

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

PUC-SP

Arthur Deucher Figueiredo Santos

Liberdade de Expressão Artística e a Disposição sobre o Corpo Humano

Mestrado em Direito

SÃO PAULO

2018

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

PUC-SP

Arthur Deucher Figueiredo Santos

Liberdade de Expressão Artística e a Disposição sobre o Corpo Humano

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, no Núcleo de Pesquisa em Direito Constitucional, sob a orientação do Professor Doutor Roberto Baptista Dias da Silva.

SÃO PAULO

2018

Banca Examinadora

São Paulo, 18 de maio de 2018.

Agradeço à FUNDASP pela bolsa concedida para a realização do mestrado na Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

AGRADECIMENTOS

Os agradecimentos por esse trabalho são vários.

Em primeiro lugar, agradeço à minha família: meu pai, minha mãe e meu irmão. A minha mãe, pelo amor dedicado, pela companhia contínua e por ser minha melhor amiga. Ao meu pai, por ser minha principal fonte de inspiração profissional e acadêmica. Ao meu irmão, pela nossa amizade fraternal.

Agradeço profundamente ao Professor Roberto Baptista Dias da Silva. Resumi-lo a função de orientador seria muito pouco. Agradeço, com especial apreço, pela infundável paciência, pela sensibilidade, pelo rigor acadêmico e pela amizade.

Agradeço à Professora Flávia Piovesan e ao Professor Carlos Gonçalves Júnior, verdadeiros paradigmas da atividade docente, pelas observações no exame de qualificação, sem as quais esse trabalho teria sido infinitamente mais pobre.

Agradeço à PUC-SP, minha casa desde a graduação, pela oportunidade de conviver com pessoas incríveis e por ter me transformado enquanto pessoa e profissional. Destaco, entre professores e colegas de sala, os nomes de Thiago GarretaPrats, Thiago Melim, Tony Chalita, Professor Luiz Guilherme ArcaroConci, Professor Giovanni Ettore Nanni, Professor Cláudio De Cicco, Professora Maria Helena Diniz e Professor José Manuel Arruda Alvim.

Agradeço às minhas sócias de escritório, Andrea Francez e Wanda Alonso, pelo acolhimento, pela confiança, pela paciência que tiveram no desenvolver deste trabalho, e pelo privilégio da convivência diária.

Ao Rui, ao Rafael e à Cidinha, meu especial agradecimento pelo carinho, pelo auxílio, e pela atenção de sempre.

“You know it’s funny how freedom can make us feel contained, when the muscles in your legs aren’t used to all the walking”.

Mark Derek Foster, na música *“Waste”*.

“La Iglesia dice: el cuerpo es una culpa. La ciência dice: el cuerpo es una máquina. La publicidad dice: el cuerpo es um negocio. El cuerpo dice: yo soy uma fiesta”.

Eduardo Galeano, em *Ventana Sobre el Cuerpo*.

RESUMO

Dois temas cercam o objetivo deste trabalho: a liberdade de expressão artística (ou liberdade artística) e a disposição do corpo humano (ou direito ao próprio corpo). Ambos são, por si só, problemáticos. O que se propõe é a análise do diálogo entre essas duas questões: como se deve operar a liberdade de expressão artística quando aplicada à disposição do corpo humano? A liberdade artística potencializa referida disposição, ampliando o leque de possibilidades para fazê-lo? Nesse sentido, o problema fundamental a ser discutido neste trabalho é saber se o ordenamento jurídico infraconstitucional, em especial o art. 13 do Código Civil, encontra-se à altura do texto constitucional para regular tão sensível tema.

Para tanto, procuro compreender os contornos da liberdade artística no ordenamento jurídico, sua aplicação no Supremo Tribunal Federal, bem como o livre desenvolvimento da pessoa humana e a criação de sua identidade, no contexto de disposição corporal.

Nesse sentido, parto do estudo teórico das liberdades em geral, da liberdade de expressão, da liberdade de expressão artística, do fenômeno da constitucionalização do direito privado, das situações subjetivas existenciais, dos direitos da personalidade, da autonomia privada e da vinculação dos particulares a direitos fundamentais.

Com isso, busco fornecer uma resposta adequada ao problema proposto neste trabalho e verificar a adequação ou não do regramento infraconstitucional da liberdade artística aplicada à disposição corporal.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Direito Civil-Constitucional. Liberdade de Expressão Artística. Disposição do Corpo Humano. Construção da Identidade. Livre Desenvolvimento da Personalidade. Autonomia Privada.

ABSTRACT

Two themes surround the purpose of this work: the freedom of artistic expression (or artistic freedom) and the disposition of the human body. Both are very problematic. What is proposed is the analysis of the dialogue between these two questions: how should freedom of artistic expression be applied when applied at the disposition of the human body? Does artistic freedom strengthen such provision by broadening the range of possibilities for doing so? In this sense, the fundamental problem to be discussed in this work is whether the infra-constitutional legal order, especially the art. 13 of the Civil Code, is up to the constitutional text to regulate such sensitive subject.

In order to do so, I seek to understand the outlines of artistic freedom in the legal order, its application in the Federal Supreme Court, as well as the free development of the individual and the creation of his identity, in the context of corporal disposition.

In this sense, the theoretical study of liberties in general, freedom of expression, freedom of artistic expression, the phenomenon of the constitutionalization of private law, existential subjective situations, personality rights, private autonomy and the fundamental rights.

Thereby, I seek to provide an adequate answer to the problem proposed in this study and to verify the appropriateness or not of the infraconstitutional rule of artistic freedom applied to the corporal disposition.

Keywords: Constitutional Law. Civil-Constitutional Law. Freedom of Artistic Expression. Disposition of the Human Body. Construction of Identity. Free Personality Development. Private Autonomy.

Sumário

INTRODUÇÃO	11
1. LIBERDADES	14
1.1. Liberdades Positivas e Negativas	15
2. LIBERDADE DE EXPRESSÃO	20
3. LIBERDADE DE EXPRESSÃO ARTÍSTICA	26
3.1. Criação, produção e divulgação.....	31
3.2. A proteção da obra de arte: direitos de autor	32
3.3. Limites ao exercício da liberdade artística	34
3.4. O Controle Estatal sobre a Atividade Artística e a Compreensão do Supremo Tribunal Federal e da Corte Interamericana de Direitos Humanos	44
4. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO	55
5. DIREITOS DA PERSONALIDADE E AUTONOMIA PRIVADA	61
5.1. Direitos da personalidade.....	65
5.2. Disponibilidade, limitação, transmissibilidade e renúncia a direitos da personalidade	67
5.3. A autonomia privada e as situações jurídicas existenciais	72
5.4. Autolimitação dos direitos da personalidade	76
6. VINCULAÇÃO DE PARTICULARES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	81
6.1. A eficácia indireta dos direitos fundamentais (aplicabilidade mediata).....	86
6.2. A eficácia direta dos direitos fundamentais (aplicabilidade imediata).....	88
6.3. Uma proposta de modelo	91
7. A PROBLEMÁTICA REDAÇÃO DO ART. 13 DO CÓDIGO CIVIL: IDENTIDADE, DISPOSIÇÃO DO CORPO HUMANO E O DESCOMPASSO DO ORDENAMENTO INFRACONSTITUCIONAL ..	101
7.1. Body Art e Body Modification.....	105

8. O DIÁLOGO ENTRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO ARTÍSTICA E A DISPOSIÇÃO SOBRE O CORPO HUMANO	116
9. CONCLUSÃO	124
BIBLIOGRAFIA.....	127

INTRODUÇÃO

A liberdade de expressão artística experimentou um relevante fortalecimento no ordenamento jurídico com a Constituição Federal de 1988, assim como a cultura e a arte, o que pode ser deduzido de uma série de fatores, em especial a redemocratização do país, após anos de severa restrição à liberdade de expressão.

Nada obstante, o direito ao próprio corpo, seja através do estudo do ordenamento jurídico pátrio, seja através do reconhecimento político-social, está longe de ser reconhecido como um direito fundamental. Em verdade, espalham-se normas que limitam a autonomia dos corpos, como herança de uma cultura lastreada em restrições morais, passando pela sexualidade, pelo uso de drogas, pela vida, pela morte e pela própria liberdade de expressão, inclusive artística.

Neste trabalho, estudo a relação, os contornos e as características desses dois temas – liberdade de expressão artística e disposição do corpo humano – especialmente quando conjugados.

Com efeito, o uso do corpo – seja o próprio corpo ou o corpo alheio – enquanto expressão artística, pode ter como resultado a realização de arte e, como tal, gozará de proteção a partir do art. 5º, IX, da Constituição Federal e da legislação infraconstitucional, como a Lei nº 9.610 de 1988 – a Lei de Direito Autoral. É dizer, não apenas admite-se o uso do corpo humano como suporte ou meio de expressão artística no ordenamento jurídico brasileiro, mas este também confere amparo específico para referidas criações.

Tal espécie artística e suas derivações encontram-se em evolução na sociedade e no mercado artístico mundial, carecendo de adequada regulação jurídica.

O Código Civil de 2002, a partir de uma concepção paternalista, diametralmente oposta à posição “personalista”, compatível com a Constituição Federal de 1988, estabelece uma série de demarcações acerca da autonomia e autodeterminação corporal. Através de seu art. 13, ignorando outros direitos fundamentais como a liberdade artística e a liberdade de expressão, o Código Civil tapulha a possibilidade da prática de atos de disposição corporal que causem

diminuição permanente da integridade física ou que contrariem os bons costumes, "salvo por exigência médica".

É dizer, o ordenamento infraconstitucional brasileiro, através do Código Civil, não atende a inteligência constitucional no que tange à disposição sobre o corpo humano, inclusive no que diz respeito à disposição deste no contexto da liberdade artística.

O diploma civil ignora o comando constitucional, restringindo condutas legítimas de alteração voluntária do corpo humano, bem como reprime tendências culturais de alta relevância.

A disposição do corpo para as artes mostra-se como um mercado em franco crescimento ao redor do planeta, o que ocorre também no Brasil. A evolução deste segmento reveste-se de tremenda importância na sociedade e no mercado artístico mundial, carecendo de adequada regulação jurídica.

A legislação pátria, ao restringir excessivamente a disposição artística sobre o corpo, e a falta de plena aceitação social, faz com que esse segmento se torne pouco debatido, tanto em âmbito jurídico, como social e político.

Portanto, dispomos de um regramento infraconstitucional largamente restritivo, dissonante da CF/88, que limita o exercício do direito ao próprio corpo, da autonomia privada e da liberdade artística. Tais questões nos levam às seguintes perguntas: a liberdade artística é reconhecida, na prática, como direito fundamental? E quando aplicada à disposição sobre o corpo humano? O ordenamento jurídico regula essas situações de forma adequada?

Para responder a estes questionamentos, o presente trabalho é estruturado em 9 capítulos. Após esta introdução, o capítulo 1 levanta uma breve contextualização do fenômeno da liberdade, em especial em seu sentido positivo e negativo. Já o capítulo 2 dedica-se ao aprofundamento da liberdade de expressão, de modo a introduzir o que hoje se entende por liberdade de expressão artística (ou liberdade artística), tema central do capítulo 3, com especial atenção ao seu conteúdo, limitações e controle estatal no contexto brasileiro.

No capítulo 4, procuro discorrer brevemente sobre o fenômeno da constitucionalização do direito privado, para adentrar ao tema das situações jurídicas patrimoniais, existenciais, a autonomia privada e os direitos da personalidade, foco do capítulo 5.

Em seguida, o capítulo 6 dedica-se a examinar as diferentes teorias sobre a vinculação dos particulares a direitos fundamentais, cujo debate em muito contribui para o enfrentamento dos problemas aqui propostos.

O próximo capítulo, de número 7, adentra ao cerne do problema que o presente trabalho se propõe a resolver, ao tratar sobre a problemática redação do art. 13 do Código Civil, e o respectivo descompasso do ordenamento infraconstitucional, dando especial atenção às práticas já sedimentadas na sociedade, como a *body art* e a *body modification*.

