

DILEMAS DA PROTEÇÃO À PESSOA HUMANA

Aluno: João Victor Guedes dos Santos

Orientadores: Maria Celina Bodin de Moraes e Carlos Nelson Konder

Introdução

As drásticas transformações sociais ocorridas ao longo do século XX tiveram impacto marcante no Direito, impacto que se revelou ainda mais dramático no Direito Civil, em virtude de se tratar de um ramo cuja dogmática foi construída de modo geral em um passado mais distante e, portanto, encontra-se mais desatualizada frente às novas conjunturas. Ao mesmo tempo, por se tratar de ramo do direito repleto de construções científicas tão tradicionais, a resistência de seus operadores em aceitar abrir mão de seus instrumentais teóricos clássicos e rever o significado de conceitos consolidados é mais aguerrida, maior que é seu apego aos moldes que herdaram do passado.

De modo geral, o período de grave crise econômica que acarretou o colapso do modelo liberal e deu lugar a mecanismos de intervenção do Estado na economia, aliado à revelação das atrocidades do holocausto nazista por ocasião da segunda guerra mundial que impuseram uma proteção mais plena da pessoa humana, levaram a uma mudança paradigmática no âmbito do Direito Civil. Construído a partir de estruturas conceituais que, posto aparentemente neutras, eram inspiradas em valores típicos da sociedade do século XIX – direito subjetivo, sujeito de direito, contrato, propriedade... – a dogmática do Direito Civil se revela axiologicamente inapropriada para a análise dos problemas contemporâneos, permeada que está pelo *ethos* de uma sociedade burguesa individualista e patrimonialista.

Observamos assim a passagem de uma era de segurança para uma era de incertezas. As respostas técnicas tão cuidadosamente elaboradas pelos civilistas do passado não mais atendem aos dilemas de uma sociedade civil multicultural e complexa que aspira ser livre, justa e solidária. Assim, o direito civil contemporâneo abre suas portas para a construção de uma normativa mais democrática, plural e solidarista por meio daquilo que se vem chamando de constitucionalização do Direito Civil.

Esta perspectiva consiste em dar plena eficácia à premissa teórica sobre a qual se No contexto atual, em que já se encontra razoavelmente consolidada em nossa doutrina e jurisprudência a importância da aplicação direta dos princípios constitucionais às relações privadas, em especial da proteção integral da pessoa humana, o desafio emergente é como impedir que o poder conferido ao juiz para este fim não seja desvirtuado, corrompido em exercício arbitrário dos valores pessoais do magistrado. Neste âmbito, somente a análise da argumentação contida na motivação das decisões que realizam a ponderação de princípios nos chamados *hard cases* pode oferecer parâmetros objetivos pelos quais o judiciário se pauta ou deve se pautar. A análise da solução determinada a tais casos e a sistematização de tais parâmetros é uma contribuição fundamental para garantir o respeito ao valor da segurança jurídica, central em nosso ordenamento.

Objetivos

O objetivo consiste em analisar as soluções dos *hard cases* contribuindo para a construção de uma perspectiva de análise crítica e renovada do Direito Civil contemporâneo. Busca-se, assim, através de uma metodologia zetética, o desenvolvimento do raciocínio jurídico sob um viés de problematização do Direito.

Mais especificamente, o projeto visa identificar, por meio da análise dos casos, possíveis parâmetros idôneos a guiar o operador do direito na solução destas controvérsias de forma adequada à legalidade constitucional e, simultaneamente, em respeito à segurança jurídica.

Metodologia

A pesquisa se desenrola por meio da análise de casos concretos selecionados, centrada na argumentação desenvolvida nas decisões judiciais, e nos parâmetros de aplicação do direito sugeridos pela doutrina que se dedicou a tais problemas. Os casos envolvem questões controversas atuais de proteção à pessoa humana, centradas nas situações jurídicas patrimoniais.

Essa pesquisa relaciona-se à linha de pesquisa Ética, Dignidade e Construção da Subjetividade do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUC-Rio, dentro do subtema do direito civil e suas transformações.

