

DILEMAS DE DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL

Aluno: Miguel Drummond de Paula Labouriau

Orientadora: Maria Celina Bodin de Moraes

Co-orientador: Carlos Nelson de Paula Konder

Introdução

As primeiras passagens pelo estudo do Direito já nos revelam a sua imbricada relação com a sociedade. O Direito se afigura como fenômeno social, sendo uma das características da realidade jurídica a sua sociabilidade, ou qualidade de ser social [1]. O dizer perene de Miguel Reale confirma o direito como fato social: “*O Direito é um fenômeno histórico-social sempre sujeito a variações e intercorrências, fluxos e refluxos no espaço e no tempo*” [2]. Quer-se dizer que a realidade social e o Direito se interpenetram, coexistindo de maneira simbiótica, dada a sua interdependência. O Direito, pois, se transmuda de acordo com o fenômeno social, assim como a sociedade se adapta ao Direito, marcando-se a expressão romana *ubi societas, ibi jus*, assim como a sua recíproca *ubi jus, ibi societas*.

Parece, porém, que no recente caminhar da humanidade, desde os primeiros movimentos iluministas até os dias de hoje, o Direito Civil foi o ramo jurídico que mais sofreu com as inflexões sociais.

As codificações elaboradas no transcorrer do século XIX, com especial destaque para o Code Napoleon, delineavam o Direito Civil como verdadeira coroa do individualismo. O Direito Civil recebeu a tarefa de resguardar os interesses particulares, garantindo estabilidade à atividade privada e ao sujeito de direitos, afastando a ingerência estatal do âmbito de atividades do indivíduo, conformando um ‘mundo da segurança’ [3]. Neste mesmo diapasão as regras de direito público afiguravam-se nitidamente distanciadas das normas de direito privado, uma vez que ao direito público não cabia interferir na esfera privada.

A ascensão do intervencionismo estatal surgida em decorrência de movimentos sociais insuflados numa Europa em plena industrialização e a caminho de uma guerra mundial, acabou por ensejar um movimento de publicização do direito civil [4].

Neste sentido, o Estado passa a produzir leis extracodificadas que viabilizaram o ingresso do comando estatal nas relações privadas. Esta produção legiferante que era concebida, inicialmente, como emergencial e que, por conseguinte, não alterava a soberania do Código Civil, passou a se mostrar de grande monta. O robusto grupo de leis extravagantes, que vieram a regular novos institutos surgidos com a evolução social, ganhou relevância especial, destacando-se do direito codificado, criando-se um verdadeiro direito especial [5]. Há, neste passo, uma sensível alteração quanto à técnica legislativa, consagrando-se a utilização de cláusulas gerais [6].

O sentido constitucional dos Códigos, no arguto dizer de Michele Giorgianni [7], fica esvaziado uma vez por todas com o novo constitucionalismo fortalecido pelo pós-guerra. A Constituição passa a ocupar local de destaque no ordenamento jurídico, uma vez que se desvencilha da pecha de ser considerada mera carta política.

A Constituição passa a ser o sustentáculo do ordenamento jurídico, razão-de-ser de todas as outras normas. Este papel hierárquico adotado pelo Diploma Maior acarreta impacto deveras relevante para o Direito Civil, porquanto o Código Civil e toda a normativa civilística extravagante passam a dever obediência ao ditado constitucional. Desta feita, o comando constitucional se dissemina por todo o ordenamento jurídico, espalhando-se os valores

contidos na tábua axiológica constitucional por todo o tecido normativo [8]. A Lei Maior, neste diapasão, confere à ordem jurídica um caráter de unicidade e sistematicidade.

Este renovado constitucionalismo tem especial repercussão no Direito Civil. Isto porque o Código Civil não está alheio à normativa constitucional e, pois, deve se submeter aos princípios propugnados pela Constituição. Este fato tem por consequência dissolver a summa divisio entre direito público e direito privado, posto que todas as normas que compõe o ordenamento jurídico passam a observar os princípios constitucionais [9]. Nesta esteira, reafirma-se o rompimento com o individualismo próprio da era das codificações, travestindo-se o próprio conceito de direito subjetivo, fato observado em ilustre página por Maria Celina Bodin de Moraes, ao asseverar que o direito subjetivo deixa de ser entendido como senhoria da vontade para apenas refletir os ditames do direito objetivo [10].