No capítulo 8, que versa sobre a relação entre a liberdade artística e a disposição corporal, procuro granjear os elementos estudados no decorrer do trabalho para oferecer a resposta adequada aos problemas enfrentados, assim como no capítulo 9, relativo à conclusão, no qual sintetizo as questões levantadas pelo presente trabalho.

1. LIBERDADES

A discussão acerca do que representa a liberdade individual não é rotina exclusiva do campo jurídico. Ramos como a filosofia, a sociologia, a psicologia e a teologia debruçam-se com as mesmas dificuldades sobre esse tão importante tema.

O presente trabalho não tem a pretensão de taxar o que se define por liberdade, até porque esta nos parece indefinível, na medida que contempla um complexo imenso de abordagens distintas. É o que constata Montesquieu, ao escrever que “não existe palavra que tenha recebido tantos significados e tenha marcado os espíritos de tantas maneiras quanto a palavra liberdade”¹. Sobre a liberdade, diversos são os autores que se manifestaram, como Aristóteles, Epicuro, Santo Agostinho, Descartes, Montesquieu, Kant, Hannah Arendt, Jean Paul Sartre, Habermas, John Stuart Mill, Isaiah Berlin, entre tantos outros, de tamanha proeminência.

Todos estes encararam a difícil tarefa de refletir acerca dos contornos de um dos corolários mais importantes da atividade humana: o poder sobre si mesmo; a possibilidade do exercício de uma escolha.

Nesse cenário, há de se salientar que o termo “liberdade”, ao passo que extremamente equívoco, multifacetado e polissêmico, teve abarcado em um de seus aspectos, extraordinário consenso: a noção de responsabilidade absolutamente ligada ao exercício de liberdade. Quando há uma, há a outra, e a recíproca também é verdadeira².

Dentre os autores citados acima e suas decisivas contribuições para o desenvolvimento do tema da liberdade, é possível citar a obra de Aristóteles, que se debruçou sobre o conceito de que o homem permanece senhor e protagonista de sua atividade, em razão de sua liberdade (“o homem livre faz o que depende de sua escolha”³).

¹ MONTESQUIEU. O espírito das leis. Trad. de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1993. Livro XI, Capítulo II, p. 169.

² MORAES, Maria Celina Bodin de. Uma aplicação do princípio da liberdade. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 184.

³ ARISTÓTELES. Ética a nicômaco, III, liv. 4. São Paulo: Martin Claret, 2002.

Santo Agostinho, por sua vez, no estudo sobre os contornos da liberdade, suscita o livre-arbítrio, ligado à vontade racional, enquanto uma opção do ser humano de determinar o seu caminho, sendo os parâmetros de escolha delimitados por uma ordem exterior, que estabelece o “valor” e o “desvalor” de cada opção⁴.

Aplicando o conceito de liberdade no mundo do direito, Immanuel Kant baseia a liberdade como a ausência de coerção, como direito inato, que cabe a cada homem por força de sua humanidade, portanto operando como independência do arbítrio construtivo de outrem⁵, o que serviu de fundamento para os ordenamentos jurídicos da família romano-germânica⁶.

De todo modo, o tema da liberdade revela-se de fundamental importância para que se possa discutir questões acerca da disposição sobre o corpo humano e a possibilidade de expressão artística, de modo que não é tarefa deste trabalho esgotar o desenvolvimento dos diferentes significados filosóficos da liberdade, mas sim focar a sua exploração no campo dos direitos fundamentais, da liberdade de expressão artística e o direito sobre o próprio corpo.

1.1. Liberdades Positivas e Negativas

Uma intrigante, controversa e recorrente questão no debate e no estudo da liberdade é a distinção entre liberdade negativa e liberdade positiva.

A clássica obra de Isaiah Berlin⁷, que inaugurou os conceitos de liberdade negativa e positiva, cuja abordagem valorizou a questão da autonomia no exercício da liberdade, convergindo para as aspirações da sociedade moderna, possui contribuição importante para o estudo do presente trabalho.

Os dois sentidos atribuídos e contrastados por Berlin são a liberdade em sua concepção positiva, caracterizada como autodomínio (“estar livre para”), preocupando-se com questões relacionadas à natureza e ao exercício de poder; e a

⁴ TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. O conceito de liberdade em santo agostinho. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. V. 101, jan./dez. 2006, p. 1082; AGOSTINHO, Santo. O livre-arbítrio. 3ª ed. Tradução Nair de Assis Oliveira. São Paulo: Paulus, 1995.

⁵ KANT, Immanuel. Introduzione alla metafisica dei costumi. In: Primi principi metafisici della dottrina del diritto, a cura di F. Gonnelli. Roma-Bari: Editori Laterza, 2005, p. 39.

⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de. Uma aplicação do princípio da liberdade. In: MORAES, Maria Celina Bodin de. Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 185.

⁷ BERLIN, Isaiah. Dois conceitos de liberdade. In: Ensaio sobre a humanidade: uma antologia de ensaios. São Paulo: Brasiliense, 1999.

liberdade em sua concepção negativa, concebida como não interferência (“estar livre de”)⁸, preocupando-se em evitar interferência nas ações dos indivíduos⁹.

Em outras palavras, pode-se afirmar que a liberdade negativa prima pela ausência de interferência, enquanto a liberdade positiva diz respeito pela ação e autodeterminação do sujeito, participando na tomada de decisões.

A liberdade positiva representa o desejo da autonomia do indivíduo, como o desejo de ser senhor e não escravo, de ser sujeito e não objeto.

Nesse contexto, Berlin afirma que, a princípio, na teoria, a liberdade enquanto desejo de ser senhor de si mesmo, de se dar as suas próprias leis (liberdade positiva), e a liberdade como não impedimento (negativa), não se afiguram, em grande distância, separadas uma da outra (representam maneira positiva e negativa de dizer a mesma coisa). No entanto, os conceitos de positivo e negativo de liberdade desenvolveram-se historicamente em sentidos divergentes, nem sempre através de passos reputáveis do ponto de vista da lógica, até que no final do caminho, entraram em choque uma com a outra¹⁰.

É possível ilustrar o conceito de liberdade positiva, nos parâmetros brasileiros, o caso do estabelecimento ou exploração de jogos de azar, por exemplo, em que se conserva a liberdade de escolha do indivíduo, mas constrói barreiras para o exercício de tal liberdade individual. Qualquer indivíduo pode praticar jogos de azar, sem que haja qualquer imposição punitiva por parte do Estado. No entanto, ao proibir o estabelecimento ou exploração de jogo de azar em lugar público ou acessível ao público, mediante pagamento de entrada ou não¹¹, nota-se uma tentativa do Estado de obstaculizar a opção pela prática dos jogos de azar. Há, neste caso, uma clara demonstração do que o Estado pensa ser melhor para o indivíduo, ao adotar “medidas punitivas” para os estabelecimentos comerciais e para as empresas que exploram tais atividades, e não para os praticantes.

⁸ BERLIN, Isaiah. Dois conceitos de liberdade. In: HARDY, H. e HAUSHEER, R. (orgs.). Isaiah Berlin: Estudos sobre a humanidade. São Paulo, Companhia das Letras, 2002, p. 233-236.

⁹ ELIAS, Maria Lígia G. Granado Rodrigues. Isaiah Berlin e o debate sobre a liberdade positiva e a liberdade negativa. Paper apresentado para o 8º encontro da ABCP, 2012, p. 5.

¹⁰ BERLIN, Isaiah. Quatro ensaios sobre a liberdade. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981, p. 205.

¹¹ Art. 50, Decreto-Lei nº 3.688/41.

Com efeito, o exemplo acima bem ilustra o “desvio” (ou “corrupção”, como escreve Berlin) no conceito de liberdade positiva retratado por Berlin, sendo associado à coletividade, e não ao indivíduo, ameaçando a autonomia individual, ao gozar de uma premissa intervencionista. Tal ideia justifica a ação das autoridades públicas no sentido da realização de projetos coletivos do bem comum, supostamente em benefício dos indivíduos, mesmo que à revelia das suas vontades¹².

Ronald Dworkin, ao analisar o argumento de Berlin, observa que “essa cadeia de argumentos, cuja força não é menor pelo fato de ser confusa e perigosa, chegou em muitas partes do mundo a transformar a liberdade positiva na mais terrível tirania”¹³. É dizer: a liberdade positiva se torna propícia à imposição de um regime totalitarista na medida em que não diz respeito à escolha pessoal, mas sim na obediência a uma vontade racional, coletiva, de outros indivíduos que não ele mesmo. Uma espécie de exercício de liberdade a partir de uma “triagem” do que é verdadeiramente bom.

É possível identificar tal corrupção da liberdade positiva em movimentos de luta de grandes projetos coletivos religiosos, ideológicos e filosóficos, que acabam por confundir o ideal de liberdade com outros valores importantes, em especial valores individuais, uma vez que a questão do “bem maior” entra em perspectiva. Berlin defende que a vida em sociedade é marcada por valores, ideais e bens em conflito: “Nem todas as coisas boas são compatíveis, muito menos todos os ideais da humanidade”. Com efeito, “admitir que a realização de alguns de nossos ideais é capaz, em princípio, de impossibilitar a realização de outros é dizer que a noção de realização humana total é uma contradição formal, uma quimera metafísica”¹⁴.

Nesse sentido, no decorrer do presente trabalho, será possível delimitar exemplos em que a corrupção da liberdade positiva mostra-se presente no ordenamento positivo.

¹² ISTAMATI, Gisela Barroso. Liberdade de expressão: humor e política. Dissertação de mestrado apresentada na Faculdade de Direito da PUC-SP, em 2016, p. 16.

¹³ DWORKIN, Ronald. O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006, Cap. 9 – Pornografia e ódio, p. 346.

¹⁴ BERLIN, Isaiah. Dois conceitos de liberdade. In: HARDY, H. e HAUSHEER, R. (orgs.). Isaiah Berlin: Estudos sobre a humanidade. São Paulo, Companhia das Letras, 2002, p. 268-269.

De toda sorte, tais críticas de Berlin à liberdade positiva não o transformam em um defensor ferrenho da primazia absoluta da liberdade negativa. Ao contrário, o autor admite restrições às liberdades negativas, até certo ponto¹⁵.

Acerca da liberdade negativa, enquanto ausência de interferência, Berlin utiliza do ensaio de Benjamin Constant (“Liberdade dos antigos e liberdade dos modernos”, de 1819), para criticar alguns de seus aspectos.

Ao descrever a liberdade dos antigos como a liberdade associada ao ideal de participação direta em uma democracia autogovernada e a liberdade moderna como a liberdade negativa, como ausência de interferência, Constant aponta para um conflito entre as liberdades individuais e a dimensão “coletiva” da liberdade. Considerando a dimensão individual (negativa) da liberdade, um aumento da soberania, ainda que o soberano seja o povo, não necessariamente conduz a um aumento da liberdade e diminuição da opressão¹⁶: “a democracia pode desarmar uma dada oligarquia, um dado indivíduo ou um conjunto de indivíduos privilegiados, mas ainda pode esmagar indivíduos tão impiedosamente quanto qualquer governante anterior”¹⁷.

Berlin define a liberdade negativa como aquela em que há ausência de obstáculos ou barreiras, em que um homem pode agir sem ser obstruído por outros.

Para tal conceituação, Berlin questiona o quanto segue: “qual é a área em que um sujeito – uma pessoa ou um grupo de pessoas – é ou deve ter permissão de fazer ou ser, sem a interferência de outras pessoas?”¹⁸. Ou seja: qual o nível em que os indivíduos (ou grupos) sofrem interferência dos meios externos¹⁹?