Conclusões parciais

Após a análise da doutrina sobre o assunto, a pesquisa centrou-se nestes dois semestres em casos concretos sobre direito à mudança de sexo e direito ao esquecimento. Realizando uma compilação de diversas posições judiciais, foram considerados os vários argumentos apresentados, de forma a verificar os parâmetros que guiam os operadores do direito nas soluções dos “hard cases”. Em todos os casos, verificou-se ser imprescindível uma análise cuidadosa sobre as peculiaridades dos casos, cujos valores envolvidos deveriam ser devidamente ponderados em sua proporcionalidade para a consolidação de uma resposta justa e coerente com o Direito.

O direito à mudança de sexo

É de suma importância compreender o fenômeno do transexualismo, que consiste em uma incompatibilidade entre o sexo anatômico e o psicológico, ou seja, a pessoa tem as características físicas de um sexo, porém sente-se como pertencente ao sexo oposto.

A identidade de gênero, construída ao longo da vida do sujeito, diz respeito à masculinidade e à feminilidade, ou melhor, à convicção que cada um tem sobre si de ser masculino ou feminino. É fundamental também o conhecimento do conceito de identidade de gênero nuclear, que significa a convicção de que a designação do sexo da pessoa foi corporalmente e psicologicamente determinada.

Diante disso o transexual sente um sofrimento psíquico pelo fato de crer que ocorreu um erro no seu sexo anatômico, e por isso busca a cirurgia para a mudança de sexo, tentando corrigir o erro que acredita ter ocorrido.

O Conselho Federal de Medicina “CONSIDERANDO ser o paciente transexual portador de desvio psicológico permanente de identidade sexual, com rejeição do fenótipo e tendência à automutilação e ou auto-extermínio; CONSIDERANDO que a cirurgia de

transformação plástico-reconstrutiva da genitália externa, interna e caracteres sexuais secundários não constitui crime de mutilação previsto no artigo 129 do Código Penal, visto que tem o propósito terapêutico específico de adequar a genitália ao sexo psíquico;” edita a Resolução 1652/2002 que autoriza a cirurgia de transgenitalização nos casos de transexualismo. Além de definir como tal aqueles que apresentam: desconforto com o sexo anatômico natural; desejo expresso de eliminar os genitais, perder as características primárias e secundárias do próprio sexo e ganhar as do sexo oposto; permanência desses distúrbios de forma contínua e consistente por, no mínimo, dois anos; e ausência de outros transtornos mentais.

Tal diagnóstico é feito através de uma análise minuciosa sobre o paciente a fim de determinar corretamente seus sentimentos e se realmente existe um sofrimento psíquico decorrente de sua inadequação sexual. Aliás, “O sofrimento psíquico do transexual se encontra no sentimento de uma total inadequação entre, de um lado, a anatomia do sujeito e seu “sexo psicológico” e, de outro lado, este mesmo “sexo psicológico” e sua identidade civil. Essas pessoas, cujo sentimento de identidade sexual não concorda com a anatomia, manifestam uma exigência compulsiva, imperativa e inflexível de “adequação do sexo”, expressão utilizada pelos próprios transexuais; como se elas, face a esta convicção de incompatibilidade entre aquilo que são anatomicamente e aquilo que se sentem ser, se encontrassem num corpo disforme, doente e monstruoso. Um tal sentimento pode chegar ao ponto de levar o sujeito à auto-emasculação e até mesmo ao suicídio. À reivindicação de “adequação do sexo”, segue-se a mudança do nome e a de retificação da certidão de nascimento”.¹

Não se pode deixar de comentar a licitude da cirurgia de transgenitalização, como pode-se constatar da Resolução supracitada. Não seria então coerente, tratando-se de um ordenamento jurídico sistemático, que após a operação autorizada, esta não seja ratificada através da alteração do nome e do registro civil, visto que o “sexo registral” não mais se justifica, nem psicológica, nem anatomicamente. Acredito que não pode ser moral, ético ou mesmo lícito determinar uma limitação à dignidade da pessoa humana, como tal o é o transexual, com base apenas na presunção de futuro uso de má-fé em sua relação com a sociedade.

A questão que se coloca, todavia, uma vez reconhecida a licitude da operação, diz respeito aos efeitos civis da mudança de sexo, especialmente sua repercussão junto ao registro público. Nesta seara é que encontramos diversos casos controversos.