Note-se que o surgimento de variegadas leis esparsas, que conformava uma verdadeira era dos estatutos, no dizer de Gustavo Tepedino, não se esquivou da soberania constitucional. As sobreditas leis extravagantes não comportaram a característica de microssistema, ao serem consideradas grupos normativos isolados, pois o ditado constitucional passa a ser ponto nodal de toda legislação civilística, garantindo ao ordenamento unidade, demovendo-se a idéia de microssistemas legislativos [11].

Dos Objetivos e da Justificativa da Pesquisa

As intensas e vitais ocorrências constatadas nas linhas anteriores, acenam para uma nova interpretação da legislação civil. A normativa constitucional lança seu pálio sobre o ordenamento civilístico, ocasionando a incidência direta e imediata da tábua axiológica constitucional sobre o corpo de leis civil e, conseguintemente, sobre as relações interprivadas. A norma ordinária ganha revigorado fôlego através dos princípios constitucionais, conforme pontifica Gustavo Tepedino [12].

Hodiernamente, o jurista é cauteloso ao interpretar a norma civil, pois tem a árdua tarefa de adequar os institutos do direito civil aos princípios constitucionais [13]. Há um esforço no sentido de aplicar os princípios constitucionais de maneira direta e imediata, dado a sua natureza normativa [14]. A diretriz constitucional não apenas passa a ser o suporte lógico-jurídico das normas civis, como também incide verticalmente sobre as relações privadas. Este esforço hermenêutico é o cerne do presente projeto, o qual busca confirmar as atuais tendências de conformação da norma civil ao preceito constitucional e, mormente, de garantir o desiderato constitucional de proteção à dignidade da pessoa humana [15].

A utilização de princípios na atividade hermenêutica mostra-se recente na história jurídica, fato perceptível pelas diversas correntes doutrinárias que se formaram almejando o adequado manejo dos princípios. Apesar do florescer de entendimentos dissonantes, os juristas acordam ao indicar o caráter normativo dos princípios. Os princípios que, notadamente atribuídos do caráter normativo, não são indicações rígidas, incompatíveis umas com as outras. São, ao revés, mandamentos dotados de versatilidade, o que permite maior mobilidade ao direito [16]. Esta ascensão dos princípios permitiu, outrossim, uma reconstrução do positivismo kelseniano preconizador da técnica de subsunção, através da qual se dá adequação da *fattispecie* abstrata ao caso concreto [17].

Ao considerar os princípios como normas maleáveis, salienta-se o ensinamento de Robert Alexy, ao pontificar a natureza dos princípios como mandados de otimização: *“Princípios são, portanto, mandamentos de otimização. Como tais, eles podem ser preenchidos em graus distintos. A medida ordenada do cumprimento depende não só das possibilidades fáticas, senão também das jurídicas. Estas são determinadas, ao lado, por regras, essencialmente por princípios opostos. As colisões de direitos fundamentais supra delineadas devem, segundo a teoria dos princípios, ser qualificadas de colisões de princípios.*

O procedimento para a solução de colisões de princípios é a ponderação. Princípios e ponderações são dois lados de um mesmo objeto.” [18]

Neste passo, quando da colisão entre princípios, deverá haver uma ponderação entre eles, operação que será guiada pelas circunstâncias do caso concreto. Resta ao jurista a tarefa de relevar cada vicissitude do caso para ver realizado o mecanismo da ponderação [19].

É por tal razão que se vislumbra um ordenamento mais coeso e sistemático, no qual os princípios assumem a função de verdadeiras engrenagens, possibilitando uma relação mais nítida e pura entre a norma e o fato social. Entende-se, doravante, que a colisão entre princípios não se traduz como mácula ao ordenamento, mas sim como “hipótese inerente à complexidade do fenômeno jurídico” [20].

Dos Objetos de Estudo

O Diploma Constitucional, como já afirmado anteriormente, recebe superioridade normativa, exigindo plena obediência aos seus ditames. Tal peculiaridade hierárquica da Constituição encontra guarida no princípio da democracia, posto que a Carta Constitucional é fruto da deliberação soberana da Assembléia Nacional Constituinte. É de se ressaltar, doravante, o momento histórico no qual este renovado constitucionalismo se firma como doutrina dominante, elevando a Constituição ao patamar de norma-vetor do ordenamento jurídico. As atuais constituições européias surgiram logo após o holocausto nazista, formuladas no bojo de diversas manifestações que visavam dispensar maior proteção à pessoa humana.