Segundo este autor, a concepção negativa de liberdade proporciona o direito a um respeito à vida privada que a concepção positiva não proporcionaria. Berlin

¹⁵ ISTAMATI, Gisela Barroso. Liberdade de expressão: humor e política. Dissertação de mestrado apresentada na Faculdade de Direito da PUC-SP, em 2016, p. 17.

¹⁶ ELIAS, Maria Lígia G. Granado Rodrigues. Isaiah Berlin e o debate sobre a liberdade positiva e a liberdade negativa. Paper apresentado para o 8º encontro da ABCP, 2012, p. 8.

¹⁷ BERLIN, Isaiah. Dois conceitos de liberdade. In: HARDY, H. e HAUSHEER, R. (orgs.). Isaiah Berlin: Estudos sobre a humanidade. São Paulo, Companhia das Letras, 2002, p. 265.

¹⁸ BERLIN, Isaiah. Dois conceitos de liberdade. In: Ensaio sobre a humanidade: uma antologia de ensaios. São Paulo: Brasiliense, 1999, p. 229.

¹⁹ SIMÕES, Luziana Sant’ana. Os conceitos de liberdade de Isaiah Berlin e a democracia. Dissertação de mestrado apresentada no Centro de Educação e Ciências Humanas da Universidade Federal de São Carlos, em 2010, p. 19.

desqualifica, por consequência, a autorrealização defendida na liberdade como abnegação, na medida em que defende o pluralismo: “A abnegação ascética pode ser uma fonte de integridade, serenidade e força espiritual, mas é difícil entender como pode ser considerada um aumento da liberdade”²⁰.

A despeito das críticas acima apontadas, como já descrito, cabe ressaltar que Berlin não advoga por uma absoluta primazia da liberdade negativa em detrimento a outros importantes valores. Esta comporta restrições, em especial por razão do dever do Estado de fornecer condições mínimas para que seus titulares possam desfrutar da liberdade. Nesse sentido:

“(…) De fato, oferecer direitos políticos ou salvaguardas contra a intervenção do Estado a homens seminus, analfabetos, subnutridos e doentes é zombar de sua condição: eles precisam de ajuda médica ou educação antes de poderem compreender ou aproveitar um aumento de liberdade”²¹.

Até mesmo Dworkin, ao comentar o fato de que Berlin nunca promoveu a perfeição da liberdade negativa, escreveu que, na opinião de Berlin, os vícios de uma liberdade negativa excessiva e indiscriminada mostravam-se tão evidentes, em especial na forma de desigualdades econômicas, que o autor não acharia necessário descrevê-las de modo detalhado²².

Com efeito, é possível classificar a liberdade de expressão, inclusive a liberdade de expressão artística, como liberdades negativas.

Conforme desenvolvido por Dworkin, a própria essência da liberdade negativa é a liberdade de ofender, o que não se aplica somente às formas de expressão heroicas, mas também às de mau gosto²³.

Parafraseando o filósofo Hélio Schwartzman, para dizer o que todos querem ouvir, ninguém precisa de licença ou de autorização. Ou bem o instituto da liberdade

²⁰ BERLIN, Isaiah. Dois conceitos de liberdade. In: HARDY, H. e HAUSHEER, R. (orgs.). Isaiah Berlin: Estudos sobre a humanidade. São Paulo, Companhia das Letras, 2002, p. 244.

²¹ BERLIN, Isaiah. Dois conceitos de liberdade. In: Ensaio sobre a humanidade: uma antologia de ensaios. São Paulo: Brasiliense, 1999, p. 231.

²² DWORKIN, Ronald. O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006, Cap. 9 – Pornografia e ódio, p. 346.

²³ Idem, p. 346.

de expressão existe para abarcar todas as opiniões possíveis, ou ele se torna um penduricalho inútil na legislação, uma palavra de ordem no máximo²⁴.

Neste ponto, ao promover o diálogo entre o ideário de Berlin, Dworkin e o cerne deste trabalho: quais seriam os limites da liberdade de expressão artística quando da disposição sobre o corpo humano? É claro que tais direitos não são absolutos, ao passo que também não devem ser encarados como restritivos e passíveis de limitações através do chamado “mau gosto”.

Para responder a estas questões, passa-se a verificar os contornos e delimitações dos institutos da liberdade de expressão, da liberdade de expressão artística e da disposição do corpo humano.

2. LIBERDADE DE EXPRESSÃO

A liberdade de expressão engloba a exteriorização do pensamento, de ideias, opinião, convicções, bem como de sensações e sentimentos em suas mais variadas formas, quais sejam: as atividades intelectuais, artísticas, científicas e de comunicação. Consiste, portanto, no direito de cada indivíduo pensar e abraçar as ideias que lhe aprouver sem sofrer qualquer restrição ou retaliação por parte do Estado²⁵.

A Constituição Federal de 1988 preocupou-se em conferir ampla proteção à liberdade de expressão (ou, como prefere Celso Ribeiro Bastos, “liberdade de pensamento”²⁶), ao prever, no art. 5, inciso IV, que “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”. Não só, a Carta Maior buscou tutelar a manifestação de pensamento e todos os seus desdobramentos, inclusive artísticos, científicos, religiosos e políticos (art. 5º, IV, VI e IX).

Ao regular o tópico da educação, a Constituição preocupou-se em assegurar que o ensino será ministrado com base nos princípios da liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber (art. 206, II). Além disso, também debruçou-se sobre os direitos culturais nos arts. 215 e 216,

²⁴ SCHWARTSMAN, Hélio. Liberdade de expressão e pluralidade. In: Pensadores da Liberdade: a liberdade como princípio. Org. Patricia Blanco. São Paulo: Palavra Aberta, 2015, p. 58.

²⁵ MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. Liberdade de expressão e discurso de ódio. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 66-67.

²⁶ BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de direito constitucional. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 292.

amparando as manifestações culturais enquanto patrimônio nacional. No mais, a Constituição se preocupou em dispor sobre a impossibilidade de qualquer restrição e censura da manifestação de pensamento, da criação, da expressão e da informação (art. 220, caput e §2º).

Diversos filósofos que escreveram sobre a liberdade de expressão se opuseram à censura, desenvolvendo o argumento de que existe algo verdadeiramente especial sobre a expressão humana – algo tão especial a ponto de merecer uma “proteção extra”.

Para ilustrar esse cenário, é possível citar a defesa utilitarista de Stuart Mill, em sua obra “Sobre a liberdade”²⁷, que argumenta que a sociedade se beneficia pela escolha da verdade e que a verdade provavelmente vai emergir em um ambiente de discussão livre, teoria esta que chegou a ser chamada de “mercado das ideias”. É válido citar, também, a variação política desta tese, idealizada por Alexander Meiklejohn, que pregou a grande proteção à liberdade de expressão porque permite o bem social do governo democrático florescer, uma vez que tal governo é impossível sem uma discussão aberta de opções políticas²⁸.

Tais teorias funcionam muito bem para a tutela da liberdade de expressão *lato sensu*.

No entanto, é difícil vislumbrar sua funcionalidade em uma grande expressão artística. Enquanto o argumento de Mill funciona melhor para a proteção do que poderia ser chamado de discurso cognitivo ou científico (aquele majoritariamente preocupado com ideias e com a descoberta da verdade), e o argumento de Meiklejohn funciona melhor para a proteção do discurso político²⁹; estruturalmente, essas teorias não englobam o caráter contramajoritário intrínseco ao fenômeno artístico.

De acordo com Jeffrie G. Murphy, “se nós queremos uma poderosa teoria do valor da liberdade artística, nós precisamos no mínimo suplementar os modelos do

²⁷ MILL, John Stuart. A Liberdade; utilitarismo. São Paulo, Martins Fontes, 2000.

²⁸ MURPHY, Jeffrie G. A liberdade de expressão e as artes. In: Liberdade de expressão no século XXI. Coord. José Adércio Leite Sampaio. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 236-237.

²⁹ Idem, p. 237.

mercado de ideias ou do discurso político”³⁰. Não há como afirmar que toda arte transmite a “verdade” conforme idealizada por Mill, nem adotar a premissa de Meiklejohn e reduzir toda manifestação artística a um caráter político.

Nesse ponto, aproveito para citar novamente a contribuição de Dworkin³¹, no sentido de que a liberdade de expressão deve ser tutelada de forma especial, não porque possibilita consequências sociais ou políticas úteis, mas porque tutela nossa capacidade de perceber nossa individualidade e encontrar um significado em nossas vidas através de nossas próprias escolhas autônomas e nosso direito de tentar moldar nosso mundo social através de nossas próprias ideias³².

Cumprido citar a construção teórica sobre dois tipos de justificação da liberdade de expressão: a instrumental e a construtiva.

A primeira diz respeito à importância da liberdade de expressão pelos efeitos benéficos que serão produzidos para o conjunto da sociedade (aumentando a probabilidade de se chegar à verdade, que se corrijam erros ou que se produzam boas políticas), e não pelo direito das pessoas dizerem o que bem entenderem. Já a linha da justificação construtiva defende a responsabilidade moral dos indivíduos: estes são moralmente responsáveis para optar pelas próprias decisões sobre o que é bom ou mal. Portanto, é o Estado que ofende seus cidadãos e nega a responsabilidade moral quando decreta que estes não possuem qualidade moral suficiente para ouvir opiniões que possam persuadi-los a adotar convicções perigosas ou desagradáveis³³.

Nessa linha de intelecção, deixando de lado a crítica às duas teorias, resta clara a complementariedade entre ambas, que, sobrepostas, unem o caráter intrínseco da democracia ao livre desenvolvimento da personalidade do homem, motivo pelo qual defendo nesse trabalho a utilização das duas, assim como faz o STF e a Constituição Federal de 1988.

³⁰ Ibidem, p. 237.

³¹ DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

³² MURPHY, Jeffrie G. A liberdade de expressão e as artes. In: Liberdade de expressão no século XXI. Coord. José Adércio Leite Sampaio. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 239.

³³ DWORKIN, Ronald. O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 311-321.

Não só, fundamental salientar a *posição preferencial* da liberdade de expressão no ordenamento jurídico brasileiro, como coloca o STF³⁴, seguindo a doutrina da *preferred position*, desenvolvida nos EUA. Segundo tal teoria, a solução das colisões envolvendo a liberdade de expressão e outros bens passa por uma primazia de solução, em princípio, de direitos e valores constitucionais em favor daquela, reconhecendo uma prioridade *prima facie* das liberdades comunicativas em casos de colisão com outros princípios constitucionais³⁵.

O Min. Luis Roberto Barroso, no julgamento da ADI 4815, traçou interessante panorama sobre a história da liberdade de expressão no Brasil:

“Portanto, a história da liberdade de expressão no Brasil é uma história acidentada. Para citar uma passagem de um outro autor mega censurado, que era o Taiguara: “Só quem não soube a sombra é que não reconhece a luz”. A luz, no caso, é viver num regime de liberdade de expressão. Portanto, a primeira razão, no Brasil, talvez diferentemente da Alemanha, talvez diferentemente da França ou da Europa em geral, é que, aqui entre nós, a história é tão acidentada e o histórico da liberdade de expressão tão sofrido que ela precisa ser afirmada e reafirmada, eventualmente, com certo exagero. A segunda razão pela qual a liberdade de expressão deve ser tratada como uma liberdade preferencial em uma sociedade como a brasileira, e talvez nas sociedades democráticas em geral, é que a liberdade de expressão é não apenas um pressuposto democrático, como é um pressuposto para o exercício dos outros direitos fundamentais. Para exercerem-se bem os direitos políticos, o direito de participação política, a liberdade de associação, a liberdade de reunião, o próprio desenvolvimento da personalidade, é preciso que haja liberdade de expressão, é preciso que haja uma livre circulação de fatos, opiniões e ideias para que cada um possa participar esclarecidamente do debate público. Ninguém deve ter o direito de selecionar quais são as informações que podem chegar ao debate público. Portanto, a segunda razão é que, sem liberdade de expressão, não existe plenitude dos outros direitos, não existe autonomia privada, não

³⁴ Para tanto, é possível citar diversos julgados no STF, tais como: ADI 4815, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgada em 10/06/2015; RE 898.450, Rel. Min. Luiz Fux, julgada em 17/08/2016; ADPF 130, Rel. Min. Carlos Britto, julgada em 30/04/2009; ADPF 187, Rel. Min. Celso de Mello, julgada em 15/06/2011; Rcl 18638/MC, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, julgada em 17/09/2014.

