed. Goiânia: RM Digital Education. 2019, posição 518, 528, 554, 641, 727, 740 de 3284. Edição Kindle.

MALAFIA, Renato. E o Brasil aprovou uma lei que parece estar vigente e não vigente ao mesmo tempo. Consultor Jurídico. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-ago-30/renato-malafia-erwin-schrodinger-lgpd>>. Acesso em: 21 Nov. 2020.

MARTINS, Flávio Alves. Boa-fé e sua formalização no direito das obrigações Brasileiro. 2. ed. Lumen Júris, 2000, p. 73.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 12^a ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 747/748.

MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo apud FLUMIGNAN, Silvano José Gomes; FLUMIGNAN, Wévertton José Gomes. Princípios que Reguem o Tratamento de Dados no Brasil. In LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (Coord.). Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados: lei n. 13.709/2018, com alteração da lei n. 13.853/2019. São Paulo: Almeida, 2020. Edição Kindle.

MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo apud FLUMIGNAN, Silvano José Gomes; FLUMIGNAN, Wévertton José Gomes. Princípios que Reguem o Tratamento de Dados no Brasil. In LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (Coord.). Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados: lei n. 13.709/2018, com alteração da lei n. 13.853/2019. São Paulo: Almeida, 2020. Edição Kindle.

MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça. AC 1.0479.13.018579-2/001. Relator Des. Luiz Artur Hilário. Belo Horizonte, 29 jul. 2020. Disponível em: Acesso em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=7&totalinhas=2263&paginaNumero=7&linhasPorPagina=1&palavras=%2522erro%20m%E9dico%2522&pesquisarPor=ementa&orderByData=2&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%Eancias%20cadastradas...&pesquisaalavras=Pesquisar&> 28 jan. 2021.

MULHOLLAND, Caitlin. A LGPD e o fundamento da responsabilidade civil dos agentes de tratamento de dados pessoais: culpa ou risco? - Migalhas. migalhas.uol.com.br. Disponível em: <<https://migalhas.uol.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/329909/a-lgpd-e-o-fundamento-da-responsabilidade-civil-dos-agentes-de-tratamento-de-dados-pessoais--culpa-ou-risco>>.

MURRAY, Andrew. Information, Technology Law. New York. In BIONI, Bruno Ricardo. Proteção de Dados Pessoais: a função e os limites do consentimento. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

NORONHA, Fernando. Direito das Obrigações, p.432 apud DE FARIAS, Cristiano Chaves; NETTO, Felipe Peixoto Braga; ROSENVALD,

Nelson. Novo tratado de responsabilidade civil. São Paulo: Atlas, 2019. Edição Kindle.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Responsabilidade Civil: de acordo com a Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

PEREIRA, Caio Mário da Silva apud TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil: volume único. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

PINHEIRO, Patricia Peck. Proteção de dados pessoais: comentários à Lei n 13.709/2018. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. Edição Kindle.

REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 303.

RIZZARDO, Arnaldo. Responsabilidade Civil. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. Edição Kindle.

RODRIGUES, Alessandro Carlo Meliso. Noções Introdutórias: Conceito de Responsabilidade Civil. In: PUCCINELLI JR., André (Coord.). Manual de Direito Civil. São Paulo: Saraiva, 2015.

RODRIGUES, Silvio. Direito civil: responsabilidade civil. Volume 4. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 11.

SÃO PAULO, Tribunal de Justiça. AC 0004309-04.2014.8.26.0025. Relator Des. Silvério da Silva. São Paulo, 26 jan. 2021. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=14301193&cd-Foro=0> Acesso em: 28 jan. 2021.

SARTORI, Ellen Carina Mattias apud FLUMIGNAN, Silvano José Gomes; FLUMIGNAN, Wévertton José Gomes. Princípios que Reguem o Tratamento de Dados no Brasil. In LIMA, Cíntia Rosa Pereira de (Coord.). Comentários à Lei Geral de Proteção de Dados: lei n. 13.709/2018, com alteração da lei n. 13.853/2019. São Paulo: Almedina, 2020. Edição Kindle.

SAVIGNY, Friedrich Carl von apud GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade civil. Vol. 4. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, posição 378. Edição Kindle.

STOCCO, Rui. Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil: volume único. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. Fundamentos do direito civil: responsabilidade civil. Vol. 4. Rio de Janeiro: Forense, 2020. Edição Kindle.

BOA-FÉ OBJETIVA: APLICAÇÃO A CONTRATOS COM CLÁUSULA DE VENCIMENTO ANTECIPADO E GARANTIA DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA

Dalvânia Silva Alves¹³⁶

RESUMO:

Negócios jurídicos que versam sobre obrigações a serem cumpridas de forma sucessiva podem conter cláusulas de vencimento antecipado. Podem, ainda, conter cláusula de garantia de alienação fiduciária. Busca-se, com este trabalho, após o estudo do entendimento doutrinário sobre o tema, verificar como o Poder Judiciário mineiro vem aplicando o princípio da boa-fé objetiva a negócios jurídicos com referidas cláusulas.

Palavras chave: Deveres laterais; Supressio; Comportamento contraditório.

1. Introdução

Conhecer o que é o negócio jurídico, estudado na parte geral do Código Civil Brasileiro, é vital para o estudo de questões pontuais das relações jurídicas. Isso porque por meio dos negócios jurídicos são realizados inúmeros atos da vida civil como contratos, casamentos e testamentos. Sendo assim, necessário entender o que são negócios jurídicos e quais os princípios a eles aplicáveis.

Com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, a boa-fé objetiva passa a ser princípio de observância obrigatória nos negócios jurídicos, desde as tratativas iniciais até a sua conclusão e, havendo dúvidas sobre quaisquer questões do negócio, sua interpretação deve ser feita de acordo com referido princípio.

¹³⁶ Advogada, graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas), aluna do curso de Pós-Graduação em Direito Civil Aplicado do Instituto de Educação Continuada (IEC) da PUC Minas, Praça da liberdade, endereço de e-mail: dalvaniasilva@yahoo.com.br.

O presente estudo tem por objetivo verificar como se dá a aplicação do princípio da boa-fé objetiva a negócios jurídicos firmados com cláusula de vencimento antecipado e garantia de alienação fiduciária, notadamente em razão da inércia do credor no exercício dos direitos constantes destas cláusulas.

2. Negócios Jurídicos e a Boa fé Objetiva

Negócios jurídicos são atos decorrentes de declaração de vontade, destinados à produção de efeitos protegidos pelo ordenamento jurídico, tais como aquisição, modificação ou extinção de direitos.

Para Tartuze (2019), negócio jurídico é “Ato jurídico em que há uma composição de interesses das partes com uma finalidade específica. A expressão tem origem na construção da negação do ócio ou descanso (neg + otium), ou seja, na ideia de movimento”.

Amaral (apud GONÇALVES, 2018, p.341) destaca:

Por negócio jurídico deve-se entender a declaração de vontade privada destinada a produzir efeitos que o agente pretende e o direito reconhece. Tais efeitos são a constituição, modificação ou extinção de relações jurídicas, de modo vinculante, obrigatório para as partes intervenientes. Acrescenta o culto civilista: De qualquer modo, o negócio jurídico é o meio de realização da autonomia privada, e o contrato é o seu símbolo.

Com o advento do Código Civil de 2002, a autonomia privada, que até então regia as relações de direito privado, passou a ser limitada, em razão de princípios como o da Boa-fé objetiva.

O artigo 422 do Código Civil (BRASIL, 2002) assim dispõe:

Art. 422 - Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

Sobre a limitação da autonomia privada, Farias, Netto e Rosenthal (2018, p. 508) esclarecem que “se no passado havia uma hiper-

trofia da autonomia da vontade, um respeito quase absoluto à palavra voluntariamente dada, traduzida no dogma ‘o contrato faz lei entre as partes’, atualmente a tendência é temperar, flexibilizar essa rigidez.”

Assim, em razão do princípio da boa-fé objetiva, os negócios passam a ser vistos sob a ótica da eticidade e lealdade. Esta eticidade e lealdade devem ser observadas pelos contratantes, conforme previsão do art. 422 do Código Civil (BRASIL, 2002), em todas as fases do negócio, desde as negociações preliminares até o cumprimento final da prestação ajustada.

Amaral (apud GONÇALVES, 2018, p. 341) acrescenta que:

[...] o exercício da autonomia privada “deve limitar-se, de modo geral, pela ordem pública e pelos bons costumes e, em particular, pela utilidade que possa ter na consecução dos interesses gerais da comunidade, com vistas ao desenvolvimento econômico e ao seu bem-estar social. O que se pretende, enfim, é a realização da justiça social, sem prejuízo da liberdade da pessoa humana”.

Nessa linha de entendimento dispõe o art. 113 do Código Civil (BRASIL, 2002) que “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.

Assim, havendo dúvida sobre o negócio jurídico, o intérprete deve buscar dirimir a questão sob a ótica da boa-fé objetiva, notadamente pelos vieses da lealdade e da eticidade.

A boa-fé objetiva, segundo Farias, Netto e Rosenvald (2018, p. 1047) é a “confiança adjetivada”, um princípio que:

[...] compreende um modelo de eticização de conduta social, verdadeiro standard jurídico ou regra de comportamento, caracterizado por uma atuação de acordo com determinados padrões sociais de lisura, honestidade e correção, de modo a não frustrar a legítima confiança da outra parte.

Deste modo, pode-se dizer que a boa-fé objetiva é uma cláusula geral, apta a impor parâmetros de conduta para as relações sociais.

Esta imposição de parâmetros de conduta ocorre, principalmente, através da criação de direitos e obrigações anexas ao objeto principal do negócio jurídico, voltadas a alcançar a mútua e leal cooperação entre as partes.

Tartuce (2019), discorre sobre as obrigações anexas ao objeto principal do negócio jurídico nos seguintes termos:

[...] a boa-fé objetiva, conceituada como exigência de conduta leal dos contratantes, está relacionada com os deveres anexas ou laterais de conduta, que são ínsitos a qualquer negócio jurídico, não havendo sequer a necessidade de previsão no instrumento negocial. São considerados deveres anexas, entre outros:

- Dever de cuidado em relação à outra parte negocial;
- Dever de respeito;
- Dever de informar a outra parte sobre o conteúdo do negócio;
- Dever de agir conforme a confiança depositada;
- Dever de lealdade e probidade;
- Dever de colaboração ou cooperação;
- Dever de agir com honestidade;
- Dever de agir conforme a razoabilidade, a equidade e a boa razão.

O Código Civil (BRASIL, 2002) traz funções da boa-fé objetiva em três dispositivos distintos:

A primeira função, presente no art. 113 do código civil (BRASIL, 2002), é a função interpretativa. De acordo com ela, os negócios jurídicos deverão ser interpretados segundo a boa-fé objetiva. Nesse sentido, o aplicador do direito deve interpretar o negócio de maneira mais favorável àquele que atue em observância à boa-fé.

A segunda função da boa-fé objetiva prevista no código civil (BRASIL, 2002) é a função integrativa. Nos termos do artigo 422, as partes devem guardar, na conclusão do contrato e em sua execução, os princípios da probidade e da boa-fé objetiva. Ou seja, a boa-fé deve ser observada em todas as fases negociais. Nesta função percebe-se que são criados, para as partes, deveres anexas à prestação principal

do negócio, tais como o dever de informação, o dever de segurança, o dever de colaboração e o dever de lealdade.