Nesta mesma vereda encontra-se a Constituição Brasileira de 1988, ao consagrar a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental da República. A exigência de uma nova interpretação a ser entregue aos clássicos institutos civilísticos deve ser iluminada pelo respeito à pessoa humana. O Direito Civil deixa de render atenção exclusiva aos interesses patrimoniais, para alcançar também as situações existenciais [21].

O civilista contemporâneo passa a se preocupar com este sortido leque de situações existenciais que perpassam pela tábua axiológica constitucional, ocasionando a já abordada colisão de princípios. Estas situações, cada vez mais costumeiras na atual conjuntura, vêm demandando especial atenção em diversos ordenamentos jurídicos. A doutrina estadunidense entendeu por bem conceituá-los como *hard cases*, aqui sintetizados pelas linhas da Professora Maria Celina Bodin de Moraes: *“Os hard cases configuram um dos aspectos mais interessantes da aplicação do direito atual. A necessidade metodológica de aplicar os princípios a todas as relações jurídicas, inclusive as intersubjetivas de natureza privada, fez com que se multiplicassem as ocasiões de colisão de princípios. São tais os casos que, por influência do direito norte-americano, passam a formar a categoria dos chamados casos difíceis”*. [22]

O presente projeto de pesquisa prestou-se a analisar alguns destes casos difíceis, com o escopo de verificar a aplicação da hermenêutica civil-constitucional, e conseqüentemente, a utilização do mecanismo de ponderação de princípios, tomando-se por ponto fulcral a proteção à dignidade da pessoa humana.

Dentre alguns dos temas pesquisados, destacam-se dois, quais sejam, a reprodução humana assistida e os direitos da personalidade.

A) Reprodução Humana Assistida

A ciência biomédica experimentou uma relevantíssima evolução nas últimas décadas. Pesquisadores de todo o mundo mobilizam-se em busca de um conhecimento mais refinado do corpo humano. Nada mais representativo deste esforço global da sociedade científica do que o Projeto Genoma, que delegou a incumbência à comunidade médica de decifrar o código genético de nossa espécie.

É de se salientar os grandes avanços na seara da reprodução humana. Tendo em vista as diversas moléstias que afetavam a vida reprodutiva do homem contemporâneo, a ciência médica foi capaz de entregar eficientes soluções, criando-se técnicas de reproduções que superassem os óbices da infertilidade humana.

Surgem as técnicas de inseminação artificial que consistem em induzir a fecundação, tornando a cópula dispicienda, assim como os métodos de fertilização *in vitro*, relegando ao cientista a tarefa de realizar a fecundação.

Do ângulo de visada jurídico, esta série de novos métodos conceptivos cria uma teia de situações envolvendo a utilização de material genético humano, de embriões congelados, reconhecimento de paternidade, gestação substituta e outras mais que exigem do jurista um cuidado redobrado, posto que envolvem questões existenciais, atinentes à personalidade daqueles envolvidos.

Estes verdadeiros dilemas ocuparam o cerne da pesquisa, buscando-se identificar as soluções adotadas pelos tribunais, mormente no que pertine à aplicação da hermenêutica civil-constitucional.

Foi possível verificar que em casos que envolviam a utilização do sêmem do antigo cônjuge fora da constância do matrimônio [23], o direito da criança fruto de inseminação artificial heteróloga com doação anônima de sêmem de conhecer seu pai biológico [24], e até mesmo de troca de material genético por erro do laboratório [25], os tribunais têm se valido da ponderação de princípios, fazendo prevalecer o respeito à dignidade da pessoa humana, principalmente no que pertine ao seu consectário, o princípio da integridade psico-física.

B) Direitos da Personalidade

A recente doutrina elaborou esta categoria jurídica que busca desenvolver instrumentais capazes de proteger direitos subjetivos atinentes à personalidade, atributos inerentes ao ser humano, que irradiam de sua personalidade. O legislador mostrou-se deveras tímido ao cuidar de tais direitos, mas não se pode olvidar o grande passo no sentido de reconhecê-los, como feito recentemente pelo Código Civil de 2002.

A disciplina destes direitos da personalidade mostra-se tormentosa e, talvez, a mais propícia à ocorrência de colisões entre princípios. Mais uma vez se faz mister a devida observância ao princípio reitor do ordenamento jurídico, qual seja, a dignidade da pessoa humana.

Neste sentido, vale ressaltar o direito ao nome e à privacidade, campos que se mostraram muito férteis ao longo da pesquisa.