³⁵ Para melhor compreensão sobre o tema, sugere-se: MARTEL, Leticia de Campos Velho. Hierarquização de direitos fundamentais: a doutrina da posição preferencial na jurisprudência da Suprema Corte norte-americana. Revista Síntese, nº 48, 2004.

existe autonomia pública. E a terceira e última razão é que a liberdade de expressão é essencial para o conhecimento da história, para o aprendizado com a história, para o avanço social e para a conservação da memória nacional. De modo que eu assento, de maneira expressa, como uma das premissas teóricas e filosóficas da minha convicção nesta matéria, como nos casos de liberdade de expressão em geral, que, no Brasil, por força da Constituição e das circunstâncias brasileiras, a liberdade de expressão deve ser tratada constitucionalmente como uma liberdade preferencial. E as consequências de se estabelecer essa premissa são igualmente três. Em primeiro lugar, ao se dizer que a liberdade de expressão é uma liberdade preferencial, estabelece-se uma primazia *prima facie* da liberdade de expressão no confronto com outros direitos fundamentais. Não uma hierarquia superior, apenas uma primazia *prima facie*, a demonstrar que aquele que pretenda cercear a liberdade de expressão em nome do direito de imagem, em nome da honra, em nome da privacidade, é essa parte que tem o ônus de demonstrar o seu direito superador da preferência da liberdade de expressão. Portanto, o ônus argumentativo de quem pretende paralisar a incidência da liberdade de expressão no caso concreto é maior, evidentemente, do que de quem esteja preservando a liberdade de expressão (...)"³⁶.

Com efeito, não guarda grande complexidade constatar que a liberdade de expressão comporta um número expressivo de teorias, fundamentos e abordagens.

Para tanto, é possível citar, nesse sentido, a teoria de Alexandre Sankievicz, segundo a qual a liberdade de expressão pode fundamentar-se como manifestação da autonomia individual, como instrumento para a busca da verdade e como instrumento para realização da democracia³⁷.

Para os efeitos pretendidos neste trabalho, limito-me a trabalhar o conceito de liberdade de expressão como manifestação da autonomia individual.

Segundo Alexandre Sankievicz, a maioria das ideias sobre religião, arte, literatura ou estética jamais serão objeto de comprovação ou refutação. As palavras de Abraão, Jesus e Maomé não possuem suporte científico, mas mesmo assim,

³⁶ ADI 4815, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgada em 10/06/2015.

³⁷ SANKIEVICZ, Alexandre. Liberdade de expressão e pluralismo: perspectivas de regulação. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 22 e seguintes.

movem milhões de pessoas em todo o mundo, além de influenciarem decisões diárias e ajudarem a definir personalidades e estilos de vida. Nesse sentido, a liberdade de expressão deriva sobretudo de um “imperativo moral fundado na proteção da autonomia individual” e deve ser protegida em âmbito constitucional, não porque viabiliza um desejado resultado, como a busca da verdade ou a livre circulação de ideias em uma sociedade democrática, mas porque o respeito ao indivíduo leva, por consequência, à proteção das comunicações que definem, desenvolvem ou protegem o seu ser³⁸.

A liberdade de expressão deve, portanto, ser considerada como importante componente e instrumento de autodeterminação.

Ainda de acordo com Sankiewicz, com quem concordo, conforme apontado no capítulo anterior, a expressão livre deve ser protegida independentemente de seus benefícios ou malefícios sociais que possam resultar do exercício dessa liberdade, de modo que deve ser interpretada como “instrumento de garantia da autonomia discursiva do indivíduo, como uma dimensão de sua liberdade e dignidade pessoal”. Partindo a autonomia individual do pressuposto de que se os indivíduos não tiverem o direito de realizar um mínimo de escolher por si mesmos, eles literalmente deixam de ser indivíduos, e decorrendo a liberdade de expressão do fato de o discurso ser uma manifestação da liberdade individual, esta confere ao indivíduo a capacidade de “desenvolver todo o seu potencial, controlar o seu próprio destino e influenciar as decisões coletivas”³⁹.

A equação que compõe a liberdade de expressão e a autonomia individual, em especial sob um ponto de vista liberal, encontra algumas críticas contundentes.

Para trazer ao debate algumas delas, é possível citar o argumento de que a teoria liberal produz um efeito silenciador, na medida em que ao promover um acesso diferenciado aos meios de comunicação de massa, de fazer com que grupos hegemônicos adquiram poder de monopólio e abafem outros menos favorecidos, há por consequência a distorção do processo de formação da opinião pública, como muito bem coloca Owen Fiss⁴⁰. Nada obstante, é possível suscitar o fato de a teoria

³⁸ Idem, p. 22.

³⁹ Ibidem, p. 23.

⁴⁰ FISS, Owen M. A ironia da liberdade de expressão. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 40 e 46.

liberal não justificar porque o discurso recebe proteção muito maior do que um outro grande número de outras atividades que podem ser essenciais para o desenvolvimento da personalidade de alguns indivíduos, como usar casacos de pele, carros de luxo ou mesmo cometer crimes. É dizer: “por que o falar recebe tratamento tão distinto dessas outras atividades?”⁴¹.

Importantes autores como Cass Sunstein ⁴² e Richard Posner ⁴³ são precursores destas indagações, que nos auxiliam a questionar os contornos da liberdade de expressão e aperfeiçoar o seu debate.

De toda sorte, tendo em vista que o objeto do presente estudo é analisar as relações entre a liberdade artística e a disposição sobre o corpo humano, interessa trazer à baila a posição de José Afonso da Silva, que coloca a liberdade de expressão como gênero, e a liberdade de expressão artística como espécie, como um espectro dentro da vasta gama de liberdades abarcadas por esta (como a liberdade religiosa, a liberdade de opinião, a liberdade de informação e de imprensa, etc). É o que nos ensina, ao contextualizar a liberdade de expressão como um sistema complexo que constitui o centro de um leque de faculdades constitucionalmente garantidas⁴⁴.

No entanto, como se verá no próximo capítulo, opto por adotar a premissa de que a liberdade artística representa ramo autônomo, porquanto tão distinto da pura manifestação de pensamento.

3. LIBERDADE DE EXPRESSÃO ARTÍSTICA

Para apreciação do fenômeno da arte dentro do contexto jurídico, é preciso, obrigatoriamente, se socorrer do seu caráter subversivo, de sua função pedagógica de protesto e de indignação, próprio das democracias. Portanto, deve-se conferi-la maior amplitude de proteção. Por óbvio, não me ocuparei neste trabalho de delimitar

⁴¹ Idem, p. 25.

⁴² SUNSTEIN, Cass. Democracy and the problem of free speech. Free Press, 1995.

⁴³ POSNER, Richard. Fronteiras da teoria do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2011; e POSNER, Richard. Problemas de filosofia do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

⁴⁴ SILVA, José Afonso da. Ordenação constitucional da cultural. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 58.

precisamente o que se entende por arte que, “tal como a filosofia, é uma interrogação inacabada e incessantemente retomada”⁴⁵.

No entanto, é de ressaltar veementemente o caráter autônomo da liberdade de arte com relação à liberdade de expressão, por alguns motivos. Segundo Dimitri Dimoulis e Dimitris Christopoulos:

“Em primeiro lugar, a arte não se limita à manifestação de pensamento. Inclui ações (pensemos na intervenção de um artista que, com ou sem permissão do proprietário, picha a fachada de um edifício) e envolve a manutenção de estruturas de produção (teatro, cinema). Em segundo lugar, a arte tem formas e justificativas de exercício diferentes das demais espécies de manifestação do pensamento”⁴⁶.

Leonardo Martins, ao estudar os contornos da liberdade artística, dissertando sobre a evolução do tema, com foco na Alemanha, explica que, a despeito da tarefa complexa de se chegar a uma definição inequívoca de arte, permanece o entendimento de que o direito fundamental à livre expressão da atividade artística encerra a proibição de definição da arte pelo Estado. “Isso significa, na prática, que, durante todo o processo de comunicação social “arte”, fica vedado a todo órgão ou autoridade estatais a imposição de suas ideias sobre o que viria a ser “boa” arte, ou ainda, o que seria arte em geral”⁴⁷.

Prosseguindo no raciocínio de Leonardo Martins:

“Não se exclui *a priori* a escolha por um determinado conteúdo ou propósito, pelo menos até o limite da legalidade. Por isso que obras que tenham o condão de se chocar “morais e costumes ainda vigentes”, tais como a pornografia e as obras aparentemente ofensivas ao decoro, fazem parte da área de proteção e, em princípio, devem ser protegidas *prima facie*, gozando de uma presunção de prevalência em contexto específico (...) Espécies artísticas

⁴⁵ RIBON, Michael. A arte e a natureza. Campinas: Papirus, 1991.

⁴⁶ DIMOULIS, Dimitri; e CHRISTOPOULOS, Dimitris. O direito de ofender. Sobre os limites da liberdade de expressão artística. In: Revista Brasileira de Estudos Constitucionais (RBEC). Belo Horizonte, 2009, p. 3-4.

⁴⁷ MARTINS, Leonardo. Direito constitucional à expressão artística. In: Direito da arte. MAMEDE, Gladston; FILHO, Marcílio Toscano Franca; JUNIOR, Otavio Luiz Rodrigues (orgs.). São Paulo: Atlas, 2015, p. 30 e ss.

contemporâneas, como a sátira e a caricatura, só puderam se desenvolver depois desse reconhecimento”⁴⁸.

Neste diapasão, o Direito tutela não só a proteção das atividades artísticas em diversas facetas, inclusive a livre escolha do autor da obra ou seu intérprete de seus propósitos, mas também alcança as obras de arte e os chamados por Leonardo Martins de “transmissores técnicos”, para abrigar todo o processo artístico e sua comunicação, como se verá mais adiante.

De acordo com José Afonso da Silva, a liberdade de expressão cultural (que seria, para o autor, um tipo de liberdade abarcadora da atividade artística), ganhou concreta autonomia no sistema constitucional vigente. As Constituições passadas a reconheciam tão somente de modo genérico, declarando que as ciências, as letras e as artes eram livres e o amparo à cultura era dever do Estado. O autor alerta que o constitucionalismo brasileiro sempre evitou enquadrar a “liberdade de expressão cultural como simples forma da liberdade de manifestação do pensamento”. A desvinculação entre uma e outra detinha importância na vigência da Constituição de 1969 (art. 153, §8º), que vedava publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes. Previsão semelhante pode ser observada na Constituição italiana, que trata a liberdade de pensamento e a liberdade de expressão artística em dispositivos distintos (arts. 21 e 33, respectivamente), mas submete a liberdade de pensamento aos bons costumes⁴⁹.

Tais restrições, segundo José Afonso da Silva, “não podiam e nem podem atingir a liberdade de expressão cultural, nem na sua fase criativa, nem na sua fase frutiva, salvo quanto a diversões e espetáculos públicos (...)”⁵⁰. A arte é, por essência, uma manifestação de vanguarda, de modo que, a rigor, não pode sofrer limitações de qualquer natureza. Esse também é o tratamento constitucional vigente da matéria⁵¹. O fato de a liberdade de expressão artística não ser tratada em dispositivo isolado na Constituição não mitiga sua importância autônoma. Há de se ter como certa a necessidade – e esta afirmação constitui ponto fundamental

⁴⁸ Idem.

⁴⁹ In verbis: “Sono vietate le pubblicazioni a stampa, gli spettacoli e tutte le altre manifestazioni contrarie al buon costume”.