Assim, por exemplo, o caso pioneiro de um transexual feminino que, depois de dez anos de vida conjugal na Dinamarca com um francês e com um filho adotado, veio para o Brasil visitar a família, decidindo aqui adotar um outro filho “à brasileira”, isto é, registrando-o como seu filho. Juracy foi preso por falsidade ideológica, uso de documento falso e promoção de ato destinado ao envio de criança para o exterior e foi recolhida ao pavilhão masculino do presídio de Água Santa, onde ficou detida até a decisão da 1ª Turma do TRF da 2ª região:

Criminal - Uso de documento falso - Art. 304 do CP I - Utilização de certidão de nascimento falsa para obtenção de passaporte para menor. II - constatação de que a mãe do menor, constante de registro, era transexual operado e que se casara no exterior com um francês, utilizando falsa certidão de

¹ Paulo Roberto CECOARELLI. Transexualismo e identidade sexuada. In: Viviani, A., (org.) Temas da Clínica Psicanalítica, São Paulo, Experimento, 137-147, 1998.

nascimento. III - A omissão da legislação brasileira quanto aos transexuais que se submeteram a cirurgia para troca de sexo, impossibilitando-os de legalmente alteram a certidão de nascimento. IV - Se a jurisprudência tem entendido que inexistente o delito se a falsa identidade visa esconder passado criminoso, também se aplica à hipótese de esconder o sexo original. V - O artigo 304 do CPB exige, além do dolo, a intenção de obter vantagem ou causar prejuízo, o que inócorre no presente caso. VI - Recurso improvido.²

As decisões mais recentes vinham se posicionando em sentido favorável à plena mudança do registro, como no caso da apelação interposta por Reinaldo S. D. S., que já se submeteu a cirurgia de transgenitalização, contra sentença que julgou improcedente a pretensão de retificação de registro público, para a alteração de toda a sua documentação civil, especialmente o registro de nascimento, passando a constar o sexo como feminino e o nome como Valquíria S. D. S.

Apelação cível. Transexualismo. Retificação de registro civil. Nome e sexo. Cerceamento do direito de defesa reconhecido. Procedimento cirúrgico de transgenitalização realizado. É possível a alteração do registro de nascimento relativamente ao sexo e ao nome em virtude da realização da cirurgia de redesignação sexual. Vedação de extração de certidões referentes à situação anterior do requerente. Apelo provido.³

Contudo, o STJ reformou recente decisão nesse sentido:

Mudança de sexo. Averbação no registro civil. 1. O recorrido quis seguir o seu destino, e agente de sua vontade livre procurou alterar no seu registro civil a sua opção, cercada do necessário acompanhamento médico e de intervenção que lhe provocou a alteração da natureza gerada. Há uma modificação de fato que se não pode comparar com qualquer outra circunstância que não tenha a mesma origem. O reconhecimento se deu pela necessidade de ferimento do corpo, a tanto, como se sabe, equivale o ato cirúrgico, para que seu caminho ficasse adequado ao seu pensar e permitisse que seu rumo fosse aquele que seu ato voluntário revelou para o mundo no convívio social. Esconder a vontade de quem a manifestou livremente é que seria preconceito, discriminação, opróbrio, desonra, indignidade com aquele que escolheu o seu caminhar no trânsito fugaz da vida e na permanente luz do espírito. 2. Recurso especial conhecido e provido.⁴

O questionável espírito da decisão fica claro no trecho do voto do voto do ministro relator:

No presente feito, não se examina o direito do recorrido de mudar de sexo, mas, apenas, se esse direito alcançado deve,

² TRF-2ª Região, 1ª T., ACR 92.02.18299-0, Rel. juíza Tania Heine, julg. 08.03.1993.

³ TJRS, 8ª C.C., Ap. Civ. 70013580055, Rel.: Claudir Fidelis Faccenda, julg. 17.08.2006.