Quanto ao direito à mudança de nome, verificou-se a possibilidade de alteração do patronímico adotando-se o nome do pai de criação [26], a alteração decorrente da transgenitalização [27], e até mesmo a mudança do nome ridículo [28]. Em tais situações, pode-se notar que os juízes houveram por bem ponderar o mister da higidez dos registros públicos com o resguardo da personalidade, fazendo prevalecer este último, concedendo-se, no mais das vezes, a possibilidade de alteração do nome.

No que pertine à proteção da privacidade, pode-se recordar casos de publicação de imagens e vídeos de celebridades em cenas íntimas, havendo uma nítida colisão entre o direito à privacidade e a liberdade de imprensa [29]. Neste mesmo sentido, analisou-se um caso britânico no qual um jornalista fora preso por ter grampeado celulares de pessoas relacionadas à família real [30].

Da Metodologia

O primeiro momento da pesquisa destinou-se à preparação do bolsista através da leitura de bibliografia especializada, visando garantir-lhe um suporte doutrinário para engajar-se na pesquisa jurisprudencial, habilitando-o ao questionamento das soluções pretorianas,

identificando a aplicabilidade dos valores constitucionais e dos sistemas hermenêuticos competentes a equalizar o embate axiológico.

Centrado o objetivo nodal do projeto, qual seja, coletar decisões judiciais e casos diversos que envolvessem a hermenêutica civil-constitucionalista sobre relações existenciais, o bolsista, inicialmente, buscou recolher número satisfatório de acórdãos tanto do Supremo Tribunal Federal como do Superior Tribunal de Justiça. Uma vez selecionada a jurisprudência das Cortes Superiores, o bolsista dedicou-se à procura por decisões exaradas pelos diversos tribunais da federação, mormente as cortes de justiça do Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, Minas Gerais e São Paulo.

Finalmente, o aluno pôde lançar-se à busca por casos ocorridos em outras nações, utilizando-se de sítios jurídicos ou de referências encontradas em obras doutrinárias.

Conclusões

A pesquisa possibilitou grande reflexão sobre as novas interpretações entregues aos institutos de direito civil. Os princípios estabelecidos pelo constituinte com o principal escopo de proteção à pessoa humana tiveram sua eficácia provocada. O intuito da pesquisa, ao buscar os entendimentos hodiernos dos tribunais nacionais sobre a aplicabilidade de tais princípios à relações previamente disciplinadas pelo direito civil, foi alcançado. Registrou-se a tendência do moderno operador do direito a fazer com que as normas constitucionais sejam respeitadas, sempre com vistas a garantir real eficácia à tutela da pessoa humana.

A discussão acerca das relações existenciais mostra-se em voga. Diversos países encontram dificuldades ao disciplinarem a matéria. Ao juiz e ao jurista delega-se a nobre função de proceder à interpretação dos valores propugnados pela Constituição. Destaque-se o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual funda-se em quatro princípios, a saber, o princípio da solidariedade, da integridade psicofísica, da igualdade e da liberdade. Este poliedro axiológico é o sustentáculo da hermenêutica no que concerne às relações existenciais.

Neste diapasão, pode-me a afirmar que a doutrina e a jurisprudência começam a trilhar o caminho para um direito civil-constitucional, deixando de lado uma exordial timidez, fazendo incidir a teia axiológica constitucional às relações existenciais. Parece-me, pois, que o jurista contemporâneo já reflete em suas interpretações uma sensibilidade constitucional tendente a verificar o espírito e o teor da Constituição [31].

Notações Bibliográficas

- 1- M. REALE. *Lições Preliminares de Direito*. 27ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 3.
- 2- M. REALE. *Lições Preliminares de Direito*. cit., p. 14.
- 3- G. TEPEDINO. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil, in *Temas de Direito Civil*. 4ª Edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 3.
- 4- M. C. B. MORAES. A caminho de um direito civil constitucional, *Revista de Direito Civil Imobiliário, Agrário e Empresarial*, vol. 65, 1993, p. 3.
- 5- G. TEPEDINO. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil, cit., p. 6 e 8.
- 6- G. TEPEDINO. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil, cit., p. 9.
- 7- G. TEPEDINO. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil, cit., p. 3 e 7.
- 8- M. C. B. MORAES. A caminho de um direito civil constitucional, cit., p. 5.
- 9- M. C. B. MORAES. A caminho de um direito civil constitucional, cit., p. 6.
- 10- M. C. B. MORAES. Constituição e Direito Civil: Tendências, in *Revista dos Tribunais*, vol. 779, 2000, p. 55.