⁵⁰ SILVA, José Afonso da. Ordenação constitucional da cultura. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 56.

⁵¹ Idem.

neste trabalho – separar a criação e a manifestação artística, da manifestação do pensamento em geral.

Em outras palavras, a Constituição Federal de 1988 rompeu com a necessidade de compatibilidade entre a liberdade de expressão artística à moral e aos bons costumes, alçando-a a um *status* de alvo permanente.

Não guardaria, de todo modo, qualquer lógica em afirmar que uma obra de arte nunca pode ser obscena, ou que o que é obsceno não é obra de arte, mas uma manifestação imoral⁵². Todos podem produzir obras intelectuais, científicas, filosóficas e artísticas e divulgá-las, sem censura e sem licença de quem quer que seja: uma vivência plena dos valores de espírito humano em sua projeção criativa, em sua produção de objetos que revelem o sentido dessas projeções da vida humana⁵³.

A Constituição Federal de 1988, como visto no tópico sobre liberdade de expressão, enquadra a liberdade artística como um direito fundamental esculpido no art. 5º, IX, além de tutelá-la nos arts. 206, 215, 216 e 220, enquanto importante fator no âmbito da educação, das manifestações culturais – e, portanto, como vetor garantidor do pluralismo cultural – e na vedação à censura.

Com efeito, a solução prevista no diploma constitucional para excessos eventualmente derivados de manifestações artísticas, que ofendam terceiros, recai, a rigor, no ressarcimento do dano moral causado, conforme art. 5º, X.

Encaramos, portanto, no que tange à liberdade, sempre um juízo *a posteriori*, jamais a enclausurando nas garras da censura prévia.

Esta, inclusive, foi a lógica empregada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento das biografias não autorizadas, aplicada à liberdade de expressão, a ser brevemente analisado oportunamente. Ou no julgamento da ADPF 130⁵⁴, que determinou a inconstitucionalidade da Lei de Imprensa, no qual o STF ressaltou a missão democrática da imprensa, destacando sua autonomia em relação

⁵² BARILE, Paolo. Libertàdimanifestazionedelpensiero, p. 93-94, *apud* SILVA, José Afonso da. Ordenação constitucional da cultural. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 57.

⁵³ SILVA, José Afonso da. Ordenação constitucional da cultural. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 59-60.

⁵⁴ STF – ADPF 130. Rel. Min. Carlos Ayres Britto, julgado em 30 de abril de 2009.

aos controles estatais. Não só, a Corte salientou o fato de que o direito já possui mecanismos para repudiar todos os abusos que eventualmente ocorram em nome da liberdade de imprensa.

Nesse mesmo sentido, tenhamos em mente o pensamento de Dimitri Dimoulis e Dimitris Christopoulos que, ao analisar as inter-relações entre a liberdade de expressão artística e o direito de ofender, especialmente aplicado à fé religiosa⁵⁵, analisam as demais zonas de conflito inerentes ao exercício da liberdade de expressão artística:

“Quem fala, escreve ou desenha pode, salvo estritas e exaustivamente justificadas exceções tratar os símbolos e as ideias religiosas da forma que lhe aprouver. Nesse sentido está correta a referência jornalística ao “sagrado direito à blasfêmia”: “Temos o direito de criticar, negar, satirizar o profeta Maomé e Alá e Jesus Cristo e Shiva e Buda e Xangô e Jeová e Zeus – e toda a imensa fileira de deuses e deusas que a humanidade criou e criará”^{56,57}.

Os dois autores gregos ainda complementam os exemplos trazidos por André Petry:

“Tanto a representação de Maomé como terrorista, como os pôsteres que estavam à venda alguns anos atrás na Alemanha apresentando um porco crucificado ou a controvertida obra *Piss Christ* do fotógrafo Andrés Serrano são constitucionalmente tutelados, até que seja comprovado o contrário. Essa prova só pode ser dada no âmbito de um processo judicial e após interpretação constitucional e não nas ruas com ameaças, agressões, homicídios e destruições.”⁵⁸

Nada obstante, o mercado artístico deve gozar de importante tutela constitucional, fincada especialmente na conjugação da importância da manifestação artística com a liberdade de iniciativa econômica (art. 170 da CF).

⁵⁵ DIMOULIS, Dimitri; e CHRISTOPOULOS, Dimitris. O direito de ofender. Sobre os limites da liberdade de expressão artística. In: Revista Brasileira de Estudos Constitucionais (RBEC). Belo Horizonte, 2009, p. 12-13.

⁵⁶ PETRY, André. A favor da blasfêmia. Veja 15-2-2006. http://veja.abril.com.br/150206/andre_petry.html, apud DIMOULIS, Dimitri; e CHRISTOPOULOS, Dimitris. O direito de ofender. Sobre os limites da liberdade de expressão artística. In: Revista Brasileira de Estudos Constitucionais (RBEC). Belo Horizonte, 2009, p. 12.

⁵⁷ DIMOULIS, Dimitri; e CHRISTOPOULOS, Dimitris; O direito de ofender. Sobre os limites da liberdade de expressão artística. In: Revista Brasileira de Estudos Constitucionais (RBEC). Belo Horizonte, 2009, p. 12-13.

⁵⁸ Idem, p. 13.

Além disso, o próprio artigo 150, VI, “d” da CF estabelece que a União, os Estados e os Municípios não podem instituir impostos sobre livros, jornais, periódicos e jornal destinados à impressão – dispositivo este que promove a garantia da liberdade de imprensa e da liberdade artística⁵⁹.

3.1. Criação, produção e divulgação

É fundamental que se ressalte que a liberdade de expressão artística não pode ser reduzida tão somente à ação de expressar, através de uma obra de arte. A obra de arte não é só um objeto.

Sua criação perpassa por conceitos, por uma construção de nexos, algo que decorre da expressão do artista. Como muito bem estabelece Júlia Alexim Nunes da Silva, o conteúdo dessa liberdade é muito mais amplo: somente no que tange à criação em si, é possível estabelecer que a liberdade artística abarca e protege a criação, a produção e a divulgação das obras de arte⁶⁰.

Da criação do autor à manifestação e apresentação da obra, há de se protegê-la integral e completamente, seja de que natureza for (artística, teatral, literária, etc)⁶¹.

Tais “ações” não são sinônimas e comportam tutela específica do ordenamento jurídico.

A liberdade de criação representa uma liberdade de idealizar e o objeto a ser criado e concretizá-lo, assim como representa a liberdade na escolha do momento e dos meios e métodos utilizados para a realização da criação⁶².

A produção, por sua vez, apesar de não exigir um ato criativo inovador e se referir à transformação de algo em produto, podendo compreender a simples reprodução de uma obra de arte que já existe e a transformação desta obra de arte em um produto suscetível de exploração econômica, a atividade técnica de

⁵⁹ Como já ratificado pelo STF, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 22.1239/SP, 06.08.2014.

⁶⁰ SILVA, Júlia Alexim Nunes da. A liberdade de expressão artística. Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP, nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009, p. 3195.

⁶¹ FIGUEIREDO, Marcelo. Parecer técnico sobre Liberdade de expressão artística em cotejo com símbolos religioso, anexado ao processo nº 0566408-05.2017.8.05.001, em trâmite perante a 12ª Vara Cível e Comercial da Comarca de Salvador, Bahia, p. 7.

⁶² MIRANDA, Jorge. Notas sobre cultura, constituição e direitos culturais. Coimbra: Almedina, 2006, p. 764.

reprodução e transformação de uma obra de arte também estão protegidas pela liberdade artística⁶³. Nesse sentido, o produtor fonográfico, por exemplo.

No mais, merece igual destaque a atividade de divulgação (ou comunicação) da obra de arte que, como regra geral, é seu caminho natural. Como dispõe Júlia Alexim Nunes da Silva, tal caminho leva a integração da obra a um patrimônio cultural comum, uma vez que a arte é componente essencial do patrimônio cultural: “a obra de arte de hoje compõe o patrimônio cultural do futuro”⁶⁴. No entanto, tal caminho não é obrigatório, uma vez que o autor goza do direito de preservar o ineditismo da obra, como se verá mais adiante.

3.2. A proteção da obra de arte: direitos de autor

Como adiantado acima, defendo que a liberdade artística abarca a proteção dos direitos de autor, uma vez que protege a obra de arte propriamente dita, o resultado da criação, perpassando tão somente a atividade expressiva.

Tal conclusão decorre também da inteligência constitucional, que enquadra a proteção do direito de autor no art. 5º, incisos XVII e XVIII, elevando-os ao *status* de direito fundamental, assim como a liberdade artística.

Segundo Júlia Alexim Nunes Silva, essa constatação possui duas consequências importantes, quais sejam:

“A primeira consequência dessa constatação é a associação da proteção legal dos direitos de autor ao exercício de uma liberdade, de modo que os direitos de autor traduzem uma autonomia do autor com relação ao Estado. A segunda é relativa ao conteúdo da liberdade de expressão artística, já que passa a abranger tanto os direitos morais quanto os direitos patrimoniais ou materiais de autor. De fato, podemos facilmente associar os direitos patrimoniais à própria liberdade artística. Basta considerarmos as três faculdades que compõe a essência do direito patrimonial de autor: de reprodução, de distribuição e de comunicação público”⁶⁵.

⁶³ SILVA, Júlia Alexim Nunes da. A liberdade de expressão artística. Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP, nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009, p. 3195.

⁶⁴ Idem, p. 3195.

⁶⁵ ASCENSÃO, José de Oliveira. O direito de autor no ciberespaço. Portugal-Brasil Ano 2000, Coimbra: Coimbra, 1999, p. 86.

Faculdades estas que, conforme apontado acima, são abrangidas pelo direito de autor e pela liberdade artística.

Vejamos tais conceitos aplicados com relação à divulgação da obra, por exemplo: a Lei de Direito Autoral (Lei nº 9.610 de 1998) prevê como direito moral do autor o de conservar a obra inédita (art. 24, III). É dizer, um autor pode criar uma obra e optar por não divulgá-la – daí o nítido reflexo do exercício da liberdade artística.

No mesmo sentido temos o art. 68, que assegura a necessidade de prévia e expressa autorização do autor ou titular para utilizar obras teatrais, composições musicais ou lítero-musicais e fonogramas, em representações e execuções públicas.

A tutela da conservação da comunicação ao público de obras ainda aparece em outros dispositivos, como no art. 72 (que prevê a necessidade de licença do autor para o empresário possa entregar a obra a pessoa estranha para execução), no art. 93, III (direito do produtor fonográfico de autorizar ou proibir a comunicação ao público de fonogramas por meio de execução pública, inclusive pela radiodifusão), no art. 95 (direito das empresas de radiodifusão para comunicação ao público de suas emissões), bem como nos arts. 105 e 107, que preveem sanções civis para aqueles que violam, entre outros direitos, a comunicação (divulgação) à público de obras de arte; entre outros casos.

Em alguns dispositivos acima expostos, há a prova de que a produção também é abrangida pela liberdade artística, como no caso do aludido art. 93, III. Cumpre citar também a proteção da lei autoral à produção como sendo a simples reprodução de uma obra de arte que já existe ou a transformação desta obra de arte em um produto suscetível de exploração econômica, como o art. 31, que protege as faculdades de autorização do produtor para utilização de obras literárias, artísticas ou científicas ou de fonogramas, bem como o art. 89, em que se prevê a aplicação, no que couber, das normas relativas aos direitos de autor para o caso dos produtores fonográficos e das empresas de radiodifusão.

Tais exemplos acima são meras menções à situações previstas na legislação específica para os casos de produção e divulgação de obras. Por óbvio, o ato de criação goza de proteção ainda mais detalhada em tal diploma.

Enfim, importa salientar a importância da reflexão do direito autoral enquanto direito fundamental e direito passível de tutela pela liberdade artística.