⁴ STJ, 3ª T., REsp 678.933-RS, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, julg. 22.03.2007

ou não, constar dos registros, devidamente averbado o fato de que houve modificação cirúrgica do sexo. [...] Não se pode esconder no registro, sob pena de validarmos agressão à verdade que ele deve preservar, que a mudança decorreu de ato judicial, nascida da vontade do autor e que tornou necessário ato cirúrgico complexo. Trata-se de registro imperativo e com essa qualidade é que se não pode impedir que a modificação da natureza sexual fique assentada para o reconhecimento do direito do autor. Conheço do especial e lhe dou provimento para determinar que fique averbado no registro civil que a modificação do nome e do sexo do recorrido decorreu de decisão judicial.

O problema não é exclusivo do ordenamento brasileiro. De fato, recentemente a mídia⁵ noticiou o caso um transexual britânico, Goodwin de 65 anos, que alegou que o fato de não ser reconhecida como mulher afetava sua vida sexual e financeira. A princípio teve seu pedido de ter uma nova identidade sexual negado pela Corte Britânica, entretanto foi reconhecido como mulher pela Corte Européia de Direitos Humanos. Tal decisão foi baseada na Convenção Européia de Direitos Humanos, que prevê respeito à privacidade e liberdade de escolha dos cidadãos europeus.

Na mesma linha, foi noticiado⁶ que o Parlamento espanhol aprovou uma lei que permite que transexuais tenham o gênero alterado em sua documentação, mesmo ainda não tendo realizado a cirurgia de mudança de sexo (LEY 3/2007). Segundo os ativistas, os transexuais que não aparentam o sexo mencionado em seus registros civis passam por situações constrangedoras e discriminação. O Partido Socialista, que lidera o governo, afirma que a nova lei vai dar aos transexuais mais dignidade.

De fato, o exame dos casos em confronto com o marco teórico da pesquisa leva a crer que, a despeito de muitos persistirem a afirmar seu caráter biológico e imutável, tem-se que “a solução que menos prejuízo traz à pessoa humana é a que concebe o sexo não como um atributo instantaneamente adquirido na concepção, segundo a visão biomédica, mas a partir do reconhecimento da imprescindibilidade da esfera psíquica, como um aspecto que vai aos poucos, basicamente até o início da vida adulta, se formando”.⁷ Deve-se lembrar também, com Stefano Rodotà, que “a declaração do sexo que resulta do registro civil, a ser feita quando do nascimento, é uma descrição do papel social vinculado a um dado biológico presumidamente imutável, enquanto a construção da identidade de gênero pode demandar mais tempo”.⁸ Sendo assim, não são apenas as características biologicamente originárias a serem consideradas, mas também a adequação psicológica que participará da criação da identidade de gênero do indivíduo. Portanto, apesar de o indivíduo não possuir todos os órgãos do sexo feminino/masculino, ou mesmo os cromossomos, não podemos dizer que foi apenas a cirurgia, processo artificial, que definiu, alterou seu sexo, mas todo o processo psicológico, natural, alheio a qualquer vontade, da criação de sua identidade de gênero.

⁵ Disponível em <BBC.com>, acesso em 12 de junho de 2002.

⁶ Disponível em <BBC.com>, acesso em 01 de março de 2007.

⁷ Maria Celina Bodin de MORAES, O Princípio da Dignidade Humana. In: Maria Celina Bodin de MORAES (org.). *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 35.

⁸ Stefano RODOTÁ. Transformações do corpo. *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 19. Rio de Janeiro: jul./set. 2004, p. 91-107.

Sabe-se que o princípio da dignidade da pessoa humana está consagrado na Constituição Federal de 1988 em seu art. 1º, III, proclamado entre os princípios fundamentais, a ele atribuído o valor supremo de alicerce da ordem jurídica democrática. Sendo assim, é de se considerar que não se faz necessária uma enumeração taxativa ou exemplificativa dos direitos da personalidade, não há um número determinado de situações jurídicas subjetivas tuteladas, pois estão garantidas pela presença da cláusula geral de tutela da pessoa humana presente no texto constitucional. Não é devida a negação de tutela baseado em uma situação artificialmente criada, não consagrada pelo direito positivo, pois requer-se a garantia sobre um aspecto de sua existência, cujo interesse tem relevância para o ordenamento constitucional e, portanto, tutela também em via judicial.