- 11- G. TEPEDINO. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil, cit., p. 13 e 16.
- 12- G. TEPEDINO. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil, cit., p. 17.
- 13- M. C. B. MORAES. A caminho de um direito civil constitucional, cit., p 7.
- 14- M. C. B. MORAES. A caminho de um direito civil constitucional, cit., p 8.
- 15- P. PERLINGIERI. Perfis do direito civil, trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 12.
- 16- M. E. C. DANTAS. Princípios e Regras: Entre Alexy e Dworkin, in Princípios do Direito Civil Contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 548
- 17- P. PERLINGIERI. Perfis do direito civil, cit., p. 12.
- 18- R. ALEXY. Colisão de Direitos Fundamentais no Estado Democrático, in *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 17, 1999, p. 275.
- 19- T. NEGREIROS. Dicotomia público-privado frente ao problema da colisão de princípios. in TORRES, Ricardo Lobo (org.). Teoria dos direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 354.
- 20- T. NEGREIROS. Dicotomia público-privado frente ao problema da colisão de princípios, cit., pp. 358-359.
- 21- P. PERLINGIERI. Perfis do direito civil, cit., p. 34.
- 22- M. C. B. MORAES. O Princípio da Dignidade Humana, in Princípios do Direito Civil Contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 21.
- 23- Situação narrada pela revista eletrônica Espaço Vital, narra que uma Corte Norte-Americana decidiu por impedir a mulher de utilizar-se do patrimônio genético de seu ex-cônjuge para dar cabo à inseminação artificial, como se observa do seguinte trecho: *Uma corte de apelação em Chicago, nos EUA, decidiu que um homem pode processar uma mulher por danos morais ao descobrir que ela usou seu esperma, sem autorização, para engravidar, mas não pode acusá-la de roubo, porque “uma vez produzido, o esperma se trona propriedade dela”. A decisão manda a ação por danos morais – tentada pelo médico Richard O. Phillips contra a também médica Sharon Irons – de volta à primeira instância, para enfrentamento do mérito. Phillips acusa Irons de uma “traição calculada, pessoal e profunda” ao final do caso que mantiveram seis anos atrás. Ela teria guardado o sêmen depois de praticarem sexo oral, e usado o esperma para engravidar. Ele diz que só descobriu a existência da criança quando Sharon ingressou com ação em nome da criança, exigindo pensão alimentícia. Testes de DNA confirmaram a paternidade. Phillips, então, processou Sharon por danos morais, roubo e fraude. A ação foi preliminarmente recusada pelo juízo de primeiro grau, mas agora o caso por danos morais deverá prosseguir. Os juízes da corte de apelação descartaram as pretensões quanto à fraude e ao roubo, afirmando que “a mulher não roubou o esperma”. O colegiado levou em consideração o depoimento da médica. Ela afirma que quando o então-namorado “entregou seu esperma, isso foi um presente”. O julgado reconhece que “houve uma transferência absoluta e irrevogável de título de propriedade entre doador e receptora”, diz o veredicto. “Não houve acordo de que o esperma concedido teria de ser devolvido quando solicitado”.*
- 24- O caso estudado ultrapassa a questão do direito de conhecer suas origens genéticas para alcançar o direito de obter prestação alimentícia. É o que se observa da notícia veiculada pelo sítio da BBC: *Um bombeiro britânico que doou sêmen para um casal de lésbicas foi forçado, pela Agência de Proteção à Criança da Grã-Bretanha (CSA), a pagar pensão para duas crianças concebidas por meio de inseminação artificial. Segundo a lei britânica, apenas doadores anônimos, que doaram sêmen por meio de clínicas de fertilidade licenciadas, estão isentos de responsabilidades legais com os filhos. Andy Bathie, de 37 anos, foi contratado pelo casal para se tornar doador há cinco anos. Segundo ele, o casal afirmou que ele não teria nenhuma responsabilidade pessoal ou financeira com a criança. Mas em novembro a CSA entrou em contato com Andy, forçou-o a fazer um teste de paternidade e exigiu o pagamento de pensão porque o casal havia se separado. De acordo com a Agência de Proteção à Criança, Andy, por ser o pai biológico das duas crianças, um menino e uma menina, é considerado legalmente responsável pela manutenção dos filhos. Andy Bathie diz que ficou surpreso com as exigências da CSA. “A reação foi de choque, nervosismo e desespero”, afirmou. “Não entendo até agora por que tenho que pagar pelos filhos de um outro casal”, disse. De acordo com um porta-voz da Autoridade de Fertilização Humana e Embriologia da Grã-Bretanha (HFEA), “homens que doam sêmen por meio de outros meios que não em clínicas de fertilização licenciadas – como pela Internet, por exemplo – são legalmente considerados os pais das crianças, com todas as responsabilidades legais”. Um*