3.3. Limites ao exercício da liberdade artística

Conforme explanado acima, no texto constitucional, para o exercício da liberdade artística, não há reserva legal, nem outra limitação explícita. Desse modo, deve-se concluir que intervenções só poderão ser excepcionalmente permitidas, quando o exigir um bem constitucionalmente colidente.

Alerta Leonardo Martins que, na existência de aparente conflito entre a liberdade artística e um direito conflitante atingido, existem duas soluções possíveis.

Em primeiro lugar, é possível citar o critério da proporcionalidade, entendido como a análise da relação entre os propósitos lícitos perseguidos pelo Estado na intervenção e os meios utilizados para seu alcance:

“Essa relação tem que ser caracterizada pela adequação e necessidade que representam – após exame das grandezas do(s) propósitos e meio(s) em si da intervenção que devem atender ao critério da licitude – os dois subcritérios para avaliação da proporcionalidade da aludida relação”⁶⁶.

Ou, também, a segunda solução centra-se na busca de uma mais precisa delimitação da área de proteção, com o propósito de serem excluídas dela aqueles comportamentos que, inobstante a suposta expressão artística, não sejam permitidos por alguma norma jurídica vigente no ordenamento jurídico. Ou seja, é o caso da mediação legislativa, que me ocuparei com maior profundidade quando explorar o tópico da vinculação dos particulares a direitos fundamentais.

Marcelo Figueiredo, em parecer técnico no qual explora os contornos da liberdade de expressão artística em cotejo com símbolos religiosos – especificamente no caso em que, em Salvador, Bahia, o Juízo de primeira instância proibiu a apresentação de uma peça teatral que retratava a figura de Jesus Cristo como uma mulher transgênero – defende que, ao apreciar casos como este, deve-se defender uma forte contenção ou restrição judicial, uma vez que parece:

⁶⁶ MARTINS, Leonardo. Direito constitucional à expressão artística. In: Direito da arte. MAMEDE, Gladston; FILHO, Marcílio Toscano Franca; JUNIOR, Otavio Luiz Rodrigues (orgs.). São Paulo: Atlas, 2015, p. 60.

“altíssimo risco do Poder Judiciário, a pretexto de realizar uma interpretação de um suposto ‘conflito’ ou ‘colisão’ entre valores constitucionais (inexistentes), tornar-se um verdadeiro censor de uma determinada concepção, de determinada visão dogmática ou religiosa, papel ou competência que sequer é atribuído ao Estado ou a seus agentes em um Estado Democrático de Direito como o brasileiro, que também defende o pluralismo como valor fundamental”⁶⁷.

Tal situação pode ser vislumbrada em outros contextos, não somente em questões religiosas.

Com efeito, de acordo com Dimitri Dimoulis e Dimitris Christopoulos, não é objetivo da liberdade de expressão artística tutelar obras banais e inócuas:

“Ninguém necessita de tutela jurídica para expor naturezas mortas e animais no pasto verde. A liberdade de expressão só adquire relevância a partir do momento em que alguém questiona o nosso direito de expressar-se, desejando proibir certas manifestações que reputa ofensiva de seus direitos ou valores. Como afirmou a Corte Europeia de Direitos Humanos, em uma sociedade democrática, esta liberdade diz respeito a pontos de vista perturbadores e chocantes”^{68,69}.

É dizer: a partir do momento que alguém se sente moralmente lesado, ou a partir do momento em que há sofrimento a partir da criação e/ou exibição de uma obra de arte, é que a liberdade de expressão artística atinge seu ponto fundamental.

⁶⁷ FIGUEIREDO, Marcelo. Parecer técnico sobre Liberdade de expressão artística em cotejo com símbolos religioso, anexado ao processo nº 0566408-05.2017.8.05.001, em trâmite perante a 12ª Vara Cível e Comercial da Comarca de Salvador, Bahia, p. 11.

⁶⁸ “A liberdade de expressão constitui uma das fundações essenciais de nossa sociedade, uma das condições básicas para o seu progresso e para o desenvolvimento de todo e qualquer homem. De acordo com o art. 10-2, é aplicável não apenas a ‘informações’ ou ‘idéias’ que são recebidas de maneira favorável, reputadas inofensivas ou tratadas de maneira indiferente, mas abrange também aquelas que ofendem, chocam ou perturbam o Estado ou qualquer setor da população. Tais são as exigências do pluralismo, da tolerância e do espírito aberto, sem os quais não há ‘sociedade democrática’”. CEDH, *Handyside vs. Reino Unido*, 7-12-1976, n. 49. Fonte: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=695376&portal=hbk&source=externalbydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649>. No mesmo sentido o tribunal constitucional federal alemão: *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, v. 93, 266 (289). Fonte: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv093266.html>.

⁶⁹ DIMOULIS, Dimitri e CHRISTOPOULOS, Dimitris. O direito de ofender. Sobre os limites da liberdade de expressão artística. In: *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais (RBEC)*. Belo Horizonte, 2009, p. 5-6.

Mesmo diante de sua maior amplitude em relação as demais liberdades de expressão, dada a essência da arte, não há que se afirmar pela falta de limitações, em razão da inexistência de absolutos no Direito (com exceção do direito de não ser escravizado e do direito de não ser torturado, como prefere Norberto Bobbio⁷⁰).

Em primeiro lugar, é possível citar o discurso de ódio, expressão decorrente da doutrina norte-americana (*hate speech*), que consiste na utilização da liberdade de expressão para inferiorizar ou humilhar determinado grupo de pessoas, já estigmatizado em razão de sua origem social, orientação sexual, cor de pele, crença, etc. Tal manifestação de vontade, eivada de ódio, não contribui com a formação coletiva do pensamento humano, uma vez que não aventa questões a serem debatidas, além do que somente faz agravar o preconceito já existente contra algumas pessoas ou grupos⁷¹. Para exemplificar tais casos, é possível citar a doutrina nazista ou o grupo norte-americano da Ku Klux Klan.

A despeito de teóricos liberais da liberdade de expressão, como o já aqui citado John Stuart Mill, segundo o qual o conhecimento humano é construído coletivamente, não sendo tarefa do Estado calar nenhuma parte envolvida no debate de ideias, de sorte que se determinada ideia for mal fundamentada ou inverídica, esta somente poderia ser desvelada por meio da exposição e do debate⁷²; me filio à posição do jurista Owen Fiss, que defende ter o discurso de ódio um efeito silenciador do discurso do grupo afetado, em vista da diminuição de autoestima e da afronta à imagem já estigmatizada deste na sociedade. Para o norte-americano, o Estado não deve proibir o discurso de ódio, mas deve promover meios para que o grupo afetado se manifeste com robustez^{73,74}.

⁷⁰ BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 24.

⁷¹ PEREIRA, Cristiano Padial Fogaça. A liberdade artística é “sagrada”? Uma análise acerca dos limites da liberdade de expressão artística. Revista Eletrônica do Centro Universitário Newton Paiva. Belo Horizonte, n. 32, maio/ago 2017, p. 65.

⁷² MILL, John Stuart. A Liberdade; utilitarismo. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 35 e 78.

⁷³ FISS, Owen M. A ironia da liberdade de expressão. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 40 e 46.

⁷⁴ Segundo este autor, o *laissez-faire* não é suficiente para permitir a todos a fruição da liberdade de expressão. Em razão dos fatores econômicos ou culturais presentes na estrutura da sociedade, as manifestações expressivas de grupos hegemônicos acabam por “abafar” aquelas emanadas de classes menos favorecidas, condenadas à invisibilidade e ao silêncio no grande debate. Como consequência prática, produz-se o reforço do poder dos ricos na esfera comunicativa, o empobrecimento dos debates públicos e a manutenção de uma estrutura social não igualitária e opressiva.

De acordo com Fiss, o Estado deve garantir a integralidade e a riqueza do debate público, “e não esconder do público opiniões às quais eles deveriam estar expostos, a fim de governar a si próprios ou escolher os estilos de vida que desejam viver”⁷⁵. O autor defende que o Estado não tem como obrigação providenciar megafones para todos, porém, “a partir do momento em que decide por fazê-lo, não poderá distribuí-los de tal forma a perpetuar o conservadorismo”⁷⁶.

Neste sentido, tendo a Constituição Federal optado pela indenização *a posteriori* no caso de manifestações decorrentes da liberdade de expressão artística, assim como eventual responsabilização criminal do artista, não tendo, portanto, optado pelo caminho da censura, guarda lógica a aproximação do marco teórico de Owen Fiss com a posição do ordenamento jurídico brasileiro.

Para tanto, é possível suscitar o discurso de ódio como fator *possivelmente* limitante do exercício da liberdade de expressão artística. Destaco a expressão “possivelmente”, uma vez que o ódio é um termo essencialmente aberto e subjetivo, de modo que pode contar com inúmeros excessos, em especial com aspectos religiosos: como mensurar, a título exemplificativo, o que o público católico compreende pelo ódio na arte?

Nada obstante, interessante ponto de vista teórico que encaixa na discussão acerca das limitações à liberdade de expressão artística é a chamada relação entre a arte e o “insulto intencional”, idealizada por Dworkin. Como coloca o autor, “em uma democracia, ninguém, independentemente de quão poderoso ou impotente seja, pode ter o direito de não ser insultado ou ofendido”⁷⁷.

No entanto, como estabelecido por ele, há importante distinção entre a ofensa deliberada e a insensibilidade culposa. No primeiro caso, se houver ofensa e prática de discriminação, o autor deve responder civil e criminalmente, como no caso da injúria racial. Já na hipótese de ato não intencional, mas que não levou em consideração a “sensibilidade” dos interlocutores, por estar-se diante de culpa no

⁷⁵ FISS, Owen M. A ironia da liberdade de expressão. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 86.

⁷⁶ Idem, p. 93.

⁷⁷ DWORKIN, Ronald. The right to ridicule. *New York Review of Books*, v. 53, 23-3-2006.

sentido estrito, o correto é o processamento de reparação civil⁷⁸ e, eventualmente, ação penal.

Cristiano Padial Fogaça, em interessante artigo sobre o tema dos limites à liberdade artística, de modo a exemplificar o pensamento de Dworkin, recorda do caso em que o ex-jogador de futebol, Romário, foi condenado em ações cíveis por reparação de danos morais e materiais, em virtude de charges feitas nas portas dos banheiros de seu bar, na Barra da Tijuca, Rio de Janeiro, que retratavam Zico e Zagalo, membros da comissão técnica da Confederação Brasileira de Futebol em 1998. Enquanto Zagalo é retratado sentado no vaso sanitário, Zico o aguarda, de forma submissa, segurando um rolo de papel higiênico. As charges foram encomendas por Romário como crítica à atuação da equipe técnica, após a Copa do Mundo de Futebol de 1998, para a qual o mesmo não foi convocado⁷⁹.

De toda sorte, inclusive baseando-me na premissa de Dworkin, é possível afirmar que a *finalidade* do discurso de ódio, visando a discriminação ou a humilhação de outrem, representa importante aferidor de limitação da liberdade artística.

Tal afirmação pode ser mais bem compreendida se pensarmos em exemplos práticos, como a gravação de músicas discriminatórias contra homossexuais ou negros, por exemplo. É difícil afirmar que uma obra cuja letra tenha a finalidade de humilhar indivíduos homossexuais possa ter abrigo na liberdade artística. Em verdade, acredito que a finalidade dos autores – a humilhação alheia – representa um fator potencialmente limitante da liberdade artística.

Nesse cenário, portanto, diante da acertada proibição na Constituição Federal da censura prévia, aquele que promover o discurso de ódio nos moldes acima descritos deverá responder *a posteriori*, cível e penalmente, quando for o caso.

Algumas iniciativas legislativas com objetivos similares ao que se propõe acima foram colocadas em prática Brasil afora, mas com falhas estruturais e, portanto, sem grandes resultados.

⁷⁸ DWORKIN, Ronald. O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 407.

