

I Mostra de pesquisa em Direito Civil Constitucionalizado – UNISC 2014

Andrey Felipe Lacerda

O SISTEMA HÍBRIDO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE

1 O direito civil constitucionalizado

A intervenção estatal na atividade econômica e na vida social, propiciada pelo modelo do *Welfare State*, deixou como legado a consciência de que a autonomia da vontade não é absoluta, sendo produto da conformação entre a liberdade e a igualdade dos cidadãos, assim, para que se possa construir uma sociedade livre, justa e solidária é necessária a presença do Estado.

No entanto, a história também registra que o grau desta intervenção deve ser moderado, uma vez que o ente soberano é incapaz de gerir com eficiência uma economia planejada, uma vez que ela obedece a uma racionalidade própria voltada para o lucro. Ademais, a experiência também revela que o paternalismo excessivo prejudica o livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo. Nessa senda, optou o legislador constituinte por inserir na norma fundamental institutos basilares do direito privado: família, propriedade e contrato, sendo que o fez de forma aberta e indeterminada, utilizando cláusulas gerais, conceitos jurídicos indeterminados e mandamentos de otimização, justamente para adequar, conforme o tempo e a conjuntura, o nível de intervenção na esfera privada. Temos, então, o fenômeno da constitucionalização do direito privado.

O fenômeno apresenta mudanças substanciais sob quatro enfoques: (i) tipificação de institutos de direito privado na Constituição; (ii) alteração do conteúdo da autonomia privada; (iii) personalização do direito civil; (iv) eficácia horizontal dos direitos fundamentais (*Drittwirkung*).

A positivação de institutos como da liberdade associativa (art. 5º, XVII), representatividade sindical (art. 8º), impenhorabilidade da pequena propriedade rural (art. 5º XXVI), direitos autorais (XXVIII), direito de herança (art. 5º,XXX) dentre outros, denota a preocupação do constituinte originário em salvaguardar determinadas instituições essenciais ao regime democrático, cuja função é limitar o poder do Estado. Porém, no que tange a prescrições como as do art. 1º, IV (os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa). Art. 3º,III (erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais), art. 3º, I (construir uma sociedade livre, justa e solidária), art. 170 (A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os

I Mostra de pesquisa em Direito Civil Constitucionalizado – UNISC 2014

seguintes princípios), art. 5ºXXIII (a propriedade atenderá a sua função social) e Art. 226. (A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado) a situação jurídica é outra, tendo em vista que os dispositivos permitem a valoração de todo o direito privado em sintonia com o princípio da dignidade da pessoa humana, cujos efeitos se irradiam por meio da dimensão objetiva dos direitos fundamentais¹. Destarte, instaura-se uma nova ordem pública alinhada aos fundamentos e objetivos fundamentais da República².

Através destas prescrições constitucionais, verificamos conforme as lições de Gustavo Tepedino, que o conteúdo da autonomia privada é transformado substancialmente em seus aspectos *subjetivo, objetivo e formal*. No que concerne ao aspecto subjetivo, observa-se que o legislador optou por proteger grupos de pessoas vulneráveis e não apenas um sujeito de direito genérico, o que implicou na *fragmentação do direito civil*, isto é, no surgimento de microssistemas e estatutos como o CDC, ECA, Estatuto do Idoso e etc, como conseqüência da igualdade material. Já no que tange ao aspecto objetivo, as mudanças se voltam para a necessidade de proteção de novos bens jurídicos ante as novas ameaças à pessoa humana, oriundas da evolução científica e tecnológica, tais como a identidade genética e os dados pessoais. Por fim, quanto à forma, constata-se que a própria elaboração dos atos jurídicos antes voltada para a segurança patrimonial, hoje encontra limitação na redação de cláusulas mais objetivas e claras, de forma a proteger o aderente hipossuficiente das chicanas contratuais, também ganha relevo a revisão contratual por onerosidade excessiva e a proteção de um patrimônio mínimo da pessoa, imune a expropriação, voltado a garantir o núcleo essencial das condições mínimas para uma vida digna.