Observou-se também que o princípio da imutabilidade do registro civil não é absoluto. Tanto não é que a Lei dos Registros Públicos faculta a alteração do nome sem necessidade de maiores fundamentações, desde que postulada no prazo de um ano após o interessado alcançar a maioria (art. 57 da Lei 6.015/73) e, mesmo que ultrapassado este prazo, o art. 58 dispõe que qualquer alteração posterior do nome poderá ocorrer em situações excepcionais e devidamente motivadas.

O código civil garante a todos o direito ao nome, contidos nele o prenome e o sobrenome. Sob o ponto de vista da ordem pública, porém, as pessoas têm obrigação de ter um nome, que as identifique e as singularize perante a sociedade. O nome existe com esta finalidade, de identificação, não para causar constrangimento e exposição ao ridículo. Compatível com esse entendimento é a Lei dos Registros Públicos quando determina a impossibilidade de registro, pelos oficiais de registro, de prenomes suscetíveis de exposição ao ridículo (art. 56, § único). Por este motivo tem-se admitido também a mudança dos nomes que geram tais situações. É inquestionável a exposição ao ridículo causada à pessoa que não encontra compatibilidade entre sua aparência física e a sua identificação legal, o constrangimento e a própria traumatização a que pode levar já que não somente a sua aparência não encontra compatibilidade com a identificação, mas também seu estado psíquico. Não há dúvidas, portanto, que a permanência de tal estado de incompatibilidade gera situação indigna, explicitamente contrária ao princípio da dignidade da pessoa humana e à referida lei. Está ele, então, legitimado a tal mudança no registro civil.

A mera mudança do nome, permanecendo a identificação sexual originária, no entanto, de nada adianta para solucionar o problema. Continuaria exposto o transexual a situações ridículas e preconceituosas, tendo assim sua dignidade ferida, ao apresentar identificação sexual, contrária tanto ao nome quanto à aparência e estado emocional que ostenta. Assim, apesar de aparente inexistência de norma regulamentadora específica, consideramos que não só é possível a alteração do registro sexual, como necessária. Não devemos considerar o ordenamento jurídico como um somatório de normas, mas interpretá-lo como um sistema lógico-jurídico. Não podemos, portanto, excluir da consideração o preceito fundamental da dignidade da pessoa humana, uma vez que a carta maior garante tal tutela, que legitima a necessidade de alteração.

Lembre-se ainda que se levarmos em consideração o conceito de sexo psicossocial ou da construção de uma identidade de gênero ao longo do tempo, o registro civil seria uma ficção jurídica, uma vez que determina o sexo levando em consideração apenas o sexo biológico, impondo-se num lapso de tempo muito curto – poucos dias após o nascimento. Se ao longo do tempo a formação da identidade sexual do indivíduo não coincide com o com o sexo biológico (genético), então estaria o registro civil expondo uma informação falsa, ferindo a sua própria natureza e o princípio da veracidade que rege o registro civil, e serve muitas vezes de argumento para aqueles contrários à relativização da imutabilidade.

De fato, o respeito à identidade sexual perpassa a tutela da privacidade do sujeito, aspecto de sua dignidade, do seu direito ao livre desenvolvimento pessoal, o qual, por sinal, também perpassa o chamado direito ao esquecimento. O direito ao esquecimento, que em suma é o direito que o sujeito possui de que um fato passado não lembrado, e mais, que seu nome não seja vinculado a este ato. seja esquecido, e não retorne a tona. Tal direito surgiu na Alemanha “*recht auf vergessen*” e está diretamente ligado aos fatos praticados nas grandes Guerras Mundiais. A problemática acerca de tal direito se encontra, basicamente, no conflito do princípio da liberdade da informação, liberdade da imprensa, e nos princípios da privacidade e até da dignidade da pessoa humana.

O direito ao esquecimento, como já mencionado, limita-se aos fatos ocorridos no passado e que incomodam de tal forma um sujeito, ao ponto de desejar que o fato seja esquecido ou que, ao menos, o assunto não seja reavivado por qualquer membro da sociedade, podendo trazer prejuízos ao mesmo.

A doutrina também não delimita o lapso temporal daqueles que podem pleitear o direito de esquecer, alguns estendem somente para aqueles que já cumpriram devidamente sua pena, civil ou penal, estando assim, reintegrados na sociedade. Tais autores defendem o direito ao esquecimento com base na ausência de interesse público. Assim, o que determina se um acontecimento pretérito deve ser trazido à tona ou não é o interesse público, portanto é o anseio social de saber sobre um determinado fato.