⁷⁹ PEREIRA, Cristiano Padial Fogaça. A liberdade artística é “sagrada”? Uma análise acerca dos limites da liberdade de expressão artística. Revista Eletrônica do Centro Universitário Newton Paiva. Belo Horizonte, n. 32, maio/ago 2017, p. 69.

Vejam os exemplos do Estado da Bahia e do município de Goiânia, que aprovaram leis em 2012 e 2016, respectivamente, popularmente chamadas de “Leis Antibaixaria”, que proíbem a contratação, pelo Estado⁸⁰, de artistas que “desvalorizem, incentivem a violência ou exponham as mulheres à situação de constrangimento” em suas músicas, danças ou coreografias.

No caso baiano (lei estadual nº 12.573/12), o mesmo aplica-se também a manifestações de homofobia ou discriminação racial, bem como à apologia ao uso de drogas ilícitas, além de ser obrigatória a inclusão em contrato de cláusula para cumprimento do disposto acima, sujeitando o responsável pela contratação, em caso de omissão, a multa no valor de R\$10.000,00 (dez mil reais); assim como, no caso de descumprimento por parte do contratado, o pagamento de multa no valor equivalente a 50% (cinquenta por cento) do valor do contrato.

Todavia, a legislação não foi regulamentada pelo governador do Estado. Além disso, não foi definido um órgão responsável pela fiscalização nem a destinação da multa que seria aplicada em bandas e artistas que descumprissem a lei⁸¹.

Já a Lei nº 9.814/16, do município de Goiânia, em redação praticamente idêntica à lei estadual baiana, em vez de “discriminação racial” – em posição mais limitada, porquanto não engloba indígenas, por exemplo – prevê a proteção somente aos “afrodescendentes”. Aos gestores públicos que descumprirem tais preceitos é

⁸⁰ A hipótese do financiamento artístico pelo Estado e suas diversas formas foram estudadas por Owen Fiss que, em sua obra “A ironia da liberdade de expressão”. Ele cita a legislação norte-americana, que já se valeu de termos como “obscenidade” e “decência” para a concessão de verba pública para projetos artísticos, através do *National Endowment for the Arts* (Fundo Nacional de Artes – NEA). O autor cita, em especial, o caso fotógrafo Robert Mapplethorpe, cuja exposição no Instituto de Arte Contemporânea da Universidade da Pensilvânia foi financiada pelo NEA, com U\$ 30.000.00 (trinta mil dólares) e, em mais de 175 (cento e setenta e cinco) fotografias, havia algumas fotografias de crianças (filhos de amigos de Mapplethorpe), incluindo uma foto de um menino nu, outras fotos comparando um corpo nu com uma escultura e um terceiro grupo de fotografias que representavam relações homossexuais. O protesto de alguns, em especial do Senador Jesse Helms, culminou no cancelamento da mostra na Corcoran Gallery em Washington D.C., e o a inclusão das expressões acima posteriormente, assim como o mérito artístico. Fiss não quer dizer que o Estado necessariamente tenha que financiar todas as ideias de vanguarda. O autor dá o exemplo do presidente do NEA, que poderá dar algo a mais para “a arte que enriquece o entendimento público sobre o homossexualismo, mas não para uma arte nazista ou para uma arte que promova teorias sobre um possível formato plano da terra”. Interessante também a colocação do autor, de que “como uma atividade favorecida constitucionalmente, um programa de subsídio não pode ser visto como algo inteiramente discricionário”. Em: FISS, Owen M. A ironia da liberdade de expressão. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 67-96.

⁸¹ Referida legislação surgiu após a obra lítero-musical chamada “Me dá patinha”, da banda *Style*, fazer sucesso no carnaval de 2011, cuja letra contém os seguintes dizeres “ela é uma cadela / joga a patinha pra cima / me dá, sua cachorrinha”.

prevista multa “em valor a ser calculado pelo Órgão competente do Executivo Municipal, baseando-se no valor de 1.000 (um mil) UFIRs”, sendo que a receita arrecadada com as multas deve ser revertida para entidades que atuem na promoção da igualdade racial. Nota-se também uma incongruência na compatibilização entre a minoria afetada e a destinação da verba arrecada em virtude das multas aplicadas.

Por fim, de acordo com o parágrafo terceiro de referida legislação, consideram-se para efeitos da lei, “as apresentações em rádio, TV, vídeo e internet”. Tal constatação provoca a necessidade de se questionar se apresentações públicas de artistas com obras discriminatórias, por exemplo, estariam liberadas, o que põe em xeque a efetividade e a lógica de referida norma.

Com efeito, tais legislações, cujos textos são tentativas bem-intencionadas de proteger direitos fundamentais de minorias historicamente discriminadas, não possuem, entretanto, um foco bem delimitado e tem um histórico perigoso.

O Código Penal de 1890, por exemplo, tratava a capoeira como contravenção penal⁸². O samba também foi alvo de contínua repressão por parte do Estado⁸³, considerado do início do século XX até o governo Getúlio Vargas como ato de vadiagem. Um exemplo interessante pode ser atribuído ao sambista João da Baiana que, no início do século XX, após ser preso diversas vezes por andar com seu pandeiro pelas ruas do Rio de Janeiro, teve seu instrumento assinado pelo seu fã, Senador José Gomes Pinheiro da Fonseca – importante político da época – com uma dedicatória, que operava como um salvo-conduto em abordagens policiais.

A censura, também perpetrada durante o Estado Novo e a Ditadura Militar, teve mais recentemente uma importante aliada na discussão no Congresso Nacional, por meio de sugestão legislativa, que propunha a criminalização do funk, a qual foi acertadamente rejeitada na Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa do Senado Federal.

⁸² A criminalização da capoeira deve ser encarada não só criminalização da arte, mas também, principalmente, da população negra.

⁸³ Fundamental reflexão sobre o tema fez ALMEIDA JÚNIOR, Renato Santos de. A repressão penal do samba. Tese de doutorado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, em 2017.

Nesse cenário, considerando as legislações “Antibaixaria” acima referidas, há de se considerar, a título de exemplo, canções que poderiam ser enquadradas nas hipóteses contempladas por estas legislações. Pode-se pensar em “Mulheres de Atenas”, de Chico Buarque e Augusto Boal, que trata a mulher como objeto sexual; ou “Ai que saudades da Amélia”, de Ataulfo Alves e Mário Lago, ou “Amiga da minha mulher”, de Seu Jorge, Pretinho da Serrinha, Roge e Gabriel Moura, que podem ser consideradas machistas; ou “Cabeleira do Zezé”, de João Roberto Kelly e Roberto Faissal, que pode ser tratada como homofóbica; ou até mesmo “Nega do cabelo duro”, de David Nasser e Rubens Soares, considerada racista.

Há de se pensar, inclusive, em possível abertura de um caminho para que outras expressões artísticas sejam incluídas e que outros grupos reivindiquem legislação similar para proteção de seus interesses, bem como a impossibilidade de se apontar o responsável por classificar a obra artística nos critérios da lei, com forte perigo de se desvirtuar para uma censura moral ou de mérito artístico⁸⁴⁸⁵.

Por isso a fundamental importância da finalidade do discurso de ódio para que se possibilite concluir, eventualmente, pela limitação da liberdade artística ou não.

Não obstante, a contribuição de Daniel Sarmiento para o tema deve ser lembrada⁸⁶. Sarmiento defende, com acerto, que a questão do *hate speech* resolve-se através não só de uma simples ponderação de interesses, mas através de uma

⁸⁴ Ou, ainda, interessa exemplificar o contexto da literatura, que tantas vezes aborda questões polêmicas, discriminatórias e humilhantes e, portanto, deve também ser lembrada: o ganhador do prêmio Nobel de Literatura de 1949, Wiliam Faulkner, por exemplo, em seu romance intitulado “Santuário”, o personagem *Popeye* estupra a personagem *Temple* com uma espiga de milho. Ainda temos o exemplo daqueles que acreditam que “O Mercador de Veneza”, obra-prima de Shakespeare, trata-se de obra antisemita. Sem sequer entrar no mérito de referida obra ser antisemita ou não, a impossibilidade de proibição de referida obra sob o argumento discriminatório me parece muito clara.

⁸⁵ O próprio instituto da “classificação indicativa”, que possui fundamento constitucional no art. 21, inciso XVI, da Carta Magna, e fundamento legal no Estatuto da Criança e do Adolescente (através do art. 73 e seguintes), merece, atualmente, algumas críticas. A Portaria 368/2014 do Ministério da Justiça, que alterou e atualizou o sistema de classificação indicativa, estabelece que o Ministério somente deve realizar a classificação indicativa para obras audiovisuais destinadas à televisão e aos mercados de cinema e vídeo doméstico, além de jogos de interpretação de personagem (art. 3º). Diversões públicas “ao vivo”, tais como espetáculos circenses e teatrais; shows musicais e outras exibições similares não estão sujeitas à análise prévia de conteúdo e classificação indicativa (art. 4º, I), imperando neste caso, portanto, a autoclassificação. Ocorre que, atualmente, tal mecanismo, em posição equivocada por parte do Ministério da Justiça, tornou-se – contrariamente à inteligência constitucional e inclusive à própria etimologia do instituto – uma classificação “impositiva”, nos casos previstos no art. 3º da supracitada Portaria.

⁸⁶ SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do “hate speech”. Rio de Janeiro, 2006, p. 55 e ss. Disponível em: <http://www.dsarmiento.adv.br/content/3-publicacoes/19-a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech/a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech-daniel-sarmiento.pdf>. Acesso em 14/05/2018.

ponderação de interesses guiada por parâmetros materiais, de modo a assegurar mais segurança e previsibilidade ao processo, reduzindo as margens de arbítrio do julgador.

Como parâmetros materiais, Sarmento sugere: a) uma tolerância maior em relação aos excessos comunicativos dos integrantes de minorias oprimidas do que dos membros de grupos hegemônicos quando ataquem estas minorias⁸⁷; b) “as contribuições racionais para o debate de ideias não devem ser censuradas nem reprimidas, ainda que sejam absolutamente desfavoráveis às minorias”. Nesse contexto, Sarmento argumenta que:

“Não pode ser proibida a divulgação, por exemplo, de uma tese científica que procure comprovar que os membros de uma raça têm, em regra, Q.I. superior aos de outra, ou de manifestação que, no contexto do debate público sobre o direito dos gays, defenda a criminalização das suas práticas sexuais, por mais que tais teorias e posições sejam consideradas erradas, perigosas e até ultrajantes. Aqui, deve valer o princípio de que o melhor remédio para combater uma má ideia é o debate público que desvele os seus desacertos e não a censura”⁸⁸.

Prosseguindo com os parâmetros possíveis, Sarmento elenca que: c) por ensejar restrições à liberdade de expressão, a categoria do *hate speech* não deve ser banalizada, somente podendo ser consideradas manifestações explícitas de ódio, intolerância e preconceito. As restantes “podem e devem ser desmontadas e combatidas, mas através da crítica pública e não da repressão juridicamente institucionalizada”; d) quando a liberdade de expressão estiver associada à liberdade religiosa, ela deve assumir um peso maior na ponderação de interesses; e) a decisão sobre a proporcionalidade de uma restrição à liberdade de expressão relacionada à obra que contenha *hate speech* não tem como ignorar o valor artístico, teórico ou científico da obra como um todo; f) o grau de dor psíquica, angústia, medo ou vergonha que as manifestações de ódio, intolerância e desprezo motivadas por preconceito possam provocar nos seus alvos deve ser um critério extremamente

⁸⁷ Com destaque para o “efeito silenciador”, que não costuma atingir o discurso das maiorias.