¹A perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, na linha de Ingo Wolfgang Sarlet, conduz à ideia de que estes não se limitam à função precípua de serem direitos subjetivos de defesa do indivíduo, além disso, constituem decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos. Nesse sentido, os direitos fundamentais passam a se apresentar no âmbito da ordem constitucional como um conjunto de valores, objetivos básicos e fins diretivos da ação positiva do Estado. Ademais, como desdobramento de uma força jurídica objetiva autônoma verifica-se *eficácia irradiante*, (*Ausstrahlungswirkung*) dos direitos fundamentais, no sentido de que estes, na sua condição de direito objetivo, fornecem impulsos e diretrizes para aplicação e interpretação do direito infraconstitucional, o que, além disso, apontaria para necessidade de uma interpretação conforme os direitos fundamentais, que pode ser considerada, ainda que com ressalvas, semelhante à técnica hermenêutica da interpretação conforme a Constituição. Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. “*A Eficácia dos Direitos Fundamentais*”. 10ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

² Cf. TEPEDINO, Gustavo. *Normas Constitucionais e Direito Civil na Construção Unitária do Ordenamento Jurídico*. In. SARMENTO, Daniel. E SOUZA NETO, Claudio Pereira de. (org.) “*A constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*”. Rio de Janeiro:Lumen Juris, 2007.

I Mostra de pesquisa em Direito Civil Constitucionalizado – UNISC 2014

2 Aplicabilidade e eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas

No que concerne à aplicabilidade das normas de direitos fundamentais a particulares, verifica-se que a doutrina não é uníssona havendo adeptos da inaplicabilidade, da *aplicabilidade direta* e, ainda, os que defendem a *aplicabilidade indireta* e, também uma corrente que defende uma espécie de *eficácia prima facie*.

Preliminarmente é necessário distinguir os conceitos de *eficácia* das normas de direito fundamental, seus *efeitos* e sua *aplicabilidade*, para que se possa atingir maior solidez conceitual. Aplicabilidade, embora conexa à ideia de eficácia, com ela não se confunde. É perfeitamente possível que uma norma eficaz, porque apta a produzir efeitos, não produza efeito nenhum em certos tipos de relação. Porém, não produzir efeitos em uma determinada relação em nada altera a eficácia da norma³.

A ideia de aplicabilidade exige um complemento: “aplicar algo”; “aplicar a que”; “aplicar algo a que tipo de relação?” Nesse sentido é que se diz que “a CLT é aplicável aos trabalhadores com vínculo de emprego nos termos dos seus artigos 2º e 3º” ou “não se aplica o regime geral de previdência aos servidores públicos com regime próprio”. Note-se que, decidir sobre aplicabilidade envolve sempre uma conexão entre fatos e normas. Aplicabilidade é, portanto, um conceito que envolve uma dimensão fática que não está presente no conceito de eficácia (aptidão para produzir efeitos). Norma aplicável é aquela que é dotada de eficácia e cujo suporte fático se conecta com os fatos do caso concreto, trata-se de uma relação conjuntiva.

Essa noção de aplicabilidade se torna fundamental ao analisarmos o disposto no art. 5º, § 1º, da Constituição Federal: “§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Isso não quer dizer que as normas de direitos fundamentais se aplicam a qualquer tipo de relação jurídica, o parágrafo citado apenas faz menção a eficácia dos direitos fundamentais (no sentido de que não há exigência de interposição legislativa). Não há qualquer alusão a situações fáticas em que se deva ou não aplicar o regime diferenciado dos direitos fundamentais.

Na visão de Virgílio Afonso da Silva:

³ Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. “A Constitucionalização do Direito: Os Direitos Fundamentais nas relações entre particulares”. 1ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

I Mostra de pesquisa em Direito Civil Constitucionalizado – UNISC 2014

Há aqui, na minha opinião, uma confusão entre a eficácia dos direitos fundamentais, sua forma de produção e efeitos e seu âmbito de aplicação. O texto constitucional, que dispõe que os direitos fundamentais terão aplicabilidade imediata, faz menção a uma potencialidade, à capacidade de produzir efeitos desde já.⁴

Ingo Wolfgang Sarlet afirma que “ *o constituinte pretendeu, com sua expressa previsão no texto, evitar um esvaziamento dos direitos fundamentais, impedindo que os permaneçam letra morta no texto da Constituição.*”⁵ Dessa noção de aplicação imediata do § 1º do artigo 5º da Constituição, se extrai a moderna concepção de eficácia plena de todos direitos fundamentais, independentemente de seu status preponderante de defesa ou prestacional. Logo, diante da aplicabilidade imediata, não há que se falar em mediação legislativa para implementar direitos fundamentais.

Pois bem, feitos os apontamentos iniciais cabe proceder à análise da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. Quando se fala em *aplicabilidade direta* dos direitos fundamentais às relações entre particulares, quer-se dizer que, são aplicados sem que haja qualquer intermediação, ou seja, obedece a mesma lógica da aplicação de defesa do cidadão frente ao Estado.