A terceira função da boa-fé objetiva é a função de controle, prevista no artigo 187 do código civil (BRASIL, 2002). Referido artigo prevê que aquele que contraria a boa-fé objetiva comete abuso de direito. Por meio desta função, tem-se a restrição do exercício de direitos pelas partes, em respeito à lealdade e confiança que deve imperar entre elas.

Na função de controle da boa-fé objetiva, há uma aplicação da boa-fé em seu sentido negativo ou proibitivo: passam a ser vedados comportamentos que não se coadunem com a boa-fé.

O objeto central deste estudo é justamente a análise da aplicação da boa-fé objetiva em seu sentido proibitivo, ou seja, a aplicabilidade da vedação de comportamentos que violam o princípio da boa-fé.

2. A boa-fé objetiva e a violação aos deveres anexos de comportamento

Conforme já explanado, o Código Civil (BRASIL, 2002) trouxe, entre seus dispositivos, a previsão de integração de deveres para as partes (art.422) e a limitação do exercício de direitos (art. 187), com base na aplicação da boa-fé objetiva.

Assim, a obrigação contraída por meio do negócio jurídico não mais se esgota apenas com o cumprimento da prestação principal por parte do devedor. Há de se analisar a relação jurídica como uma totalidade, onde credor e devedor colaboram entre si, por meio de uma relação de lealdade e confiança, em busca do adimplemento do negócio.

Dessa forma o negócio somente terá sua perfeita conclusão se, além de cumprir a prestação principal, as partes observarem os deveres anexos de conduta, tais como os deveres de lealdade e confiança.

Sobre o tema, Martins-Costa (2018, p. 254) afirma:

Há um dever de coerência consistente em manter-se a palavra dada ou o comportamento manifestado, agindo segundo os fins do contrato, e corresponder à expectativa legitimamente criada pelos próprios atos, assim impedindo surpresas desleais, visto que a con-

tradição, a instabilidade comportamental, a inconstância afetam um vínculo que o Ordenamento jurídico pretende dotar de estabilidade.

Assim, o comportamento desleal, que comprometa a utilidade procurada no negócio e frustre legítimas expectativas criadas nas partes contratantes, sob a ótica da boa-fé objetiva, deve ser vedado, pois poderá configurar abuso de direito.

Farias, Netto e Rosendal (2018, p. 1054) afirmam que para a constatação do abuso de direito, se faz necessária a análise pela ótica da boa-fé objetiva. Isso porque o ato não será necessariamente praticado com o intuito de causar dano, bastando que haja uma violação ao dever de agir conforme os padrões de lealdade e confiança para restar configurado o abuso.

Contudo, conforme ressalta Martins-Costa (2018, p. 256), a confiança protegida deve ser “racionalmente apreensível, não restando encapsulada no que a mente humana pode produzir ou desejar”. Isso quer dizer que a boa-fé objetiva não tutela simples expectativas, mas a confiança que gera na parte contrária investimento no sentido de que o comportamento será mantido, de que não haverá deslealdade.

Farias, Netto e Rosendal (2018) citam em sua obra algumas categorias de exercícios abusivos de Direito, são elas:

- Desleal exercício de direitos - Adimplemento substancial;
- Desleal não exercício de direitos - Venire contra factum proprium; Supressio e surrectio;
- Desleal constituição de direitos - Tu quoque;
- Dever de mitigar o próprio prejuízo.

Destacam-se, no presente estudo, as violações à boa-fé objetiva em virtude da quebra de confiança pelo desleal não exercício de direitos. São situações em que o credor adota comportamento no sentido de não exercer direitos, gerando no devedor uma confiança justificada de que o comportamento será mantido, mas posteriormente, em atitude contraditória, o credor exerce os direitos, quebrando a confiança anteriormente criada.

3. *Supressio e Surrectio*

A *supressio* é conceituada por Farias, Netto e Rosenvald (2018, p.1055) como “a situação do direito que deixou de ser exercitado em determinada circunstância e não mais possa sê-lo por, de outra forma, contrariar a boa-fé.”

A *supressio* constitui desaparecimento de direitos subjetivos que não foram exercidos por um certo período por seu titular. Para que ocorra a *supressio* é necessário que a inércia no exercício do direito tenha causado à parte contrária um benefício e a confiança de que aquele direito não seria mais exercido.

A *supressio*, neste sentido, é tutela da confiança do devedor que, diante da inércia no exercício do direito pelo credor, acredita que ele não mais o exercerá.

Em contrapartida, a *surrectio* representa o surgimento de um direito em favor do devedor, que não fora convencionado entre as partes, em virtude da sua prática reiterada. Neste sentido, diante do exercício reiterado, pelo devedor, de um determinado direito, não originalmente pactuado, não pode o credor, sob pena de violar a confiança estabelecida, alegar que não pactuou este direito.

Para Tartuce (2019):

Ao mesmo tempo em que o credor perde um direito por essa supressão, surge um direito a favor do devedor, por meio da *surrectio* (*Erwirkung*), direito este que não existia juridicamente até então, mas que decorre da efetividade social, de acordo com os costumes. Em outras palavras, enquanto a *supressio* constitui a perda de um direito ou de uma posição jurídica pelo seu não exercício no tempo; a *surrectio* é o surgimento de um direito diante de práticas, usos e costumes.

3.1. *Venire contra factum proprium*

A expressão *venire contra factum proprium*, de acordo com Farias, Netto e Rosenvald (2018, p. 1055), “traduz o exercício de uma po-

sição jurídica em contradição com o comportamento anteriormente assumido pelo titular do direito.”

Assim como a *supressio* e a *surrectio*, o *venire contra factum proprium* (também conhecido pela expressão: proibição de comportamento contraditório) tutela a confiança criada entre as partes ao proibir que a parte exerça um direito próprio, contrariando um comportamento anterior por ela adotado.

É dizer, a aplicação do *venire* consiste na proibição de que uma conduta subsequente se coloque em contradição a um determinado comportamento prévio, frustrando as legítimas expectativas criadas na parte contrária.

O objetivo da proibição do comportamento contraditório é manter a coerência no comportamento das partes e evitar que a incoerência nos atos próprios viole expectativas despertadas na parte contrária e, assim, lhe cause prejuízos.

Busca-se, então, que as partes adotem um comportamento estável e coerente, de modo a garantir a lealdade e a confiança gerada entre elas.

Neste sentido pode-se dizer, ainda, que a proibição do comportamento contraditório visa proteger a confiança despertada na outra parte, confiança de que o comportamento inicial seria mantido, que não haveria mudança na atitude.

3.2. Do vencimento antecipado e da alienação fiduciária

Sabe-se que é possível às partes, ao celebrar negócios jurídicos, pactuar que o cumprimento da obrigação ocorrerá por meio de prestações sucessivas.

A lei autoriza, em determinados casos, que prestações ajustadas para pagamento sucessivo vençam antecipadamente. Em outras palavras, a lei autoriza que o credor exija do devedor a dívida por inteiro, antes da data do vencimento final pactuado, desde que cumpridos determinados requisitos.

Essa previsão de vencimento antecipado da dívida está presente no Código Civil (BRASIL, 2002), no artigo 333: “Ao credor assistirá o

direito de cobrar a dívida antes de vencido o prazo estipulado no contrato ou marcado neste Código”.

Ao tratar de penhor, hipoteca e anticrese, o Código Civil (BRASIL, 2002) traz outras possibilidades de exigibilidade antecipada da obrigação:

Art. 1.425. A dívida considera-se vencida:

I - se, deteriorando-se, ou depreciando-se o bem dado em segurança, desfaltar a garantia, e o devedor, intimado, não a reforçar ou substituir;

II - se o devedor cair em insolvência ou falir;

III - se as prestações não forem pontualmente pagas, toda vez que deste modo se achar estipulado o pagamento. Neste caso, o recebimento posterior da prestação atrasada importa renúncia do credor ao seu direito de execução imediata;

IV - se perecer o bem dado em garantia, e não for substituído;

V - se se desapropriar o bem dado em garantia, hipótese na qual se depositará a parte do preço que for necessária para o pagamento integral do credor.

O Decreto-lei 911, de 1º de outubro de 1969 (BRASIL, 1969), regulamenta o processo sobre negócios jurídicos que contenham cláusula de alienação fiduciária.

Alienação fiduciária nada mais é que uma modalidade de garantia do adimplemento da obrigação pelo devedor, por meio da qual ele transmite a propriedade um bem ao credor, ficando na posse direta dele; se cumprir sua obrigação, o bem retornará à sua propriedade; se não cumprir a obrigação, o credor poderá retirar o bem da posse do devedor e utilizá-lo para satisfação da obrigação principal.

Conforme previsão do parágrafo terceiro do artigo segundo do Decreto-lei 911 (BRASIL, 1969), há a possibilidade de vencimento antecipado das prestações garantidas por alienação fiduciária:

Art. 2º - No caso de inadimplemento ou mora nas obrigações contratuais garantidas mediante alienação fiduciária, o proprietário fiduciário ou credor poderá vender a coisa a terceiros, independente-

mente de leilão, hasta pública, avaliação prévia ou qualquer outra medida judicial ou extrajudicial, salvo disposição expressa em contrário prevista no contrato, devendo aplicar o preço da venda no pagamento de seu crédito e das despesas decorrentes e entregar ao devedor o saldo apurado, se houver, com a devida prestação de contas.

[...]

§3º -A mora e o inadimplemento de obrigações contratuais garantidas por alienação fiduciária, ou a ocorrência legal ou convencional de algum dos casos de antecipação de vencimento da dívida facultarão ao credor considerar, de pleno direito, vencidas tôdas as obrigações contratuais, independentemente de aviso ou notificação judicial ou extrajudicial.

Ainda, conforme previsão do art. 3º do mesmo Decreto-lei (BRASIL, 1969), havendo mora por parte do devedor, o credor poderá requerer a busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente:

Art. 3º O proprietário fiduciário ou credor poderá, desde que comprovada a mora, na forma estabelecida pelo § 2º do art. 2º, ou o inadimplemento, requerer contra o devedor ou terceiro a busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente, a qual será concedida liminarmente, podendo ser apreciada em plantão judiciário.

Pois bem, nota-se que, em todas as hipóteses legais citadas, a possibilidade de exigir antecipadamente as prestações a vencer é uma faculdade do credor. Assim o credor pode optar por receber a prestação após o seu vencimento, acrescida de encargos de mora, ou por exigir antecipadamente as prestações de vencimento posterior.

Da mesma forma, o requerimento judicial de busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente constitui faculdade do credor.

Não optando por exercer a faculdade de exigir a dívida antecipadamente e de requerer a busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente, por um período de tempo, o credor gera no devedor expectativas de que não mais exercerá os seus direitos.

Essa expectativa torna-se legítima na medida em que, além das possibilidades de exigir antecipadamente as prestações e de requerer a busca e apreensão do bem, nos negócios as partes também preveem a cobrança de encargos de mora (acréscimos às prestações, decorrentes do atraso no seu adimplemento). A partir do momento em que o credor aceita o cumprimento de prestação vencida (após a mora do devedor), acrescidas de encargos de mora, o devedor passa a ter a legítima expectativa de que este comportamento será adotado pelo credor de forma contínua.

Note-se que o artigo 184 do código civil (BRASIL, 2002) traz outro importante princípio a ser aplicado aos negócios jurídicos, o princípio da conservação do negócio jurídico. Nesse sentido, considerando o não exercício do direito por parte do credor, o devedor passa a confiar que houve a opção pela conservação do negócio.