No tocante ao direito ao esquecimento, pôde-se observar, partir do estudo de casos concretos que tal direito se choca com o direito ao conhecimento, sendo necessária sempre a ponderação. O tema não está pacificado por nossos Tribunais. Há decisões que defendem o direito à privacidade, à intimidade e, conseqüentemente, o direito ao esquecimento. Outros, por sua vez, prestigiam a informação de fatos presentes e pretéritos como forma de exercício da cidadania.

Sabe-se que a imprensa possui um papel de relevante interesse para a sociedade, que dentre outros, o de informar diferentes camadas sociais. Enéas Costa Garcia afirma que: “a imprensa permite o desenvolvimento do espírito crítico, educa e prepara o intelecto, desenvolvendo a cultura e o senso político do povo, ajudando-lhe no desenvolvimento necessário para a melhor realização da prática democrática”. Entendo que a liberdade de imprensa é uma forma de liberdade de pensamento, expressa em nossa Constituição em seu art. 5, inciso IV: “É livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”. Tal proteção é complementada pela regra do art. 220 do mesmo diploma legal: “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”.

Tal direito não é absoluto, a liberdade de informar da imprensa possui limites, e seu abuso gera responsabilidade e, podendo inclusive gerar o dever de indenizar. Assim, o direito ao esquecimento possui relação direta com a intimidade e, conseqüentemente, com a vida privada, ambos tutelados pela Carta Magna, em seu art. 5, inciso X. Observar-se na doutrina e na jurisprudência o posicionamento no sentido de que o direito a vida privada é gênero dentro do qual se encontram outros bens jurídicos, dentre eles, a intimidade, e com ela o esquecimento.

Estudando o direito à privacidade Stefano Rodotá destaca que:

Vivemos num tempo em que as questões relacionadas à proteção de dados pessoais se caracterizam por uma abordagem marcadamente contraditória — de fato, uma verdadeira esquizofrenia social, política e institucional. Tem-

se aumentado a consciência da importância da proteção de dados no que se refere não só à proteção das vidas privadas dos indivíduos, mas a sua própria liberdade. (...) Ainda assim, é cada vez mais difícil respeitar essa presunção geral, uma vez que exigências de segurança interna e internacional, interesses de mercado e a organização da administração pública estão levando à diminuição de salvaguardas importantes, ou ao desaparecimento de garantias essenciais.⁹

Afirmando também que:

O reconhecimento do direito à privacidade como direito fundamental vem acompanhado de um sistema de exceções que tende a determinar sua aceitação social e sua compatibilidade com interesses coletivos. Essa tendência, além de estar implícita na lógica de muitos sistemas jurídicos, manifesta-se explicitamente nos mesmos textos que proclamam o caráter fundamental deste direito.¹⁰

Portanto, pensar no direito à privacidade a partir do *right to be let alone* equivale, nos tempos atuais, a ignorar sua importância crescente. Como sustenta José Adércio Sampaio:

*A total transparência do indivíduo ante aos olhos do Estado e das empresas, detentores de monopólio de informação, agudiza a concentração de poder, fragiliza o controle que deve ser exercido pela sociedade - e não, sobre a sociedade - e tende a aprofundar a desigualdade de suas relações, favorecendo as discriminações e o conformismo social e político, assim como a 'ditadura do simulacro'. (...) Fala-se de uma nova categoria de excluídos: os *exclus de l'abstratcion*. A intimidade ascende de um valor burguês a um valor democrático essencial.¹¹*

Assim, a necessidade da proteção de dados pessoais faz com que a tutela da privacidade ganhe um novo eixo. Considerando-se a esfera privada como um conjunto de ações, comportamentos, preferências, opiniões e comportamentos pessoais sobre os quais o interessado deseja manter um controle exclusivo,¹² esta tutela há de basear-se em um novo "direito à autodeterminação informativa", hoje possível de ser identificado em diversos ordenamentos, que estabelece condições para um efetivo controle das informações pessoais em circulação.