No STF, a questão foi ventilada no RE 158.215, onde a Cooperativa Mista São Luiz, do Rio Grande do Sul, optou por expulsar alguns de seus associados sem observar regras estatutárias relativas ao procedimento de exclusão, bem como sem ofertar qualquer possibilidade de defesa. Segundo o Ministro Marco Aurélio: “a garantia da ampla defesa está insculpida em preceito de ordem pública” razão pela qual não pode ser desobedecida em nenhum âmbito. Outro caso de aplicação direta foi objeto de apreciação no RE 161.243, em que foram negados alguns benefícios do plano de carreiras da empresa *Air France* a um funcionário brasileiro, discriminando empregados não-franceses. Assim, o STF entendeu, que o princípio da igualdade deve ser respeitado em qualquer relação, afirmando que a “discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso (...) é inconstitucional.

A proposta de eficácia indireta foi formulada inicialmente por Dürig, surgiu da apreciação do caso Lüth, em 1950, ocasião em que o Sr. Lüth defendeu em uma conferência de produtores de cinema o boicote a um filme (*Unsterbliche Geliebte – Amantes imortais*) produzido por um cineasta que, na época do regime nazista havia produzido filmes de conteúdo anti-semita e propaganda para

⁴. SILVA, Virgílio Afonso da. “A Constitucionalização do Direito: Os Direitos Fundamentais nas relações entre particulares”. 1ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p.57.

⁵SARLET, Ingo Wolfgang. “A Eficácia dos Direitos Fundamentais”. 10ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 264.

I Mostra de pesquisa em Direito Civil Constitucionalizado – UNISC 2014

o regime. Inconformado, o cineasta ajuizou ação de reparação de danos em face do Sr. Lüth, que por sua vez argumentou estar amparado pela livre manifestação do pensamento. A decisão reconheceu o direito à liberdade de expressão, mas com fundamento numa cláusula geral de bons costumes inserida no BGB: “aquele que, de forma contrária aos bons costumes, causa prejuízo a outrem fica obrigado a indenizá-lo”. Assim, o tribunal reconheceu a violação a uma ordem objetiva de valores que se manifesta indiretamente na codificação civil, por meio de cláusulas gerais.

O modelo de *aplicabilidade indireta*, das normas de direitos fundamentais aos particulares preconiza apenas uma produção indireta de efeitos por meio da reinterpretação do direito infraconstitucional, ou seja, pela “filtragem constitucional”, proporcionada pela dimensão objetiva dos direitos fundamentais e recepcionada por conceitos jurídicos indeterminados, cláusulas gerais e princípios setoriais do próprio direito privado. Assim, parte do pressuposto do reconhecimento de um direito geral de liberdade, consagrado pela grande maioria das constituições democráticas ocidentais. É esse direito que impede que os direitos fundamentais tenham um caráter absoluto nas relações privadas, pois se assim não fosse, o direito privado perderia sua razão de ser. Um total domínio do direito constitucional implicaria, internamente, em contradição, pois a própria ideia de constitucionalização fundamenta-se na garantia da liberdade em face do poder soberano. Portanto:

Para conciliar direitos fundamentais e direito privado sem que haja um domínio de um pelo outro, a solução proposta é a *influência* dos direitos fundamentais nas relações privadas *por intermédio* do material normativo do próprio direito privado. Essa é a base dos *efeitos indiretos*. Essa conciliação entre direitos fundamentais e direito privado, por meio da produção indireta de efeitos dos primeiros no segundo, pressupõem a ligação de uma concepção de direitos fundamentais como um *sistema de valores* com a existência de *portas de entrada* desses valores no próprio direito privado, que seriam as *cláusulas gerais*.⁶

Os direitos fundamentais na Constituição da República de 1988 possuem múltiplas funções, protegem bem jurídicos igualmente fundamentais e apresentam peculiaridades diversas a depender da situação fática a ser normatizada, portanto, não nos parece adequado optar por um ou outro modelo de forma apriorística. Nesse sentido, somente as circunstâncias de cada caso concreto podem oferecer os parâmetros necessários para se definir o grau e a intensidade da intervenção Estatal. Entretanto, existem critérios que auxiliam esta tarefa tais como: a assimetria das relações de poder, a proporcionalidade, hipossuficiência, exclusão social, discriminação, onerosidade excessiva etc..

⁶. SILVA, Virgílio Afonso da. “A Constitucionalização do Direito: Os Direitos Fundamentais nas relações entre particulares”. 1ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 76.