Ao se interpretar o negócio entabulado entre as partes sob a ótica da boa-fé objetiva, aliada à intenção de conservação dos negócios jurídicos, forçoso é se concluir que, diante da inércia do credor em exigir do devedor a dívida antecipadamente em casos de mora, bem como de requerer a busca e apreensão do bem dado em garantia, aceitando o pagamento da prestação após o vencimento, sua intenção é conservar o negócio.

4. Aplicação da boa-fé objetiva a contratos com garantia de alienação fiduciária pelo poder judiciário mineiro

A proibição de comportamento contraditório e a supressão, como dito anteriormente, têm por finalidade a manutenção da coerência no comportamento dos contratantes, de modo a observar o cumprimento dos deveres anexos de confiança e lealdade e evitar que a legítima expectativa criada, ao ser violada, gere prejuízo.

Assim, passa-se ao estudo da aplicação dos referidos institutos a contratos com cláusula de vencimento antecipado, notadamente contratos garantidos por alienação fiduciária.

Ressalta-se que, em pesquisas junto aos tribunais superiores, não se vislumbrou a apreciação das matérias tratadas neste estudo, de forma específica, para negócios com garantia de alienação fiduciária e sobre vencimento antecipado. Há decisões proferidas no Superior

Tribunal de Justiça, relativas ao desleal exercício de direitos (adimplemento substancial) e a possibilidade de requerer a busca e apreensão do bem dado em garantia, mas nenhuma análise de mérito relativa à aplicação da *supressio* e do *venire contra factum proprium*.

Por este motivo, a análise dos precedentes restou limitada ao Poder Judiciário mineiro.

4.1. Aplicação da *supressio*

Conforme exposto, de acordo com a *supressio*, se o credor deixa de exercer um direito por um certo período de tempo, de modo a criar no devedor a legítima expectativa de que não mais exercerá este direito, futuro exercício do direito ensejará a violação da boa-fé objetiva, por afronta aos deveres laterais de lealdade e confiança.

Nesse sentido, considerando a existência de negócio com cláusula de vencimento antecipado da dívida por falta de adimplemento da obrigação no tempo e modo pactuados, caso o credor, havendo mora do devedor, permaneça inerte no exercício do direito de exigir a dívida antecipadamente, entende-se que ocorre a *Supressio*.

Da mesma forma, quando o credor, ao não exercer o seu direito de requerer a busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente por um lapso temporal, criando no devedor a legítima expectativa de que não mais será exercido o direito, ocorre a *Supressio* e, eventual ajuizamento de ação de busca e apreensão, será entendido como violação da boa-fé objetiva.

O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais proferiu decisão aplicando a *supressio* em caso que o credor, titular dos direitos de exigir antecipadamente a dívida e requerer a busca e apreensão do bem, após a mora do devedor, não exerceu este direito por um lapso de tempo. A decisão, proferida em julgamento de apelação, manteve a sentença de improcedência do pedido de busca e apreensão de bem alienado fiduciariamente, conforme ementa abaixo:

APELAÇÃO CÍVEL. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. BUSCA E APREENSÃO. MORA. REQUISITOS DA DESCARACTERIZAÇÃO. RECEBIMENTO DE PARCELAS VENCIDAS EM MOMENTO POSTERIOR. SUPRES-

SIO. PERDA DO DIREITO SUBJETIVO À GARANTIA. ADIMPLEMENTO SUBSTANCIAL. I - Consoante entendimento do Superior Tribunal de Justiça, para se descaracterizar a mora e seus efeitos, imprescindível a presença de alguns requisitos, quais sejam: propositura de ação revisional pelo devedor, contestando a existência integral ou parcial da dívida; demonstração de fundar-se a irrisignação contra a cobrança, dita indevida, na aparência do bom direito; e efetivação, pelo devedor, do depósito do valor incontroverso ou prestação de caução idônea. II - A propositura de Ação de Consignação em Pagamento pelo Apelado, referente uma parcela do financiamento, não teve o condão de descaracterizar a mora, por ausência de exposição de fundamentos fáticos e jurídicos que corroborem a alegação de excesso ou abusividade dos encargos de mora exigidos pela instituição financeira. III - Não obstante, a conduta adotada pela instituição financeira, ora Apelante, consistente no recebimento direto das demais parcelas vencidas em momento posterior à mora, resulta na impossibilidade de execução da garantia dada no contrato de financiamento, em razão do fenômeno da supressio. IV - Ademais, quadro fático apresentado nos autos, indubitavelmente, configura adimplemento substancial do contrato de financiamento, fato que impede o exercício do direito deduzido na ação de busca e apreensão. (MINAS GERAIS, AC 1.0024.09.759291-9/001, 2012)

Ao analisar as razões de decidir da 17ª Câmara Cível do TJMG, percebe-se que, no caso concreto, o credor, após o inadimplemento de uma prestação do contrato (que ensejou o pedido de busca e apreensão do bem), continuou recebendo as demais parcelas da obrigação, à medida que venciam. Após o recebimento de doze parcelas posteriores, ajuizou a demanda de busca e apreensão e continuou recebendo parcelas.

Diante do fato (inércia do exercício do direito de requerer a busca e apreensão tão logo ocorreu a mora), entendeu-se que houve a su-

pressio, pois a parte devedora passou a ter a legítima expectativa de que o direito do credor não mais seria exercido.

Desta forma, após um período de inércia, o posterior ajuizamento de ação de busca e apreensão implicou violação à boa-fé objetiva, motivo pelo qual o Poder Judiciário Mineiro entendeu pela impossibilidade do exercício do direito, julgando improcedente o pedido formulado pelo credor.

4.2. Aplicação do *venire contra factum proprium*

Assim como a supressio, a proibição de comportamento contraditório impede que o credor, que age de determinada forma (diferente da forma pactuada no momento da celebração do negócio), criando no devedor a legítima expectativa de que o comportamento adotado será mantido, venha a alterar sua conduta, violando a boa-fé objetiva ao quebrar a confiança construída.

Sendo assim, em negócios que se pactua a possibilidade de vencimento antecipado das prestações em virtude de mora do devedor, bem como a possibilidade de requerer a busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente, se o credor, durante certo período, opta pela manutenção do contrato, exigindo apenas encargos de mora do devedor, não exigindo o vencimento antecipado ou a busca e apreensão do bem, cria no devedor a legítima expectativa de que este comportamento será mantido.

Posterior mudança de comportamento do credor, ao exigir o vencimento antecipado das prestações e a busca e apreensão do bem, implicará violação do dever lateral de conduta de lealdade, motivo pelo qual, em razão da aplicação do princípio da boa-fé objetiva ao negócio, há que se vedar esta mudança de comportamento.

O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, seguindo esta linha de entendimento, em decisões recentes, decidiu pela impossibilidade da busca e apreensão de bens alienados fiduciariamente, em razão do comportamento contraditório do credor. Citam-se duas destas decisões.

A primeira decisão trazida a este estudo foi proferida em sede de agravo de instrumento em face de concessão, em primeira ins-

tância, de medida liminar de busca e apreensão, conforme ementa abaixo transcrita:

CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO - CONTRATO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA - PRETENSÃO DE EFETIVAÇÃO DA MEDIDA LIMINAR TÍPICA DO ART. 3º DO DL Nº 911/66 - IMPOSSIBILIDADE - COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA - VEDAÇÃO - RACIOCÍNIO FUNDADO NO PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA - É vedado à parte agir de maneira desleal, insurgindo-se contra seus próprios atos e afirmações (*venire contra factum proprium*), sob pena de violação ao princípio da boa-fé objetiva, de modo que, ao aceitar a continuidade do regular pagamento das prestações vincendas, sem qualquer oposição e após o inadimplemento pontual da consumidora, não revela-se possível a posterior pretensão da instituição financeira de se proceder com a busca e apreensão do bem dado em garantia e rescisão do contrato de alienação celebrado. (MINAS GERAIS, AI 1.0000.19.127659-1/001, 2020)

No caso concreto, a 20ª Câmara cível entendeu não ser possível proceder à busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente pelo fato de o credor, muito embora tenha havido o inadimplemento de duas prestações, ter continuado aceitando o pagamento das prestações vencidas posteriormente.

Considerando que a coerência das partes deve ser mantida na relação jurídica, de modo a se evitar a violação da confiança estabelecida, e, em consequência, da boa-fé objetiva, entendeu a turma que o a credora agiu de forma contraditória ao requerer a busca e apreensão do bem, pois havia gerado legítima expectativa no devedor sobre a possibilidade de negociar os valores em aberto, mantendo-se o negócio jurídico.

Neste sentido, foi reformada a decisão de primeira instância e indeferida a liminar de busca e apreensão do bem.

A segunda decisão trazida a este estudo foi proferida em sede de recurso de apelação e restou assim ementada:

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL - APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE BUSCA E APREENSÃO BASEADA EM CONTRATO COM CLÁUSULA DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA - PAGAMENTO PARCIAL DA DÍVIDA, SEGUNDO INDICAÇÃO DO CREDOR - DIREITO DISPONÍVEL - PREVALÊNCIA DO PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE - POSTERIOR ALEGAÇÃO DE INSUFICIÊNCIA DO QUANTUM, PRETENDENDO O RECEBIMENTO DA TOTALIDADE DA DÍVIDA - NÃO EXERCÍCIO DA POTESDADE, AO TEMPO CERTO - VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM - PROIBIÇÃO - SENTENÇA MANTIDA - RECURSO NÃO PROVIDO.

- Nos termos do art. 3º, §§1º e 2º, do Decreto-Lei nº 911/69, o devedor fiduciante deve efetivar o depósito das parcelas vencidas e vincendas, acrescidas dos encargos, bem como das parcelas vincendas.

- Entretanto, por se tratar de direito disponível, a quitação do total devido - e consequente extinção do contrato, pelo pagamento - visando à restituição da coisa financiada é direito potestativo do credor, o que não significa que é de observância obrigatória, por este, podendo dispor de modo diverso, observados os contornos normativos, prevalecendo, no caso, o princípio da autonomia da vontade.

- Aceitando ele hipótese de purgação da mora, pelo pagamento das prestações vencidas, não pode, em momento posterior, querer a totalidade da dívida, por configurar manifesto venire contra factum proprium. (MINAS GERAIS, AC 1.0000.17.092942-6/003, 2020)

No caso em tela, a 9ª Câmara cível manteve a sentença de extinção do processo.

Entendeu a turma julgadora que, embora haja autorização legal para a antecipação da exigência de parcelas em virtude de mora do devedor, trata-se de faculdade do credor o exercício deste direito, sendo um direito disponível.

Considerando que, no caso concreto, o credor ajuizou ação de busca e apreensão informando o valor total da dívida (assim considerado o vencimento antecipado das prestações), mas também informou o valor necessário para purga da mora (pagamento apenas das prestações vencidas), o pagamento, pelo devedor, do valor necessário à purga da mora, ensejaria adimplemento da obrigação. Alegar, posteriormente, que seria necessário o pagamento da totalidade da dívida, ensejaria violação da boa-fé objetiva, por configurar manifesto venire contra factum proprium.

5. Considerações Finais

O ordenamento jurídico brasileiro, desde a entrada em vigor do código civil de 2002, determina que os negócios jurídicos devem observar o princípio da boa-fé objetiva, de modo que, as partes envolvidas no negócio não devem apenas cumprir a prestação principal pactuada, mas também, devem observar deveres anexos, como a lealdade e a confiança.