projeto de lei em discussão na Câmara dos Lordes prevê a aplicação de direitos e deveres iguais (inclusive responsabilidade financeira) para os dois membros do casal do mesmo sexo que têm filhos. Se for aprovada pela Câmara dos Comuns, a lei garante que o casal será considerado como os pais legais da criança, concebida após a doação de sêmen. Andy Bathie está fazendo uma campanha para uma emenda constitucional que torne a lei retroativa. Desta forma, ele não seria considerado responsável pelas crianças.

25- Trata-se do famoso caso de Leeds, conforme se aduz do seguinte parágrafo, removido da Revista trimestral de direito civil, n. 14. Rio de Janeiro: Padma, abr.-jun/2003, p. 278: *Um engano cometido na Unidade de Concepção Assistida da Enfermaria Geral de Leeds, no norte da Inglaterra, levou à utilização do sêmen do marido de um casal (sr. B) ma esposa de outro casal (sra. A). Os nomes foram mantidos em sigilo por ordem da Justiça. Os dois casais estavam na clínica no mesmo dia para receber um tratamento conhecido como injeção de esperma intracitoplasmático, na qual o esperma é injetado num óvulo e então implantado no útero da mulher. Ocorre que o sr. e a sra. B são negros, enquanto o sr. e a sra. A são brancos. A juíza da Suprema Corte da Grã-Bretanha determinou que o sr. B, cujo esperma foi usado acidentalmente para engravidar uma mulher casada, sra. A, é o pai legal dos gêmeos – mestiços – nascidos do procedimento. A juíza enfatizou que o Sr. e a Sra. A permanecem sendo os pais sociais e psicológicos das crianças e que deveriam permanecer com as crianças, mas que um juiz de família teria que decidir como seria o acesso do Sr. B aos gêmeos. A advogada que representa o casal A disse que os dois procurariam adotar os gêmeos a fim de que o Sr. A pudesse ter direitos legais sobre eles. ‘O casal sentiu-se abençoado porque tem duas belas crianças e o Sr. A vai continuar a tratá-los como dele’, disse. ‘Eles sentem uma grande simpatia pelo Sr. e a Sra. B’. O erro não é inédito: em 1998, uma norte-americana deu luz à gêmeos – um branco, outro negro – depois que o embrião errado foi implantado em seu útero. A criança branca era seu filho biológico; a negra não tinha relação de parentesco com ela, e seus pais biológicos ganharam sua custódia”.*

26- Cuida-se de decisão exarada pelo Superior Tribunal de Justiça ao entender: *NOME. Alteração. Patronímico do padraço. O nome pode ser alterado mesmo depois de esgotado o prazo de um ano, contado da maioridade, desde que presente razão suficiente para excepcionar a regra temporal prevista no art. 56 da Lei 6.015/73, assim reconhecido em sentença (art. 57). Caracteriza essa hipótese o fato de a pessoa ter sido criada desde tenra idade pelo padraço, querendo por isso se apresentar com o mesmo nome usado pela mãe e pelo marido dela. Recurso não conhecido. STJ, 2ª Seção, REsp 220.059-SP Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, julg. 22/11/2000.*

27- Trata-se de acórdão caminhando no sentido de permitir a mudança do nome para que se adeque ao sexo psíquico do indivíduo caracterizado por disforia de gênero: *REGISTRO CIVIL DE NASCIMENTO. PRENOME. RETIFICAÇÃO. MUDANÇA DO SEXO. Registro civil. Retificação de sexo. Prenome. Cirurgia de ablação da genitália masculina, considerada mutiladora, não tem o condão de transformação de sexo. Problema de engenharia genética inafastável. Prevalência do sexo natural sobre o psicológico. Sexo não é opção, mas determinismo biológico, estabelecido na fase da gestação. Apelo provido. (JRC) TJRJ, Ap. cível, proc. n. 1993.001.04425, 8a Câm. Cível, rel. des. Luiz Carlos Guimarães, v. u., j. em 10/05/1994. RF, vol. 328, p. 196; RT, vol. 712, p. 235*