Diante desses conflitos, vale ressaltar que o tema não está pacificado por nossos Tribunais. Há julgados que prestigiam o direito à privacidade, à intimidade e, dessa forma, o

⁹ Stefano RODOTÀ. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 13.

¹⁰ Stefano RODOTÀ. *A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 105.

¹¹ José Adércio SAMPAIO. *Direito à intimidade e à vida privada*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 495.

¹² Stefano RODOTÀ. *A vida na sociedade da vigilância: A privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.102.

direito ao esquecimento. Outros, por sua vez, defendem à liberdade de informação, e que tais fatos devem ser divulgados.

Como exemplo temos o caso conhecido como Doca Street, onde Raul Fernando do Amaral Street assassinou em 1976 sua companheira Ângela Diniz, crime pelo qual foi condenado a 7 anos de reclusão, ficando preso até o ano de 1997. Após sair da prisão, Doca Street reconstruiu sua vida, reintegrou-se ao convívio social e constituiu nova família, com esposa, filhos e netos.

No entanto, em 2006, a Rede Globo de Televisão transmitiu, no programa Linha Direta Justiça o caso Doca Street, lembrando a história de seu crime.

Doca, inconformado com a exploração de sua imagem, ingressou com um processo judicial pedindo a indenização por danos morais e pelo uso indevido de sua imagem alegando que já havia cumprido sua pena pelo crime que cometera há quase 30 anos atrás e que tinha o direito ao esquecimento de seu passado, obtendo sentença favorável no caso, sendo a Rede Globo condenada a pagar uma indenização ao réu.

Embora seja o caso paradigmático, não é o único no cenário nacional.

Outro exemplo recente, amplamente divulgado,¹³ diz respeito à condenação do jornal *O Dia* a indenizar a apresentadora Xuxa Meneghel por danos morais. O Jornal publicou fotos da apresentadora nua, as imagens foram tiradas para uma revista, na década de 80.

Xuxa alegou que tem família e não gostaria que essa fase de sua carreira artística voltasse à tona. Afirmando também que desde que assumiu o comando de programas infantis nunca mais fez tal tipo de trabalho.

O juiz afirmou que no caso ocorreu lesão ao direito de personalidade de Xuxa. Ainda ressaltou que as fotografias publicadas pelo Jornal se encontravam esquecidas pelo público e adormecidas na mente da apresentadora

Também no direito estrangeiro pode-se observar alguns casos, como o de um jornal alemão¹⁴ que foi censurado e obrigado a indenizar a família de um padre que se suicidou, trazendo a seguinte manchete: “Padre pedófilo comete suicídio”. Tal decisão foi tomada pelo fato do jornal ter associado o padre com os crimes de pedofilia cometidos pelo mesmo durante a década de 80, sendo que o suicídio só se deu em 2008.

Outro caso ocorreu nos EUA em 1931, envolvendo Gabrielle Darley, uma jovem que foi processada e absolvida por homicídio. Após o veredicto, Gabrielle decidiu por desligar-se de sua vida lúbrica, casou-se e adquiriu um lugar de prestígio na sociedade. Alguns anos depois do julgamento, foi produzido um filme com o título “*Red Kimono*” que retratava a vida pregressa de Gabrielle. Ela buscou reparação por violação da vida privada, pedido que foi atendido pela Corte californiana.

Conclusões parciais

Diante de casos como estes, é papel do intérprete do Direito a promoção de sua renovação e adequação às necessidades da sociedade, buscando sempre a justiça social. Daí decorre a importância normativa dos princípios, os quais permitem a mobilidade do direito para que esse possa ser mais fiel à realidade social. A dificuldade de tais casos, consiste em

¹³ Disponível em Revista Consultor Jurídico, acesso em 15 de agosto de 2003

¹⁴ Schweizer news – Weltweit, acessado em 05 de fevereiro de 2008

ambas as soluções jurídicas encontrarem fundamento em princípios válidos no nosso ordenamento. Daí a lição consagrada de Robert Alexy:

Quando dois princípios entram em colisão – tal como é o caso quando segundo um princípio algo está proibido e, segundo outro princípio, está permitido – um dos princípios tem que ceder ante o outro. Mas isto não significa declarar inválido o princípio deslocado nem que o princípio deslocado tenha de introduzir uma cláusula de exceção. Mas bem o que se sucede é que, sob certas circunstâncias, a questão de precedência pode ser solucionada de maneira inversa. Isto é o que se quer dizer quando se afirma que nos casos concretos os princípios têm diferente peso e que prevalece o princípio de maior peso.¹⁵

Assim, Pietro Perlingieri observa que a tutela da personalidade não se limita em uma série de direitos subjetivos. A personalidade visa à proteção direta da pessoa, que é o valor máximo do ordenamento jurídico¹⁶. Correspondendo portanto a personalidade não a um direito mas sim a um valor, deve ser tutelada nas diversas situações existenciais, de maneira sistemática por todo ordenamento.¹⁷ Neste sentido, a conclusão no sentido de que:

[...] embora possa haver conflitos entre duas ou mais situações jurídicas subjetivas, cada uma delas amparada por um desses princípios, logo, conflito entre princípios de igual importância hierárquica, o fiel da balança, a medida de ponderação, o objetivo a ser alcançado, já está determinado, a priori, em favor do conceito da dignidade humana. Somente os corolários, ou subprincípios em relação ao maior deles, podem ser relativizados, ponderados, estimados. A dignidade, do mesmo modo como ocorre com a justiça, vem à tona no caso concreto, quando e se bem feita aquela ponderação.¹⁸

Referências

ALEXY, Robert. Teoria de Los Derechos Fundamentales. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

BODIN de MORAES, Maria Celina ; BARBOZA, Heloísa Helena ; TEPEDINO, Gustavo . Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República - vol. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

BODIN de MORAES, Maria Celina . Constituição e Direito Civil: Tendências. Revista dos Tribunais (São Paulo), São Paulo, v. 779, p. 47-63, 2000.

¹⁵ Robert ALEXY. *Teoria de Los Derechos Fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales, 1997 p.89.

¹⁶ Conforme identifica Gustavo TEPEDINO, baseando-se principalmente em que "A prioridade conferida à cidadania e à dignidade da pessoa humana (art. 1º, I e III, CF), fundamentos da República, e a adoção do princípio da isonomia formal do artigo 5º, §2º, CF, condicionam o intérprete e o legislador ordinário, modelando todo o tecido normativo infraconstitucional com a tábua axiológica eleita pelo constituinte." in "A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro", *op. cit.*, p. 47.

¹⁷ Pietro PERLINGIERI. *Perfis de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, pp 155-156.

¹⁸ Maria Celina Bodin de MORAES, O Princípio da Dignidade Humana. In: Maria Celina Bodin de MORAES (org.). *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 17.

- CHAVES, Antonio. Castração. Esterilização. Mudança artificial de sexo. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 18 , n.69, jan./mar. 1981. p. 261-272
- CHAVES, Antonio. Operações cirúrgicas de mudança de sexo: a recusa de autorização de retificação do registro civil. *Revista dos Tribunais*, Sao Paulo, v. 81, n.679, maio, 1992. p. 7-14.
- DANTAS, Marcus Eduardo de Carvalho; Princípios e Regras: Entre Alexy e Dworkin, in: Princípios do Direito Civil Contemporâneo, Renovar, Rio de Janeiro, 2006.
- DONEDA, Danilo. Da privacidade à proteção de dados pessoais. Rio de Janeiro Renovar, 2006.
- DOTTI, René Ariel. Proteção da vida privada e liberdade de informação. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1980.
- KONDER, Carlos Nelson. O consentimento no biodireito: os casos dos transexuais e dos wannabes. *Revista trimestral de direito civil*, n. 15. Rio de Janeiro: Padma, jul.-set./2003, pp. 41-71.
- PERLINGIERI, Pietro. O Direito Civil na legalidade Constitucional. Rio de Janeiro, Renovar, 2008.
- MARX, Karl. Debates sobre a liberdade de imprensa e comunicação.
- RODOTÀ, Stefano. Vida na sociedade da vigilância: A privacidade hoje. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- SILVA, José Afonso da, A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia, in *Revista de Direito Administrativo*, n.212, 1998.
- TEPEDINO, Gustavo. Direitos humanos e relações jurídicas privadas. *Temas de direito civil*, 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pp. 59-78