Nesse contexto, institutos como a supressio e o venire contra factum proprium vêm ganhando força no sentido de se coibir a prática de comportamentos contraditórios pela parte, de modo a evitar violação de legítimas expectativas geradas na parte contrária.

Em negócios jurídicos que as partes pactuam a possibilidade de exigir antecipadamente a dívida, bem como de requerer a busca e apreensão de bem dado em garantia, há que se observar a boa-fé objetiva, notadamente no aspecto dos deveres anexos de lealdade e confiança.

Quando o credor deixa de exercer o seu direito de exigir a dívida antecipadamente, bem como de requerer a busca e apreensão do bem dado em garantia, notadamente por aceitar o pagamento de prestações vencidas posteriormente à ocorrência da mora, acrescidos de encargos de mora, gera no devedor a legítima expectativa de que houve a opção pela manutenção do negócio, de modo que o credor não mais exercerá aqueles direitos.

Eventual mudança de comportamento no sentido de exercer os direitos de exigir antecipadamente as prestações e requerer a busca e

apreensão de bem dado em garantia, após ter gerado legítima expectativa no devedor de que não mais haveria este exercício de direito, implica comportamento contraditório e consequente abuso de direito por violação da boa-fé objetiva.

Por este motivo, entende-se como correto o posicionamento adotado pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais que, em decisões recentes, aplicou os institutos da supressão e da proibição de comportamento contraditório no julgamento de ações de busca e apreensão, ajuizadas após o credor deixar de exercer o seu direito, por um lapso de tempo, criando no devedor a legítima expectativa de que poderia manter o negócio jurídico, realizando o pagamento das prestações acrescidas dos encargos de mora.

6. Referências

BRASIL. Decreto-lei nº 911, de 1º de outubro de 1969. Altera a redação do art. 66, da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, estabelece normas de processo sobre alienação fiduciária e dá outras providências. Brasília, DF, Ministérios da Marinha de guerra, do Exército e da Aeronáutica militar, 1969. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/del0911.htm. Acesso em: 22 jul. 2020.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 22 jul. 2020.

FARIAS, Cristiano Chaves de; NETTO, Felipe Braga; ROSENVALD, Nelson. Manual de direito civil, volume único. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, v. 1 parte geral. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. Recurso online ISBN 9788553608461. Disponível em <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553608461>. Acesso em: 22 jul. 2020.

MARTINS-COSTA, Judith. A boa-fé no direito privado critérios para a sua aplicação. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2018. Recurso online ISBN 9788553601622. Disponível em <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553601622>. Acesso em: 22 jul. 2020.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Processo: AC 1.0000.17.092942-6/003. Relator: Des. Amorim Siqueira. Belo Horizonte, 23 jun. 2020. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0000.17.092942-6%2F003&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em: 22 jul. 2020.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Processo: AC 1.0024.09.759291-9/001. Relator: Des. Leite Praça. Belo Horizonte, 22 mar. 2012. Disponível em: https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=CC5602A3C9AAF3287BD9B16FED42C91A.juri_node2?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0024.09.759291-9%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar. Acesso em: 22 jul. 2020.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Processo: AI 1.0000.19.127659-1/001. Relator: Des. Fernando Lins. Belo Horizonte, 24 jun. 2020. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0000.19.127659-1%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em: 22 jul. 2020.

TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil, volume único. 10. ed. Rio de Janeiro: Método. 2019. Recurso online ISBN 9788530989040. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530989040>. Acesso em: 22 jul. 2020.

A DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.

Lorena Brandão Matragrano¹³⁷.

RESUMO:

Os negócios jurídicos são a principal forma das pessoas realizarem seus interesses, o que torna sua prática frequente no cotidiano, gerando assim, desentendimentos e defeitos capazes de requererem provas para sua solução. Em especial, no direito do consumidor, é prevista a inversão do ônus da prova, onde o ônus se desvincula do ônus probatório, transferindo para o fornecedor. Entretanto, nos casos em que a prova não exigir conhecimento técnico, não deve ser aplicada essa inversão, conforme será demonstrado no presente artigo.

Palavras chave: Juridic business. Proof. Consumer.

1. Introdução

As relações jurídicas originam-se de fatos jurídicos. A palavra “fato”, independentemente de sua adjetivação, implica em uma realidade que se manifesta, seja ela um evento ou um simples acontecimento cotidiano. Contudo, nem todos os fatos que ocorrem no dia a dia são relevantes para o Direito. Os fatos que interessam ao Direito, são os denominados fatos jurídicos. Esses, derivam de normas jurídicas, criam, modificam ou extinguem relações ou situações jurídicas, gerando assim, consequências jurídicas.

Importante ainda ressaltar que, dentro da classificação dos fatos jurídicos, encontramos como ramificação, os atos jurídicos, de onde deriva o negócio jurídico que veremos adiante.

137 Advogada, Bacharel em Direito desde 2016 pela Instituição de Ensino Milton Campos, especializada em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, cursando o curso de pós graduação em Direito Civil Aplicado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais; e-mail: lorenalbrandao@gmail.com.

Para José de Oliveira Ascensão, atos jurídicos são fatos humanos, no qual a caracterização dos atos tem como constituinte mínimo a voluntariedade, atribuindo, o Direito, efeitos para essa postura volitiva.¹³⁸

Segundo César Fiuza:

(...) ato jurídico é todo fato jurídico humano. É, assim, toda ação ou omissão do homem, voluntária ou involuntária, que cria, modifica ou extingue relações ou situações jurídicas.¹³⁹

Ainda, válido pontuar a diferença esclarecida por Betti, quanto à fatos e atos jurídicos, ressaltando que:

Na realidade, a distinção entre atos e fatos jurídicos só tem sentido na medida em que tome por base o modo como a ordem jurídica considera e valoriza determinado fato. Se a ordem jurídica toma em consideração o comportamento do homem em si mesmo, e, ao atribuir-lhe efeitos jurídicos, valoriza a consciência que, habitualmente, o acompanha, e a vontade que, normalmente, o determina, o fato deverá qualificar-se como ato jurídico. Mas deverá, pelo contrário, qualificar-se como fato, quando o direito tem em conta o fenômeno natural como tal, prescindido da eventual concorrência da vontade: ou então quando ele considera, realmente, a ação do homem sobre a natureza exterior, mas, ao fazê-lo, não valora tanto o ato humano em si mesmo, quanto o resultado de fato que ele tem em vista: quer dizer, a modificação objetiva que ele provoca no estado de coisas preexistente.¹⁴⁰

138 ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito Civil: teoria geral. v. 2: ações e fatos jurídicos. 3ª ed. São Paulo; Saraiva, 2010, p. 12.

139 FIUZA, César. Direito civil: curso completo. 11ª ed. Belo Horizonte; Del Rey, 2008, p. 199.

140 BETTI, Emilio. Teoria geral do negócio jurídico. Tradução: Servanda Editora. Campinas, SP: Servanda Editora, 2008, p. 30.

No que tange ao negócio jurídico, pode-se dizer que se trata de um dispositivo que subordina os efeitos de ato jurídico a um evento futuro e certo.

Para Fiuza, a vontade do agente é a principal fonte de efeitos no negócio jurídico. O autor, afirma ainda que:

Negócio jurídico é toda ação humana combinada com o ordenamento jurídico, voltada a criar, modificar ou extinguir relações ou situações jurídicas, cujos efeitos vêm mais da atuação individual do que da Lei. Assim, temos um contrato, qualquer que seja, um testamento etc.¹⁴¹

Observa-se que o negócio jurídico, é caracterizado por meio da declaração de vontade expressada entre as partes envolvidas na relação negocial. Através da declaração de vontade, é que serão produzidos os efeitos atribuídos pelo ordenamento jurídico.

Sobre o tema, Lotufo ensina:

Ato jurídico e negócio jurídico são manifestações de vontade, mas diferem quanto à estrutura, à função e aos respectivos efeitos. Quanto à estrutura, enquanto nos atos jurídicos temos uma ação e uma vontade simples, nos negócios jurídicos temos uma ação e uma vontade qualificada, que é produzir um efeito jurídico determinado, vontade caracterizada pela sua finalidade específica, que é a constituição, modificação ou extinção de direitos.¹⁴²

A título de exemplo do negócio jurídico, temos o contrato de compra e venda, presente no cotidiano de todos.

Nessa seara, destaca-se que no âmbito do direito do consumidor, ao realizarem negócios jurídicos (consumidor e fornecedor de serviços) há, geralmente, uma parte que é considerada, pela jurisprudência e doutrina, hipossuficiente. Isto é, não detém conhecimentos técnicos

141 FIUZA, César. Direito civil: curso completo. 11^a ed. Belo Horizonte; Del Rey, 2008, p. 199.

142 LOTUFO, Renan. Código civil comentado: parte geral (arts. 1º a 232) vol. 1 – 2ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 271.

para avaliar determinadas disposições contratuais. Possibilidade em que se verifica a aplicabilidade da inversão do ônus da prova, não sendo esta, necessariamente aplicada para todos os casos, conforme será adiante exposto.

Eis, portanto, os esclarecimentos iniciais, fundamentais para prosseguirmos na pretendida análise da prova nos negócios jurídicos: a aplicabilidade da inversão do ônus da prova no direito do consumidor.

2. Ônus da Prova

No direito, o termo ‘prova’ caracteriza-se pelo conjunto de meios empregados para demonstrar legalmente a existência de um ato ou fato jurídico. A prova se faz quanto ao fato, não quanto ao direito, considerando que é do fato que se extraem as consequências jurídicas.

Ao dispor sobre a prova do negócio jurídico colocada em título próprio, o Código Civil brasileiro de 2002 inovou, demonstrando assim a importância do tema, reservando ainda um capítulo para a matéria relativa à prova.

Prova em direito refere-se ao conjunto dos meios empregados para demonstrar legalmente a existência de um ato ou fato jurídico.¹⁴³

A prova se faz quanto ao fato, não quanto ao direito, considerando que é do fato que se extraem as consequências jurídicas.

Sobre o tema, César Fiuza ensina:

Falamos (...) que os atos jurídicos, de regra, se realizam como bem entender o agente, vale dizer, verbalmente, por escrito etc. A questão que surge, às vezes, é como provar sua existência. Há fatos, que não são atos, que podem necessitar de prova (...). Como provar que ocorreram ou não?

A primeira regra imposta pelo Código é a de que, sempre que houver exigência de forma especial, o ato só se prova por ela. Portanto, a compra e venda de imóveis, por exemplo, só se prova por escritura pública.¹⁴⁴

143 GIULIANI, Alessandro. Il concetto di prova. Milano: Giuffrè (reedição inalterada), 1971, p.233.

144 FIUZA, César. Direito civil: curso completo. 11ª ed. Belo Horizonte; Del Rey, 2008,

Ao tratar dos aspectos processuais que cercam a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor, o primeiro ponto que nos passa à mente remete-se à possibilidade de inversão do ônus da prova em favor do consumidor, nos termos do art. 6º, VIII, do CDC.

Nesse sentido, registre-se inicialmente que a existência tão somente da relação de consumo não possui o condão de automaticamente gerar a inversão do ônus da prova, é imprescindível que se verifique inicialmente a presença de dois requisitos: a verossimilhança das alegações e a hipossuficiência do consumidor. A verossimilhança é a aparência da verdade, quando induvidosa a alegação da parte; a hipossuficiência, por sua vez, decorre da dificuldade ou impossibilidade da parte em produzir a prova.