I Mostra de pesquisa em Direito Civil Constitucionalizado – UNISC 2014

3 A personalização do direito civil e o sistema híbrido de proteção dos direitos de personalidade

A personalização do direito civil deslocou o eixo de proteção do patrimônio para a pessoa, assim os institutos de direito civil devem ser relidos à luz do princípio da dignidade da pessoa humana. Segundo Gustavo Tepedino:

À luz do princípio da dignidade da pessoa humana têm-se, de um lado, a técnica das relações jurídicas existenciais, que informam diretamente os chamados direitos da personalidade e, mais amplamente, a tutela da pessoa nas comunidades intermediárias, nas entidades familiares, na empresa, nas relações de consumo e na atividade econômica privada, particularmente no momento da prevenção da lesão, deflagrando, a partir daí, uma transformação profunda na dogmática da responsabilidade civil. A dignidade da pessoa humana, como valor e princípio, compõe-se dos princípios da liberdade privada, da integridade psico-física, da igualdade substancial (art. 3º, III,CF) e da solidariedade social (art. 3º, I,CF). Tais princípios conferem fundamento de legitimidade ao valor social da livre iniciativa (art. 1º,IV,CF), moldam a atividade econômica privada (art. 170,CF) e, em última análise, os próprios princípios fundamentais do regime contratual regulados pelo Código Civil.⁷

Com efeito, cabe ressaltar que a descoberta da personalidade humana como aspecto inerente à natureza do homem e fundamental para sua qualidade de vida despertou a necessidade de tutelar alguns desses valores através do direito. O reconhecimento da *subjetividade do indivíduo*, por Sigmund Freud, possibilitou o reconhecimento de elementos intrínsecos à pessoa necessários para garantir a felicidade humana, os quais não poderiam ser ignorados pelo direito. A honra, a reputação, a imagem, o nome, a afetividade, a sexualidade, a religiosidade e a integridade psíquica como um todo, são alguns dos elementos que formam essa identidade e a subjetividade humana, sendo protegidos tanto pela Constituição, no âmbito de proteção da dignidade humana, como pela nova codificação civil, no âmbito de proteção do Título I, capítulo II do Código Civil.

Assim, a categoria dos direitos de personalidade é formada por um *sistema híbrido de proteção*⁸ da pessoa, seja frente ao Estado ou a outros particulares. Isso significa que são conjugados os efeitos da proteção constitucional diferenciada dos direitos fundamentais, notadamente oriunda da supremacia constitucional, da aplicabilidade imediata (art.5º, § 1º) e da proteção do núcleo essencial (art. 60,§ 4º), com os efeitos da proteção do código civil, concernentes

⁷ TEPEDINO, Gustavo. *Normas Constitucionais e Direito Civil na Construção Unitária do Ordenamento Jurídico*. In. SARMENTO, Daniel. E SOUZA NETO, Claudio Pereira de. (org.) “A constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas”. Rio de Janeiro:Lumen Juris, 2007, p. 316.

⁸ Cf. MELLO, Cláudio Ari. *Contribuição para uma teoria híbrida dos direitos de personalidade*. In. SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *O Novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

I Mostra de pesquisa em Direito Civil Constitucionalizado – UNISC 2014

a possibilidade de reparação por dano moral (art. 12 e 21 cc 186 e 927), invalidação de atos e negócios jurídicos ofensivos (arts. 166 e 171), revisão ou reparação por lesões contratuais (arts. 421 e 422), bem como a tutela inibitória ou de remoção do ilícito (art. 461, §§ 3º, 4º e 5º do CPC). Logo, em virtude do artigo 5º, § 1º da Constituição, garante-se uma proteção hierarquicamente superior, por força do artigo 60, §4º, IV, conferindo aos direitos de personalidade o poder de derogar prescrições ofensivas decorrentes do direito ordinário e de limitar a intervenção restritiva e desproporcional do particular em seu âmbito de proteção.

REFERÊNCIAS

MELLO, Cláudio Ari. *Contribuição para uma teoria híbrida dos direitos de personalidade*. In. SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *O Novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da. “*A Constitucionalização do Direito: Os Direitos Fundamentais nas relações entre particulares*”. 1ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

TEPEDINO, Gustavo. *Normas Constitucionais e Direito Civil na Construção Unitária do Ordenamento Jurídico*. In. SARMENTO, Daniel. E SOUZA NETO, Claudio Pereira de. (org.) “*A constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas*”. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.