28- Outro julgado que concedeu a possibilidade de alteração do nome, visando resguardar a dignidade da pessoa humana: *APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RETIFICAÇÃO DE NOME JULGADA PROCEDENTE. Recurso do Ministério Público, sustentando violação ao princípio da imutabilidade do nome e que não pode ser excluído o patronímico paterno. Possibilidade de mitigação ao princípio da imutabilidade, pela existência de situação vexatória para a apelada, não havendo qualquer prejuízo ao interesse público, sendo este o entendimento prevalente na jurisprudência. Necessidade de interpretar o direito de acordo com os fins sociais a que a lei se destina. Sobrenome que expõe a menor à apelidos e situações vexatórias. Possibilidade de alteração. Recurso não provido.*

29- Podemos citar, nesta esteira o seguinte caso no qual a atriz e apresentadora Daniela Cicarelli fora flagrada, junto ao seu namorado, Renato Malzoni Filho, na praia de tarifa, na cosa da Espanha, praticando atos libidinosos ao revolver das ondas. Um sorrateiro espectador capturou em vídeo o momento de lazer de Cicarelli com seu consorte. O material videográfico logo alcançou os meios midiáticos, difundindo-se pela Rede. Desta feita, Cicarelli e Malzoni ingressaram frente ao Judiciário Paulista com uma ação inibitória para impedir a divulgação do vídeo na Internet. O juízo de primeiro grau negou provimento ao pedido, ensejando, pois, o devido recurso. Já com o trâmite perante o Tribunal, Cicarelli teve seu pedido reconhecido, ordenando-se a imediata suspensão da divulgação do vídeo, sob pena de astreintes. O desembargador-relator entendeu que entre o resguardo da vida privada dos apelantes, e o direito de informar, deveria prevalecer aquele. Assim o disse: “[...] Aliás, sobre essa

circunstância e devido ao fato de a questão atingir pessoa conhecida, como Daniela Cicarelli, é de rigor mensurar se a informação que está sendo transmitida caracteriza adequada utilidade de conhecimento, isto é, se é bom para a sociedade insistir na transmissão do vídeo em que os dois cometem excessos à beira-mar. Não soa razoável supor que a divulgação cumpre funções de cidadania; ao contrário, satisfaz a curiosidade mórbida, fontes para mexericos e "desejo de conhecer o que é dos outros, sem conteúdo ou serventia socialmente justificáveis" [GILBERTO HADDAD JABUR, "A dignidade e o rompimento da privacidade", in *Direito à Privacidade, Idéias e Letras*, 2005, p. 99]. Não há motivo público que justifique a continuidade do acesso. [...]". Prosseguiu o relator ao indicar que "Negar a tutela antecipada seria premiar a atuação desses profissionais que não pedem autorização para suas filmagens e fotos e, principalmente, legalizar o sensacionalismo e o escândalo propagados pelos meios de comunicação, sem licença dos envolvidos". A divergência entendeu que as celebridades devem se resguardar, já que ostentam uma atração incondicional de fãs e mídias. Assim se posicionou tal divergência: "Pessoas públicas, cuja popularidade atrai normalmente turistas e profissionais da imprensa em geral, particularmente os conhecidíssimos "paparazzi" da Europa, não podem se dar ao desfrute de aparecer em lugares públicos expondo abertamente suas sensualidades sem ter a consciência plena de que estão sendo olhados, gravados e fotografados, até porque ninguém ignora, como não ignoravam os autores, que hoje qualquer celular grava um filme de vários minutos com razoável qualidade". Restou vencedor o entendimento do desembargador-relator, garantindo-se, pois, o devido resguardo à imagem e privacidade de Cicarelli e Malzoni.