A despeito disto, vale salientar que o Código de Defesa do Consumidor, constitui legislação especial, que a teor do contido no art. 333, I, do CPC, representa exceção à regra do ônus probandi.

Todavia, tal questão merece ser tratada com extrema cautela, pois, repise-se, não ocorre a inversão automática do ônus da prova apenas por tratar a controvérsia sobre relação de consumo.

A respeito da matéria, Humberto Theodoro Júnior ensina que:

Para as demandas intentadas no âmbito das relações de consumo existe regra especial que autoriza, em certos casos, a inversão do ônus da prova, transferindo-o do autor (consumidor) para o réu (fornecedor) (art. 6º, VIII, do CPC). Não se pode, todavia, entender que o consumidor tenha sido totalmente liberado do encargo de provar o fato constitutivo do seu direito, nem que a inversão especial do CDC ocorra sempre, e de maneira automática, nas ações de consumo. Em primeiro lugar, a lei tutelar do consumidor condiciona a inversão a determinados requisitos (verossimilhança das alegações ou hipossuficiência do consumidor), que haverão de ser aferidos pelo juiz para a concessão do excepcional benefício legal. Em segundo lugar, não se pode cogitar de verossimilhança de um fato ou da hipossuficiência da parte para prová-lo sem que haja um suporte probatório mínimo sobre o qual o juiz possa deliberar para definir o cabimento, ou não, da inversão do ônus da prova.¹⁴⁵

p. 225.

145 JÚNIOR, Humberto Theodoro. Curso de Direito Processual Civil, Editora Forense,

Conforme se infere das lições do renomado professor, não basta apenas que ao caso seja aplicado o código de defesa do consumidor, ou mesmo que determinada lide verse sobre relação de consumo, a inversão do ônus da prova, por constituir exceção à regra do art. 333, I, do CPC, deve ser aplicada com parcimônia.

O ônus da prova compete a quem alega, vale dizer, quem apresenta uma pretensão cumpre provar-lhe os fatos constitutivos (inteligência do art. 333, I, do CPC).

Carnelutti, lembrado por Moacyr Amaral Santos ensinou que:

Quem expõe uma pretensão em juízo deve provar os fatos que a sustentam; quem opõe uma exceção deve, por seu lado, provar os fatos dos quais resulta; em outros termos, quem aciona deve provar o fato ou fatos constitutivos; quem excetua o fato ou fatos extintivos ou condições impeditivas ou modificativas.¹⁴⁶

Desta forma, cabe ao interprete a cautela no que diz respeito à inversão do ônus da prova no tocante ao Código de Defesa do consumidor, devendo atentar-se caso a caso se estão presentes os requisitos autorizadores da medida, quais sejam, impossibilidade técnica de se provar determinado fato e/ou condição, e a verossimilhança das alegações.

Noutro giro, mesmo o CDC prevê hipótese de relação de consumo na qual, em regra, não se aplica a possibilidade de inversão do ônus da prova em favor do consumidor.

Tal hipótese é trazida no bojo do §4º do art. 14 daquele diploma legal, vejamos:

Art. 14. O fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

44ª edição, vol. I, p. 464.

146 SANTOS, Moacyr Amaral. Comentários ao CPC. vol. IV, 1977.

(...)

§ 4º A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa.¹⁴⁷

A hipótese aqui tratada é a dos profissionais liberais em geral, na qual o reconhecimento da aplicabilidade do CDC e a caracterização da relação de consumo não são elementos suficientes para promover a inversão do ônus da prova.

É justamente esta questão, que confunde muitos aplicadores do direito.

Naquelas ações em que a parte Autora (consumidor) litigar contra um profissional liberal, a excepcionalidade da inversão do ônus da prova possui aplicabilidade restrita, devendo, contudo, ser atendido a determinação literal do art. 333, I, do CPC.

Noutro giro, cabe o registro, por oportuno, que todo caso demanda uma análise específica, de modo que não se aplica, indistintamente, a regra do art. 333, I, do CPC em todas as ações movidas por consumidores em desfavor de profissionais liberais. Quer isto dizer, que cada caso deve ser analisado individualmente.

Note-se que a despeito de ser aplicada a responsabilidade objetiva (aquela que independe da demonstração de culpa) no caso dos profissionais liberais, *exempli gratia*, em relação ao médico, torna-se indispensável a demonstração de culpa para que tenha direito o consumidor a uma indenização. Sua responsabilidade, portanto, passa de objetiva para subjetiva, a teor do §4º do art. 14 do CDC.

Lado outro, parte da doutrina entende que a responsabilidade subjetiva de que trata o art. 14 do CDC não é empecilho à inversão do ônus da prova em favor do consumidor:

A questão referente à responsabilidade civil objetiva ou subjetiva diz respeito a tema disciplinado e sede de direito substancial, enquanto a inversão do ônus da prova diz com tema afeto ao direito processual.

Não há, assim, qualquer incompatibilidade que, em sendo a responsabilidade subjetiva, seja determinada a inversão do ônus da prova. A consequência disso será que, ao invés de o consumidor provar

¹⁴⁷ URL >> http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078compilado.htm

que a culpa pela ocorrência de um evento que lhe causou prejuízo foi do fornecedor (profissional liberal), tal ônus passa a ser deste, que, in casu, deverá demonstrar que houve-se com perícia, prudência ou zelo, não tendo, dessa forma, incidido em nenhuma das modalidades de culpa.¹⁴⁸

Neste esteio, um tema que nos parece simples em um primeiro momento torna-se intrigante à luz das opiniões esboçadas na doutrina e jurisprudência. Afinal, aos profissionais liberais aplicam-se as regras de inversão do ônus da prova?

A jurisprudência do STJ atualmente baliza-se pela inversão do ônus da prova nos casos em que estão presentes a verossimilhança das alegações e a hipossuficiência do consumidor, o que torna possível a inversão do ônus probatório também nos casos de responsabilidade subjetiva:

RESPONSABILIDADE CIVIL. MÉDICO E HOSPITAL. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. RESPONSABILIDADE DOS PROFISSIONAIS LIBERAIS - MATÉRIA DE FATO E JURISPRUDÊNCIA DO STJ (REsp. Nº 122.505-SP).

1. No sistema do Código de Defesa do Consumidor a “responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa” (art. 14, § 4º).

2. A chamada inversão do ônus da prova, no Código de Defesa do Consumidor, está no contexto da facilitação da defesa dos direitos do consumidor, ficando subordinada ao “critério do juiz, quando for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências” (art. 6º, VIII). Isso quer dizer que não é automática a inversão do ônus da prova. Ela depende de circunstâncias concretas que serão apuradas pelo juiz no contexto da facilitação da defesa” dos direitos do consumidor. E essas circunstâncias concretas, nesse caso, não foram consideradas presentes pelas instâncias ordinárias.

3. Recurso especial não conhecido.¹⁴⁹

148 Anotações Sobre o Ônus da Prova no Código de Processo Civil e no Código de Defesa do Consumidor, in Revista de Direito do Consumidor - São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 31, jul./set. 1999, p. 68.

149 (REsp 171.988/RS, Rel. Ministro WALDEMAR ZVEITER, TERCEIRA

Ultrapassado este ponto, também já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça sobre a inversão do ônus da prova nos demais casos:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. TUTELA ANTECIPADA. VERIFICAÇÃO DA PRESENÇA DOS REQUISITOS. ART. 273 DO CPC. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. INVERSÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA. (...)

2. O tema relativo à inversão do ônus da prova foi decidido pelo acórdão recorrido em conformidade com a jurisprudência do STJ sobre o tema, no sentido de que a referida inversão não decorre de modo automático, demandando a verificação, em cada caso, da presença dos requisitos autorizadores, a saber: verossimilhança das alegações ou hipossuficiência do consumidor.

(...)

4. Agravo regimental a que se nega provimento.¹⁵⁰

3. Considerações Finais

Diante de todo o exposto no presente estudo, chega-se à conclusão de que a inversão do ônus da prova (regra do art. 6º VIII, do CDC) não se aplica de forma automática em favor do consumidor. Ao revés, devem restar comprovados nos autos a verossimilhança das alegações e a hipossuficiência do consumidor, hipóteses estas, autorizadoras da inversão do ônus da prova.

Por fim, quanto ao profissional liberal, em regra não se aplica a inversão do ônus da prova em razão do previsto no §4º do art. 14 do CDC, pelo que a responsabilidade destes profissionais é subjetiva e não objetiva. A despeito disto, conforme se viu anteriormente, esta

TURMA, julgado em 24/05/1999, DJ 28/06/1999, p. 104)

150 (AgRg no Ag 1360186/RS, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 26/04/2011, DJe 10/05/2011)

inversão será possível caso haja verossimilhança das alegações e indispensável hipossuficiência por parte do Autor/Consumidor.

4. Referências

ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito Civil: teoria geral. v. 2: ações e fatos jurídicos. 3ª ed. São Paulo; Saraiva, 2010, p. 12.

FIUZA, César. Direito civil: curso completo. 11ª ed. Belo Horizonte; Del Rey, 2008, p. 199; 225.

BETTI, Emilio. Teoria geral do negócio jurídico. Tradução: Servanda Editora. Campinas, SP: Servanda Editora, 2008, p. 30.

LOTUFO, Renan. Código civil comentado: parte geral (arts. 1º a 232) vol. 1 – 2ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 271.

GIULIANI, Alessandro. Il concetto di prova. Milano: Giuffrè (reedição inalterada), 1971, p.233.

JÚNIOR. Humberto Theodoro. Curso de Direito Processual Civil. Editora Forense, 44ª edição, vol. I, p. 464.

SANTOS. Moacyr Amaral. Comentários ao CPC. vol. IV, 1977.

MORAES. Voltaire de Lima. Anotações Sobre o Ônus da Prova no Código de Processo Civil e no Código de Defesa do Consumidor. Revista de Direito do Consumidor - São Paulo : Revista dos Tribunais, nº 31, jul./set. 1999, p. 68.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial de n. 171.988/RS. Relator Ministro WALDEMAR ZVEITER. TERCEIRA TURMA. Julgado em 24/05/1999.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Relator Ministro RAUL ARAÚJO. QUARTA TURMA. Julgado em 26/04/2011.

BRASIL. Código de Defesa do Consumidor.http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm

BRASIL. Código de Processo Civil Brasileiro.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869compilada.htm.

VIÉSES DE COGNIÇÃO NA DECISÃO DE DISTRIBUIÇÃO DEMOCRÁTICA DO ÔNUS DA PROVA

Melânia da Silva Souza¹⁵¹

RESUMO:

A prova sempre teve um papel essencial para a solução de conflitos; desde os primórdios da humanidade é utilizada para exemplificar os casos concretos e torná-los passíveis de julgamento. Passando pela evolução dos meios de prova utilizados e por breve consideração da distribuição democrática do ônus probatório, atrela-se este conteúdo a questão do enviesamento cognitivo, aspecto criado de forma automática pelo cérebro e capaz de influenciar no olhar avaliativo que se dá à prova, sendo fator diretamente proporcional a decisão proferida na conclusão do processo.

Palavras chave: Prova. Inversão do ônus probatório. Meios de prova. Vieses de cognição. Automatismo de pensamento.

1. Introdução

Para Scarpinella Bueno¹⁵² prova é “tudo que puder influenciar de alguma maneira, na formação da convicção do magistrado para decidir de uma forma ou de outra, acolhendo, no todo ou em parte, ou rejeitando o pedido do autor” nesta mesma linha Marinoni e Mitidiero¹⁵³, provas são “meio retórico, regulado pela legislação, destinado a convencer o Estado da validade de proposições controversas no processo, dentro dos parâmetros fixados pelo direito e de critérios racionais”.

151 Advogada. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário UNA (2010 - 2014), Especialista em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica (2015 - 2017) e Pós-graduanda em Direito Civil Aplicado pelo IEC – PUC Minas

152 SCARPINELLA BUENO, Cassio. “Curso sistematizado de direito processual civil”. São Paulo: Saraiva, 2010. Vol 2, Tomo I. 3ª ed.

153 MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. “Código de processo civil comentado”. São Paulo: RT, 2011. 3ª ed.

Neste sentido, temos que as provas possuem um papel fundamental na construção do caso concreto e consequentemente na solução do conflito.

De forma intrínseca, atrelada a composição da prova está à decisão e a capacidade de construí-la de forma a respeitar o contexto produzido pelas próprias partes. Como nos direciona o professor Dierle Nunes, a atividade humana de decidir possui inúmeras nuances e entre elas a sensação de racionalidade que pode ser questionada, uma vez que muitas das decisões tomadas pelo ser humano podem derivar de automatismos provocados pelo próprio cérebro.

Há uma expectativa de que a decisão é racional, ou seja, tomada a partir de escolhas conscientes do que e de como agir, todavia, o ser humano pode ser iludido, enviesando sua decisão com base nas situações de vida, contextos cotidianos e nas informações recebidas há todos os instantes.

Entrelaçando o direito e a psicologia, este artigo faz um paralelo indicando as heurísticas do pensamento – aspecto trabalhado por psicólogos - e as consequências dos desvios, que recebem o nome de vieses de cognição, que podem influenciar na análise democrática da prova.

Busca-se demonstrar primeiramente uma evolução histórica do direito probatório indicando que mesmo antes do surgimento dos códigos escritos as provas eram produzidas para que o julgador, juiz ou rei, chegasse a uma decisão; sabendo ainda que vários aspectos eram utilizados e muitos deles irracionais.

Noutro giro, apresenta-se os meios de prova e a classificação feita para fins de distribuição democrática do ônus. Salienta-se que o Código de Processo Civil brasileiro indica qual o critério de distribuição para autor e para réu além de possibilitar os muitos meios de confecção da prova e a inversão do ônus probatório para os casos de hipossuficiência daquele que alega o fato.

Por fim, diante das considerações feitas acerca das provas e através da análise de casos concretos, é que se traçam os critérios das heurísticas do pensamento cujos automatismos, que se tornam vieses cognitivos podem resultar numa avaliação equivocada das provas

e em decisões automáticas que influenciarão drasticamente a vida dos cidadãos.

Preocupou-se também em exemplificar os vieses cognitivos a fim de facilitar ao leitor o entendimento e aplicação no caso concreto. Identificando ao final que para que a distribuição da prova seja de fato democrática, é necessária então uma avaliação positiva.

2. Evolução Histórica das Provas

A prova tem papel fundamental para a resolução de um conflito; para sua iniciar esta análise é preciso traçar uma evolução história onde perceber-se-á que estas alteraram-se muito ao longo do tempo.

Na antiguidade, delimitando-se neste momento aos povos ainda sem escrita, o direito não dispunha de uma legislação ou código, por muitas vezes, as decisões eram tomadas de forma verbal por juízes e reis e com o decorrer do tempo, os resultados de suas decisões foram sendo aplicados de forma repetitiva caracterizando-se o costume, que mais tarde seriam tipificados e condensados em códigos.

Ainda neste período, pode-se observar que as provas ocorriam com a ausência de qualquer critério racional ou técnico, como no caso de duelos, aferição de força e demais provas que envolviam coragem, bebidas e testes.

A ausência de critérios para a concepção de um resultado autorizava todos os testes possíveis, nos ensina Gaio Junior¹⁵⁴, na fase pós-escrita, os povos da Babilônia, diante das leis de Hammourabi permitiam que o credor para satisfazer seu débito pudesse se utilizar inclusive do recurso de constranger o devedor bem como toda sua família, havendo ainda a possibilidade de vendê-lo como se bens seus fossem.

Nesse momento, os juristas utilizavam também do recurso de invocar as divindades para que delas viessem às orientações e assim chegassem ao criminoso a fim de conduzir a sansão.

Preleciona Gusmão¹⁵⁵, que:

154 GAIO JÚNIOR, Instruções de Direito Processual Civil – Belo Horizonte: Del Rey, 2011. P.10.

155 GUSMÃO, Paulo Dourado de. Introdução ao Estudo de Direito. 26. Ed. Ver. Rio de Janeiro: Forense, 1999.p. 287.

“Quando este sistema de julgamento foi implantado, o direito já havia evoluído muito, tendo ultrapassado a fase de justiça privada, isto é, a “Lei do Talião” (dente por dente, olho por olho), impondo represália igual à ofensa (pena privada). A vingança, tornando-se fonte de insegurança e de intranquilidade, acabou substituída pela composição pecuniária, a princípio maior que o prejuízo, em regra o dobro, inicialmente com caráter facultativo (pena privada), como prescrevia, por exemplo, o Código de Ur-Namu, descoberto depois da última guerra, contido na “tabuinha de Istambul”, muito anterior ao Hamurabi.”

Theodoro Júnior¹⁵⁶ menciona:

“Após a queda do império Romano, houve, além da dominação militar e política dos povos germânicos, a imposição de seus costumes e de seu direito. Aconteceu, porém, que os germânicos, também chamados de bárbaros, possuíam noções jurídicas muito rudimentares e, com isso, o direito processual europeu sofreu enorme retrocesso na marcha ascensional encetada pela cultura romana. A princípio, nem mesmo uniformidade de critérios existia, pois, entre os dominadores, cada grupo étnico se regia por um rudimento próprio e primitivo de justiça, segundo seus costumes bárbaros. Numa segunda etapa, houve enorme exarcebamento do fanatismo religioso, levando os juízes a adotar absurdas práticas na administração da Justiça, como os “juízes de Deus”, os ‘duelos judiciais’, e as ‘ordálias’. Acreditava-se, então, que a divindade participava dos julgamentos e revelava sua vontade por meio do método cabalístico.”

Muitos métodos foram utilizados sobre a influência da religião, e os mais comuns suscitados pela doutrina são as ordálias (meio de pro-

156 THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 1 v. Rio de Janeiro: Forense, 2008.p. 14.

va utilizado para descobrir se a parte era inocente ou culpada através de elementos naturais acompanhados da orientação divina) e os duelos onde o vencedor do embate seria considerado inocente e à parte perdedora sobrava a pena do crime.

Lopes¹⁵⁷ nos esclarece que:

“As ordálias, também denominadas julgamentos ou juízos de Deus, foram utilizadas pelos germanos antigos e tinham por finalidade a descoberta de verdade mediante o emprego de expedientes cruéis e até mortais, como a ‘prova de fogo’, a ‘prova das bebidas amargas’, a ‘prova das serpentes’, a “prova da água fria” etc.

Na ‘prova de fogo’ o acusado era obrigado a tocar com a língua um ferro quente ou carregar uma barra de ferro em brasa ou, ainda, caminhar descalço sobre ferros quentes. A ‘prova das bebidas amargas’ consistia em obrigar a mulher acusada de adultério a ingerir bebidas fortes e amargas: se mantivesse a naturalidade, seria considerada inocente; mas culpada, se contraísse o rosto e apresentasse os olhos inchados de sangue.

Na ‘prova das serpentes’, o acusado era lançado no meio delas e considerado culpado se fosse mordido pelos répteis. Já na ‘prova da água fria’ atirava-se o acusado num reservatório de água: se afundasse, seria considerado culpado; se flutuasse, como inocente.”

Posteriormente, diante de uma fusão entre os direitos romano, canônico e germânico nos depararíamos com o surgimento do direito comum e por consequência o processo comum.

Para Theodoro Junior,¹⁵⁸ o Direito Comum deu origem ao processo comum que vigorou entre os séculos XI e XVI e apresenta seus vestígios até os dias atuais. Inicialmente o processo possuía critérios

157 LOPES, João Batista A prova no Direito Processual Civil. 1. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. P. 15-16.

158 THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 1 v. Rio de Janeiro: Forense, 2008.p. 14.

excessivamente complicados, mas, que após a expansão por toda a Europa foi aprimorado vindo a inspirar o processo moderno.

As provas e a sentença passariam a se espelhar no direito romano, mas, admitia-se o efeito erga omnes das coisas julgadas por influência do direito germânico assim como o rito sumário, que eliminaria alguns formalismos por influência do direito canônico.

Após a Revolução Francesa, retomou-se o conceito de livre convencimento do juiz que foi incorporado ao direito penal e também ao processo civil.

Em todo o contexto evolutório traçado é possível observar que a prova possui um aspecto indispensável para a solução de qualquer conflito e que o uso racional destas acrescido da legislação vigente cabível é o que torna seguro o transcorrer processual.

3. Distribuição Democrática da Prova

O direito brasileiro possibilita a construção do caso concreto a partir do envolvimento das próprias partes.

Através da junção de prova e contraprova bem como da possibilidade de se abster de produzi-las, os envolvidos na demanda colocam seus interesses à decisão de um julgador imparcial e este por fim, utilizando-se do princípio do livre convencimento motivado profere a sentença final, em um ciclo de total cooperação entre as partes.

Em uma visão simbólica, é possível observar que a reconstrução do caso concreto se dá a partir do instituto da prova, que para Chiovenda¹⁵⁹ “significa formar a convicção do juiz sobre a existência ou inexistência dos fatos relevantes no processo”.

O código processual civil regulariza o procedimento probatório e tem como um dos seus objetivos impor a uma das partes o ônus de provar ou de arcar com as conseqüências daquilo que não se provou. Para tal, admite diversos meios de prova, podendo ser documentais, periciais, testemunhais, entre tantas outras, o que possibilita às partes uma produção livre, porém, substanciada.

159 CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil. Trad. J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1995. V3; p93.

1. Prova documental: que é a representação dos fatos mediante documentos, seja escritos, fotografias, desenhos, etc.
2. Prova testemunhal: é a prova que consiste na declaração em juízo de uma pessoa diversa das partes do processo, que tenha presenciado os fatos, ou que conheça fatos relevantes sobre a questão a ser decidida no processo;
3. Prova pericial: consiste no exame/ análise técnica ou científica realizado por perito a indicação do método utilizado e a resposta conclusiva de quesitos previamente apresentados pelas partes;
4. Ata notarial: é um meio de autenticar a veracidade de uma evidência perante o registro público;

O ônus da prova tem duas funções primordiais, a primeira delas é estimular aquele que alega a produzir o conteúdo que comprova seus fatos e a segunda é promover ao juiz um critério de julgamento capaz de evitar o “non liquet”.

A distribuição deste ônus a partir do artigo 373 do CPC incumbe ao autor para aquilo que constitui seu direito e ao réu para os fatos modificativos, extintivos e impeditivos do direito do autor.