30- Trata-se de caso narrado pela revista eletrônica *Consultor Jurídico*: *O jornalista inglês Clive Goodman foi preso na semana passada por ter grampeado "centenas de vezes" celulares de pessoas ligadas à família real. O jornalista, que é editor de assuntos reais do jornal britânico News of the World, ouviu recados da caixa postal de Paddy Harverson e Helen Asprey, assessores do príncipe Charles e Jamie Lowther-Pinkerton, secretário dos príncipes William e Harry. O editor de 49 anos passará quatro meses preso, enquanto seu cúmplice, o detetive particular Glenn Mulcaire, 36, pegou seis meses de prisão. Ambos confessaram a espionagem de janeiro de 2005 a agosto de 2006, quando foram presos. Goodman e Mulcaire chegaram a efetuar mais de 600 ligações para a caixa postal dos celulares. O detetive admitiu ainda outros cinco casos de escuta clandestina e terá que pagar € 18.450 ao jornal. O tribunal de Old Bailey, de Londres, disse que a dupla montou um esquema "relativamente sofisticado" para grampear a Clarence House, residência de Charles. "Não se trata de um caso de liberdade de imprensa. Trata-se de uma grave, indesculpável e ilegal invasão de privacidade. Os alvos eram membros da família real. A família real detém uma posição única na vida deste país. É grave, de fato", disse o juiz Gross, responsável pelo caso. O caso foi descoberto porque notícias sobre os príncipes despertaram suspeitas de que a família real e seus funcionários estariam sendo espionados. O jornal suspendeu Goodman depois de ele ser indiciado, em agosto de 2006, e pediu desculpas à família real pela "brutal invasão de privacidade". A dupla também grampeou os telefones do publicitário Max Clifford e do presidente da Associação de Jogadores Profissionais, Gordon Taylor e da modelo australiana Elle McPherson. Goodman conseguiu grandes furos sobre a princesa Diana na década de 1990, mas seus colegas achavam estranho que ele nunca saia da redação. Após ser conhecida a sentença, o diretor do News of the World, Andy Coulson, demitiu-se do cargo assumindo responsabilidade pelo escândalo. O jornal, que pertence ao magnata de australiano Rupert Murdoch, é um dos mais vendidos no Reino Unido. Os tablóides britânicos dedicam grande espaço de seu noticiário para fofocas e escândalos sobre a família real. A vida da realeza é considerada uma novela para os ingleses. Na década de 1990, as páginas dos jornais estavam repletas de transcrições de gravações em que Charles e Diana, conversavam apaixonadamente com seus amantes pelo telefone. No começo do ano, o príncipe William pediu que a imprensa parasasse de perseguir a namorada dele, Kate Middleton. Fotógrafos e cinegrafistas haviam acampado diante da casa dela devido a rumores de um noivado.*

31- M. C. B. MORAES. A caminho de um direito civil constitucional, cit., p 13: "Em conclusão, mesmo quando o legislador ordinário permanece inerte devem o Juiz e o Jurista proceder ao inadiável trabalho de adequação da legislação civil, através de interpretações dotadas de particular "sensibilidade constitucional" que, em última análise, e sempre, verifiquem o teor e o espírito da Constituição."

Bibliografia

- 1 - BARROSO, Luís Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- 2 - FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- 3 - MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- 4 - MORAES, Maria Celina Bodin de. **A caminho de um direito civil constitucional**. Revista de Direito Civil Imobiliário, Agrário e Empresarial, vol. 65, 1993, pp. 21-32. Disponível também em <http://www.idcivil.com.br/pdf/biblioteca4.pdf>.
- 5 - MORAES, Maria Celina Bodin de. **Constituição e Direito Civil: Tendências**, in Revista dos Tribunais, vol. 779, 2000, pp. 47-78. Disponível também em http://www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/revista/online/rev15_mcelina.html
- 6 - NEGREIROS, Teresa. **Dicotomia público-privado frente ao problema da colisão de princípios**. In TORRES, Ricardo Lobo (org.). Teoria dos direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 337-375.
- 7 - PERLINGIERI, Pietro. **Normas constitucionais nas relações privadas**. Revista da faculdade de direito da UERJ, n. 6 e 7. Rio de Janeiro: UERJ, 1998/1999, p. 63-77.
- 8 - PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil**, trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- 9 - SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **O novo Código Civil e a Constituição**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003.
- 10 - SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- 11 - TEPEDINO, Gustavo, MORAES, Maria Celina Bodin de e LEWICKI, Bruno. **O Código Civil e o Direito Civil Constitucional**. Editorial da Revista Trimestral de Direito Civil, n. 13. Rio de Janeiro: Padma, jan./mar. 2003. Disponível também em <http://www.idcivil.com.br/pdf/RTDC.Editorial.v.013.pdf>.
- 12 - TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**, 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- 13 - TEPEDINO, Gustavo. **Crise de fontes normativas e técnicas legislativa na parte geral do Código Civil de 2002**. In Temas de direito civil, tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Disponível também em <http://www.idcivil.com.br/pdf/biblioteca7.pdf>
- 14 - TEPEDINO, Gustavo. **Os 15 anos da Constituição e o direito civil**. Editorial da Revista
- 15 - **Trimestral de Direito Civil**, n. 14. Rio de Janeiro: Padma, abr./jun. 2003. Disponível também em <http://www.idcivil.com.br/pdf/RTDC.Editorial.v.014.pdf>.