Democraticamente, o legislador brasileiro determinou a possibilidade da inversão do ônus da prova, onde a parte hipossuficiente declina a responsabilidade da confecção e disponibilização da prova para outro que possui maior capacidade para este fim; é o que ocorre, por exemplo, nas relações de consumo onde as empresas de grande porte são detentoras dos conteúdos de protocolos, áudios, contratos e demais documentos e, portanto, em regra são quem produzem as provas em razão da hipossuficiência do consumidor bem como a verossimilhança das alegações, ressaltando-se que apenas nos casos previstos em lei.

Importante frisar a necessidade de aplicação dos princípios constitucionais da isonomia e do contraditório e ampla defesa, que garantem as partes a oportunidade de produzir e carrear aos autos todas as provas lícitas existentes e admitidas no direito brasileiro. Em contrapartida, os mesmos participantes têm o direito à melhor análise das provas através do devido processo legal e a decisão final deriva do livre convencimento motivado do magistrado.

4. Vieses Cognitivos e a Distribuição do ônus da Prova

Os vieses de cognição são fenômenos estudados por equipes de psicólogos comportamentais acerca de desvio cognitivo que ocorre de forma automática e simples (heurística) realizadas pela mente humana sem que seja necessário raciocínio complexo para que resolvam ou solucionem uma questão. As heurísticas do pensamento são uma espécie de atalho que a mente utiliza para realizar as atividades cotidianas e inclusive a tomada de decisões de forma facilitada.

As heurísticas permitem com que o ser humano consiga de forma automática e inconsciente realizar suas atividades cotidianas como ir ao banheiro, se alimentar ou se vestir, e em um segundo aspecto podem gerar vieses ou distorções de forma que gerem um raciocínio mais complexo, lento e deliberativo.

Percebe-se que embora o ser humano tenha a capacidade de utilizar da razão para a tomada das suas decisões, por vezes outros agentes são acionados. Em muitos casos inconscientemente agimos por impulso, instinto ou por pura intuição tendenciosos inclusive com o momento de vida.

O processo intuitivo, por exemplo, funciona a partir do armazenamento de conhecimento acerca de determinado assunto ao longo da vida e ao se deparar com determinada situação o ser humano tende, automaticamente a valer-se da informação constante em seu banco de dados mental para responder a determinada questão. As heurísticas para a psicologia são nada mais do que “um procedimento simples que ajuda a encontrar respostas adequadas, ainda que geralmente imperfeitas, para perguntas difíceis”¹⁶⁰.

160 KAHNEMAN, Daniel, Rápido e devagar – Duas forma de pensar. Tradução: Cássio

Em paralelo, cumpre ressaltar que as heurísticas podem atuar de forma equivocada influenciando a tomada de decisões e provocando resultados, coerentes ou não, ao caso concreto, que é justamente a influência que se pretende demonstrar neste artigo.

São diversos os tipos de vieses estudados pela psicologia, dentre eles, pode-se citar:

1. Viés de disponibilidade: Quando é assumida informação disponível como representativa da realidade, por exemplo, comparar o perigo de viajar de avião ou de carro sem que haja análise estatística do real percentual de acidentes nos dois âmbitos para que pudesse apurar o perigo;
2. Viés de confirmação: Quando o cérebro busca informação para dar como resposta confirmando algo que pensa inicialmente; por exemplo, um ancião que aponta seu ponto de vista sobre algo do seu meio cultural; este é muito utilizado de forma conjunta ao viés de trancamento, exercendo uma predisposição para que o julgador confirme as opiniões alcançadas inicialmente no processo.
3. Viés de ancoragem: Funciona como uma âncora, onde o decisor pesa para determinado lado influenciando diretamente sua tomada de decisão; prejudicando, por exemplo, a imparcialidade;
4. Viés de representatividade: Classifica uma coisa com base na semelhança com um caso típico ou comum; por exemplo, quando há ataque a um ser humano simplesmente por confundi-lo com um terrorista em razão de sua aparência ou local de embarque em um avião;

de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 127.

5. Viés de informação: Quando o cérebro toma uma decisão a partir de uma informação que recebeu, podendo ser falsa ou não. Atualmente nos deparamos muito com este viés em razão das inúmeras *fake news* espalhadas pelo mundo sugerindo remédios para alguma doença; ou as muitas sugestões de dietas e melhora para o estilo de vida de uma pessoa por exemplo. Fato é que, se valendo da informação recebida, o ser humano baseia suas decisões sem se preocupar em analisar a procedência desta.

São diversos outros vieses estudados sendo os supracitados os mais comuns.

Os vieses cognitivos são atualmente relacionados a áreas da economia, do conhecimento e finanças e também pode se aplicar ao Direito como no caso da distribuição democrática das provas no processo.

Não são raras as decisões que encontramos em que pauta-se na simplificação, nos preconceitos, inclinações pessoais ou do meio ou ainda a partir da influência da mídia e demais canais informativos.

Sabe-se que todos os aspectos supracitados estão intimamente ligados a experiência de vida de cada um e à forma como se enxerga o mundo, todavia na medida em que os fatores externos ao conteúdo probatório produzido são determinantes para o futuro das partes o julgador deve ponderar.

Explica o psicólogo André Massaro¹⁶¹ que os vieses cognitivos são “erros” que comete-se baseados na heurística do pensamento, ou seja, decisões tomadas de forma não pensada e não refletida que derivam de padrões vivenciados pela própria pessoa.

Em trecho da dissertação apresentada pelo professor Natanael Lud¹⁶², apresenta-se claramente a discussão que aqui se pretende.

161 MASSARO, Andre. O que são vieses cognitivos. Disponível em : <https://www.andremassaro.com.br/vieses-cognitivos/> . Acesso em 29/07/2020.

162 LUD, Natanael. OS VIESES DE COGNIÇÃO E O PROCESSO JURISDICIONAL DEMOCRÁTICO: Um estudo sobre a mitigação de seus efeitos e o debiasing. 2018. 129 p. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2018. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_SilvaNLS_1.pdf. Acesso em 29/07/2020.

O descritivo a seguir, cita audiência de custódia/justificação observada na primeira cena do documentário “Justiça”¹⁶³, dirigido por Maria Augusta Ramos em 2004. A seguir a narrativa apresentada de forma impecável pelo professor Natanael:

“(...) em que um cidadão negro, guardador de carros, em uma cadeira de rodas - aparentemente com as pernas amputadas - é levado até uma sala de audiência, onde o juiz lhe pergunta se a acusação realizada contra ele é verdadeira, ao que responde que não. Em seguida, o juiz pergunta como se deu sua prisão, ao que responde que estava na rua, no carnaval, quando pessoas, ao passarem por ele, deixaram ali objetos que possivelmente haviam sido furtados. Em seguida, policiais se aproximaram, abordaram o cidadão e questionaram onde estavam os demais infratores. O cidadão informa ainda que os policiais o agrediram e insistiram para que desse informações acerca dos mesmos. Por não ter o cidadão provido as informações, relata que os policiais o levaram para a delegacia de polícia, onde ele afirmou novamente que não sabia do paradeiro dos marginais, insistindo ainda que, diante de sua limitação física, seria impossível que pulasse muros para assaltar casas. É possível observar que o juiz determina que se tome nota em ata apenas de questões pontuais da narrativa do cidadão, descon siderando o fato de estar em uma cadeira de rodas, tratando o caso como apenas mais um simples relato de furto. Apenas mais adiante, quando o cidadão pede que responda pela acusação recolhido a um hospital, e não à cadeia, face às suas dificuldades de locomoção, é que o magistrado se atenta para suas condições físicas.

No caso citado, é perceptível a incidência do viés de estereótipo em duas situações diferentes: num primeiro momento, o julgador parece predisposto a considerar o cidadão culpado, tendo em vista a

163 JUSTIÇA, Direção Maria Augusta Ramos. 2004. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=yLdiDn4QT84>. Acesso em: 28/07/2020.

história narrada, seus trajés, sua ocupação e sua etnia. Entretanto, ao tomar ciência da condição física do acusado e do fato de que ele já estava na cadeira de rodas quando foi preso, o julgador parece mudar sua linha interpretativa, provavelmente por considerar que seja difícil que uma pessoa com as pernas amputadas participe de um assalto a uma residência em que, inclusive, a fuga teria se dado pulando-se um muro alto.” (Grifo nosso).

Veja-se que para que a decisão proferida pelo juízo se desse de forma mais apropriada, seria necessária uma avaliação positiva do evento; levando em consideração todos os fatores a começar talvez não pelo fato, mas, pelas condições do agente.

Para os autores Bazerman e Moore¹⁶⁴, a avaliação positiva se daria a partir do desmembramento de uma questão em partes. Exemplificam a situação com o questionamento do uso de maconha, questionando-se “o uso de maconha está relacionado à delinquência?”, para avaliação positiva seria necessário avaliar os grupos de “usuários de maconha que são delinquentes, usuários de maconha que não são delinquentes, os delinquentes que usam e os que não usam maconha”.

Ao decidir de forma automática, como ocorre na cena do documentário supramencionado, o juiz incorre no erro de que um ca-deirante não pode pular um muro alto, ou que, no mínimo sofreria muitas escoriações caso fosse auxiliado a pular.

Ocorre que antes mesmo de analisar o fato sob o olhar democrático, por vezes o cérebro do julgador é traído pelos fatores mais comuns do seu próprio cotidiano. O cérebro de forma enganosa e simples coloca todas as pessoas que atende, todas as situações que vivencia e todas as provas veiculadas em seu gabinete dentro de um mesmo pacote e acabam por deduzir a uma regra geral os casos que deveriam ser julgados por um olhar específico; e isso se dá por aplicação sistemática da ocorrência dos vieses de cognição.

É possível verificar esse jogo de pré-julgamento a partir da postura dos envolvidos no momento da divulgação de um delito também. Sabe-se que nos casos de grande repercussão em que a mídia torna-se

164 BAZERMAN, Max H., MOORE, Don. Processo Decisório. 7. ed. Tradução Daniel Vieira. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 11-12.

o verdadeiro formador de opinião, o próprio agente se reveste das “armaduras” necessárias para antes mesmo da formação da prova processual os envolvidos no julgamento – juízes, promotores, advogados, população, etc. - já estejam convencidos da sua superficial participação.

Diversos são os casos cuja repercussão social e midiáticos foram seus reais sentenciadores, mas, fazer o juízo de valor não é o objetivo aqui.

No caso Eliza Samudio x Goleiro Bruno datado de 2010, inexistiram restos mortais para comprovar a morte e, entretanto, ambos os envolvidos foram condenados a pena privativa de liberdade¹⁶⁵.

Mais recentemente em junho de 2020 o menino Miguel faleceu, em Tamandaré, Pernambuco, sob os cuidados da patroa de sua mãe que fingiu apertar o botão do elevador e ao deixar o menino desprotegido, vivenciou a morte da criança que caiu do prédio onde estava.

Em entrevista dada por ela ao Fantástico ¹⁶⁶, onde, entre outros, ela alega que não foi responsável pela morte da criança e tão pouco concorreu para que o fato acontecesse, todo o cenário da entrevista foi milimetricamente preparado inclusive suas roupas e expressões corporais a fim de que sua situação em face da sociedade fosse amenizada o que por questões óbvias abrangerão seu julgamento.

Os juízes não estão isentos da interferência dos fatores externos nas suas tomadas de decisões, principalmente se considerarmos que todos compartilham a vida com suas famílias, servidores e demais magistrados, estando inseridos em ambientes sociais.

Um meio de controlar e direcionar a decisão é através da distribuição democrática da prova.

O legislador promoveu um equilíbrio entre as partes direcionando democraticamente a cada uma a possibilidade de provar a seu modo (art. 373, CPC – Ao autor quando do fato constitutivo do seu direito e ao réu, quando se tratar de fato extintivo, modificativo do que se alega); e em contrapartida, permitiu para cada caso concreto uma série de meios de prova como já mencionado no decorrer deste con-

165 <https://www.conjur.com.br/dl/sentenca-bruno-elisa-samudio.pdf>
acesso 29/07/2020.

166 <https://g1.globo.com/fantastico/noticia/2020/07/05/entrevista-exclusiva-eu-vou-a-guardar-o-que-a-justica-decidir-diz-sari-corte-real.ghtml> - acesso em 28/07/2020.

teúdo ou ainda a inversão do ônus probatório para os casos especificados em lei.

Às partes cabe a produção da prova e ao julgador, a análise imparcial do conteúdo probatório a fim de que a decisão final seja resultado do conteúdo ali discutido e não sopesada pela sua vivência apenas.

A influência dos vieses cognitivos é vislumbrada de forma bem objetiva quando se tem como cenário analisado a imensidão de demandas propostas face às grandes empresas de telefonia, por exemplo, e as inúmeras dificuldades que estas encontram para realizar a defesa que lhe é de direito.

Vejam os. É sabido que o capital monetário das empresas de telefonia é de fato grandioso, entretanto, os colaboradores que as compõem e os demais custos de operação e desenvolvimento de atividade também são elevados; não diminuindo sua responsabilidade social principalmente no tocante a prestação de serviços de qualidade.

Os consumidores em paralelo são uma massa ativa, perante o judiciário por seus inúmeros pormenores cotidianamente experienciados.

Ocorre que diante da distribuição de uma ação judicial consumerista, o consumidor é parte hipossuficiente na relação jurídica discutida e por si só, arremessa à empresa o ônus da produção da prova em escala geral.

A empresa em contrapartida se depara com milhares de demandas e paralelamente com o ônus de produzir todas as provas positivas ou negativas, administrando-as conforme a necessidade de cada caso. Além de se esbarrar em fatores como grande escala, lapso temporal curto para concatenação dos subsídios, ainda enfrenta a opinião pessoal do juiz da causa sobre a sua relação com a empresa, uma vez que este também é um consumidor comum muitas vezes daquele produto ou similar, além da inflexibilidade da aceitação de telas sistêmicas como meio de prova, mesmo sabendo que embora consideradas provas unilaterais e de fácil manipulação, podem ser utilizadas se acrescidas de demais documentos capazes de formar o convencimento do magistrado.

Diante de todo esse cenário, o mais preocupante para a empresa é a insegurança jurídica que a situação gera uma vez que na maioria das vezes a prova da contratação de uma linha telefônica ou a existência ou não de um protocolo se dá justamente pelos registros sistêmicos da própria operadora e nem sempre são acolhidos de bom grado pelo julgador.

Registra-se que em um mundo cada vez mais tecnológico, principalmente após as adaptações que surgirão após a pandemia do COVID-19, o uso de telas, prints e fotografias vêm sendo aderido a fim de auxiliar a instrução processual, contudo, ainda há divergência jurisprudencial no tocante as telas sistêmicas como meio de comprovação. Vejamos:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA - PESSOA FÍSICA - COMPROVAÇÃO DA HIPOSSUFICIÊNCIA - DEFERIMENTO - INSCRIÇÃO INDEVIDA EM CADASTROS DE INADIMPLENTES - DÍVIDA NÃO COMPROVADA - PRINTS DE SISTEMA INTERNO - PROVA UNILATERAL - DANOS MORAIS - NÃO CONFIGURAÇÃO - LEGÍTIMA INSCRIÇÃO PREEXISTENTE - SÚMULA 385 DO STJ - APLICABILIDADE - LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ - NÃO CONFIGURAÇÃO - INDENIZAÇÃO À PARTE RÉ - NÃO CABIMENTO. - As impressões de tela de computador não comprovam a existência da dívida, por ser documento produzido unilateralmente pela própria parte. - Considerando que a apelada não comprovou a existência da dívida, impõe-se reconhecer como indevida a inscrição do nome da apelante em cadastro de inadimplentes. - Aplica-se a Súmula nº 385 do STJ também às ações voltadas contra o suposto credor que efetivou a inscrição irregular, quando há legítima inscrição preexistente da parte em cadastros de inadimplentes. - Ausente qualquer das hipóteses discriminadas no art. 80 do CPC/15, não há que se falar em litigância de má-fé. (TJMG - Apelação Cível 1.0000.18.116264-5/001, Relator(a): Des.(a) Sérgio André da Fonse-

ca Xavier , 18ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 29/01/0019, publicação da súmula em 29/01/2019)

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO, COM PEDIDO DE LIMINAR, CUMULADA COM INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL - INCLUSÃO DO NOME NOS ÓRGÃOS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO - ORIGEM DO DÉBITO NÃO DEMONSTRADA - DOCUMENTOS UNILATERAIS - DANO MORAL NÃO CONFIGURADO - APLICABILIDADE DA SÚMULA 385 DO STJ. A mera apresentação de telas de sistema informatizado, desacompanhadas de quaisquer outras evidências acerca da formalização da relação jurídica entre as partes, não é suficiente para comprovar a existência da dívida, dado o caráter unilateral de tais documentos. Não demonstrada a origem do débito, deve ser reconhecida a ilicitude da conduta de incluir o nome do consumidor nos órgãos de restrição ao crédito. Inexistente dano moral quando verificados outros apontamentos em nome do consumidor e não demonstrado que eles estão sendo judicialmente questionados. (TJMG - Apelação Cível 1.0000.18.126726-1/001, Relator(a): Des. (a) Newton Teixeira Carvalho , 13ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 07/02/0019, publicação da súmula em 08/02/2019)

Em ambos os casos foram apresentadas telas sistêmicas a fim de indicar a existência de uma dívida, entretanto, para cada julgador sua aceitação é divergente.

Para uma análise realmente efetiva e democrática da prova, seria necessária a avaliação positiva diante do caso concreto como fizeram os autores Bazerman e Moore. Hipoteticamente, em um caso de fraude seria necessário avaliar: “o uso de um serviço de telefonia está relacionado fraude de dados?” que se desmembraria positivamente se avaliássemos “quantos usuários dos serviços de telefonia foram vítimas de fraude e quantos não foram, se todas as vítimas de fraude de dados utilizaram do serviço de telefonia e por isso caíram em determinado golpe, quantas vítimas possuem outros serviços que geraram

prejuízo similar (por exemplo, negativas apontadas por outras empresas) ou ainda quais os demais fatos geradores do resultado fraude”.

Após uma análise positiva levantada de caso a caso, seria possível avaliar com qualidade as provas produzidas por ambas as partes e por vezes diminuir as altíssimas condenações que são direcionadas às empresas utilizando muitas vezes apenas o seu capital social; frisando ainda que a justificativa de altas condenações é tão somente o caráter punitivo e educativo o que nem sempre é a realidade.

Por todo o exposto, é possível concluir que as experiências vivenciadas por cada ser humano, e neste contexto, aquele que vivencia diretamente o procedimento processual, influenciam o olhar que se lança sobre a prova e a utilização dela para a conclusão final.

5. Considerações Finais

No decorrer deste artigo, analisou-se a prova, sua evolução e meios de produção.

Tratou-se também de traçar breve análise sobre o conceito de vieses cognitivos e a influência destes na análise das provas inicialmente abordadas; considerando que a existência destes é diretamente proporcional a decisão final, uma vez que promovem uma rachadura da imparcialidade sendo o julgador influenciado pela tendência de enviesamento das suas próprias concepções e busca de elementos que venham embasar seu decisum.

Restam simplificado no texto que muitos entes processuais são diretamente afetados por análises tendenciosas de provas ou falta delas, como se demonstrou com os casos exemplificativos citados e que isto vai de encontro ao princípio da cooperação processual abraçado cada vez mais pelo código de processo civil de 2015 que procurou inserir as partes dentro do processo indicando que o fruto da discussão processual seria então o melhor resultado, como ocorre, por exemplo, nos casos de tutela de evidência ou ainda na consideração feita no artigo 489, §1º do CPC, que indica que as decisões judiciais devem ser fundamentadas, mas, que além disso deve se inserir o motivo concreto para aquele resultado.

Por fim, registra-se que embora haja um assoberbamento do judiciário em concorrência com essa onda de informações que recebemos todos os dias que geram gatilhos inconscientes a todo ser humano, seja ele o cliente, o advogado ou o próprio julgador, todos os operadores do direito devem buscar uma atuação baseada na verdade, trabalhando caso a caso, utilizando-se dos meios cabíveis para a instrução probatória, mas, tendo o direito e a lei como base para refinar o conteúdo produzindo resultados justos e não de pura influência do meio.

6. Referências

ARAUJO , Tales . Novo Cpc: teoria geral da prova. Disponível em <https://www.megajuridico.com/novo-cpc-teoria-geral-da-prova/> . Acesso em 30/07/2020.

AZEVEDO, Antonio Danilo Moura de. A teoria dinâmica de distribuição do ônus da prova no direito processual civil brasileiro. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 12, n. 1500, 10 ago. 2007. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/10264>. Acesso em: 29 jul. 2020.

BAZERMAN, Max H., MOORE, Don. Processo Decisório. 7. ed. Tradução Daniel Vieira. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 11-12.

CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil. Trad. J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1995. V3; p93.

GAIO JÚNIOR, Instruções de Direito Processual Civil – Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. Introdução ao Estudo de Direito. 26. Ed. Ver. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

HOLTHAUSEN, Fábio Zabet. Prova judicial. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5043 . Acesso em 30/07/2020.

KAHNEMAN, Daniel. Rápido e devagar – Duas formas de pensar. Tradução: Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

LANG, Karine Mastella. A história das provas. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/a-historia-das-provas/>. Acesso em 28/07/2020.

LEÃO, Fabiana e Gabrielle Ferrara - Prova: inovações no novo CPC -- disponível em <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI234071,-51045-rova+inovacoes+no+novo+CPC>. Acesso em 30/07/2020.

LOPES, João Batista A prova no Direito Processual Civil. 1. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LUD, Natanael. OS VIESES DE COGNIÇÃO E O PROCESSO JURISDICIONAL DEMOCRÁTICO: Um estudo sobre a mitigação de seus efeitos e o debiasing. 2018. 129 p. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2018. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_SilvaNLS_1.pdf. Acesso em 29/07/2020.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. Novo curso de processo civil. Vol. 1: teoria do processo civil – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MASSARO, Andre. O que são vieses cognitivos. Disponível em : <https://www.andremassaro.com.br/vieses-cognitivos/> . Acesso em 29/07/2020.

NUNES, Dierle; LUD, Natanael; PEDRON, Flávio. Desconfiança da (im)parcialidade dos sujeitos processuais: Um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o debiasing. Salvador, Jus Podium, 2018.

ROSSI, Carlos Alberto Del Papa - A prova pericial no Novo Código de Processo Civil - Disponível em <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/9695/A-prova-pericial-no-Novo-Codigo-de-Processo-Civil> . Acesso em 29/07/2020.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 1 v. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. TALAMINI, Eduardo. Curso avançado de processo civil. Vol. 1: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 14. Ed. Ver. E atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