⁸⁸ SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do “hate speech”. Rio de Janeiro, 2006, p. 56. Disponível em: <http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/19-a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech/a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech-daniel-sarmento.pdf>. Acesso em 14/05/2018.

importante na ponderação, já que, de um dos lados da balança, trata-se exatamente de proteger os direitos humanos das vítimas destas manifestações; g) a composição do auditório das mensagens do *hate speech* constitui outro critério importante, levando em consideração o processo de formação das identidades de crianças e adolescentes; h) o meio empregado para divulgação das mensagens de *hate speech* é também relevante. Justifica-se, por exemplo:

“um controle maior sobre a abusividade dos atos expressivos praticados através dos meios de comunicação de massa, do que, por exemplo, daqueles veiculados através de livros. Esta posição se fundamenta no poder muito maior dos *mass media* de penetrarem nas casas e nas vidas de espectadores passivos, que não procuraram aquelas mensagens, bem como na maior probabilidade de que atinjam crianças e adolescentes. Tratando-se de televisão e rádio, este standard é confirmado pelo texto constitucional, segundo o qual a programação destes veículos deve atender ao princípio de “respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família” (art. 221, IV, CF). É difícil conceber maior atentado a este princípio do que a divulgação do *hate speech*”⁸⁹.

Tais critérios, inserindo mais profundidade na análise do que somente a finalidade do discurso de ódio, podem ser úteis para se concluir sobre a limitação da liberdade artística.

Por fim, deve-se arguir se os direitos de autor podem afigurar-se como limitadores à liberdade de expressão artística. É dizer: pode o direito autoral ser oponível à liberdade de expressão artística?

Por mais que o direito autoral integre a cadeia da liberdade artística, creio que a resposta é afirmativa.

Sendo a liberdade de expressão artística, em breve síntese, a manifestação de pensamento aliada à criação artística, é perfeitamente possível que se argua que tal criação artística tenha nascido de uma utilização indevida de um direito autoral de terceiro. Nestes casos, em que se constate referida utilização indevida, há a

⁸⁹SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do “hate speech”. Rio de Janeiro, 2006, p. 57. Disponível em: <http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/19-a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech/a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech-daniel-sarmento.pdf>. Acesso em 14/05/2018.

possibilidade de retirada de circulação da obra, como no texto do art. 24, VI, da Lei de Direito Autoral; assim como a necessidade de autorização prévia e expressa do autor para utilização da obra (art. 29) e o fato de caber exclusivamente ao autor o direito de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica (art. 28).

Em todos os referidos casos – e considerando que a liberdade de expressão artística não comporta tão somente obras inéditas – o direito moral de autor, que resguarda o vínculo do autor com a obra enquanto sua criação de espírito, pode prevalecer em detrimento de outras facetas da liberdade de expressão artística, atuando como um fator limitador. Pelo mesmo ponto de vista, pode-se dizer que a manifestação do autor se sobrepõe a dos outros integrantes da cadeira que compõe a liberdade artística.

Portanto, é possível citar enquanto fatores possivelmente limitantes ao pleno exercício da liberdade artística: o discurso de ódio, o insulto intencional e o direito autoral.

3.4. O Controle Estatal sobre a Atividade Artística e a Compreensão do Supremo Tribunal Federal e da Corte Interamericana de Direitos Humanos

Para o desenvolvimento deste tópico, foram analisados brevemente quatro importantes precedentes do Supremo Tribunal Federal; um julgado que poderia ter sido um importante precedente para o STF; e, por fim, as respectivas consequências práticas em três ações judiciais nos tribunais estaduais e federais Brasil afora, de modo a demonstrar qual a dinâmica e o quadro geral da liberdade artística, a partir da concepção deste Tribunal. Não só, analiso também o importante precedente da Corte Interamericana de Direitos Humanos, (“A Última Tentação de Cristo” versus Chile),

Caso Ellwanger

No julgamento do Habeas Corpus (HC) 82424/03, o STF manteve a condenação de Siegfried Ellwanger, que escrevia, editava e distribuía livros com conteúdo antissemita, tendo sido condenado com base no art. 20 da Lei 7.716/1989, com a redação dada pela Lei 8.081/1990, que prescreve pena de reclusão de 2 a 5 anos para aquele que “praticar, induzir ou incitar, pelos meios de comunicação social

ou por publicação de qualquer natureza, a discriminação ou o preconceito por raça, por religião, etnia ou procedência nacional”.

O foco no presente caso – que comentarei novamente mais adiante, para discutir a vinculação dos particulares a direitos fundamentais – é a liberdade de expressão e a liberdade de imprensa, em especial quando confrontada com o princípio da dignidade da pessoa humana e com o direito à honra.

Celso Lafer, em parecer elucidativo sobre a questão, afasta a alegação de censura prévia, mas defende a responsabilidade penal de quem exerceu a sua liberdade com finalidades ilícitas. Tal exercício está vedado, segundo o autor, segundo a Convenção Americana de Direitos Humanos, à semelhança do art. 20 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, que estabeleceu em seu art. 13-5 que “a lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência”. Semelhantes casos de determinação no plano do direito internacional podem ser vistos, a título exemplificativo, no art. 1º de referida Convenção, a partir do qual os Estados-partes comprometem-se a garantir os direitos e liberdades nela reconhecidos “sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento de qualquer outra condição social”. Esta Convenção, à qual o Brasil aderiu, estabelece um aparato de monitoramento de seus dispositivos, integrado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos e pela Corte Interamericana, às quais o Brasil também está vinculado (cf. Decreto nº 678, de 6/11/92; Decreto Legislativo nº 89, dezembro 1998; Decreto nº 4463 de 11/11/2002)⁹⁰.

Contudo, a menção deste caso importa para este capítulo, uma vez que, por mais que tal faceta não tenha sido abordada pelo STF, não há de se olvidar da liberdade artística do impetrante, que foi preterida em detrimento de outros valores protegidos constitucionalmente, como a dignidade da pessoa humana e o direito à honra.

⁹⁰ LAFER, Celso. O caso Ellwanger: anti-semitismo como crime de prática de racismo. Parecer apresentado ao STF na condição de *amicus curiae*. Julgamento HC 82424/RS (dez/2002 a set. 2003), p. 76.

Com efeito, a pedra angular no julgamento deste Habeas Corpus diz respeito à possibilidade de publicação de livro cujo conteúdo revele ideias preconceituosas e antissemitas.

Por consequência, ao STF coube aferir se Ellwanger, através de seu livro, instigou ou incitou a prática de racismo. O Min. Marco Aurélio, acertadamente, em seu voto que restou vencido, defendeu que não haveria dados concretos que demonstrassem, com segurança, que o paciente teria instigado ou incitado a prática do racismo.

Em sua opinião, somente estaria configurado o crime de racismo se Ellwanger, em vez de publicar um livro:

“no qual expõe suas ideias acerca da relação entre os judeus e os alemães na Segunda Guerra Mundial, como na espécie, distribuisse panfletos nas ruas de Porto Alegre com dizeres do tipo ‘morte aos judeus’, ‘vamos expulsar estes judeus do País’, ‘peguem as armas e vamos exterminá-los’. Mas nada disso aconteceu no caso em julgamento”.

Segundo o Min. Marco Aurélio, Ellwanger restringiu-se a escrever e a difundir a versão da história vista com os próprios olhos.

Desnecessidade de registro para exercício da profissão de músico

O tema já foi objeto de discussão no STF por algumas vezes. Tanto no julgamento do RE 414426/11, como no do RE 795467/14, o STF sedimentou o entendimento de que a atividade de músico é manifestação artística protegida pela garantia da liberdade de expressão, e, portanto, incompatível com a Constituição Federal a exigência de inscrição na Ordem dos Músicos do Brasil (OMB), bem como de pagamento de anuidade para exercício da profissão.

Apesar do caso se dividir entre a liberdade profissional e a liberdade artística, a atenção dos julgadores dada à liberdade artística é interessante.

O Min. Celso de Mello chegou a afirmar, no julgamento do RE 414426 que:

“A liberdade de expressão artística não se sujeita a controles estatais, pois o espírito humano, que há de ser permanentemente livre, não pode expor-se, no processo de criação, a mecanismos burocráticos

que imprimam restrições administrativas, que estabeleçam limitações ideológicas ou que imponham condicionamentos estéticos à exteriorização dos sentimentos que se produzem nas profundezas mais recônditas da alma de seu criador”.

O Min. Carlos Ayres Britto, no mesmo julgamento, ao citar o art. 5, IX, da Constituição, ressaltando a proibição de censura e licença para a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, deixou claro que “no caso da música, sem dúvida de que estamos diante de arte pura, talvez a mais sublime de todas as artes”.

Desnecessidade de exigência prévia de autorização para publicação de biografias

Neste caso, o plenário do STF julgou procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4815/15 e declarou inexigível a autorização prévia para publicação de biografias. Seguindo o voto da relatora, ministra Cármen Lúcia, a decisão dá interpretação conforme a Constituição da República aos artigos 20 e 21 do Código Civil, em consonância com os direitos fundamentais à liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença de pessoa biografada, relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas).

Assim, a decisão inibe uma regra infraconstitucional, como os arts. 20 e 21 do CC, de tolher o direito de expressão e criação de obras literárias, reafirmando a posição preferencial que se insere a liberdade de expressão. Segundo a Min. Rel. Carmem Lúcia, “a norma infraconstitucional não pode amesquinhar preceitos constitucionais, impondo restrições ao exercício de liberdades”.

A Corte ainda assegurou a tutela *a posteriori* de eventuais casos de violação de privacidade, intimidade, honra e imagem, a título de reparação indenizatória, proibindo qualquer tipo de censura, seja de natureza política, ideológica e artística.

A expressão “liberdade artística” encontra-se na ementa e em diversas oportunidades no acórdão do julgado, ao lado da liberdade de expressão, da liberdade de informação e da liberdade cultural.

O Min. Luis Roberto Barroso, além de expressamente mencionar a inserção da elaboração das biografias no âmbito da liberdade da atividade de criação intelectual e artística dos biógrafos, em passagem explicativa, relata a fragilidade da liberdade artística no contexto histórico brasileiro:

“(...) em matéria de liberdade de expressão, a nossa história condena e muito. Mas a liberdade artística também. Quem é dessa época lembrará, aí na década de 70, que os filmes, quando tinham cenas de nudez, eram, em nome da moralidade pública, complementados com tarjas negras que cobriam seios e órgãos genitais. Quem tiver assistido a um filme chamado "Laranja Mecânica", que era um drama psicológico intenso, no Brasil, era uma comédia, porque os personagens corriam na tela e as tarjas tentavam acompanhar seios e órgãos genitais, nem sempre com sucesso. Eu me lembro de que o Balé Bolshoi foi proibido de encenar no Brasil, porque seria propaganda de comunista. E, na música, as letras eram submetidas, previamente, ao Departamento de Censura. Mas isso não foi no século XIX, isso foi no quarto final do século XX. O artista, para divulgar uma música, tinha que se submeter ao Departamento de Censura, que aprovava e às vezes até dava palpites em coautoria, mudava as letras. Havia artistas malditos que não podiam ter músicas aprovadas e que, em razão disso, submetiam suas composições com pseudônimos. Era uma época em que o país vivia nas entrelinhas, nas sutilezas. Eu bem me lembro de uma música do Chico Buarque chamada "Apesar de Você", o censor não percebeu que havia uma crítica implícita e autorizou a execução da música. E, depois de uma, duas semanas tocando no rádio, alguém se deu conta que o "apesar de você" talvez fosse uma crítica política, e aí proibiram a execução da música”.

O mesmo faz Roberto Dias, com acerto, ao atestar a frustração das expectativas, após a superação do regime militar brasileiro pela promulgação da Constituição de 1988, de que o Brasil não se depararia mais com a censura,

“especialmente se voltarmos os olhos para as tentativas de publicações de biografias não autorizadas. De fato, nos últimos anos, parte do Judiciário brasileiro tem impedido a publicação de biografias de importantes personalidades da vida esportiva, política, musical e literária brasileira. Biógrafos, após vários anos de pesquisa sobre personagens da história e da cultura nacional, se veem impedidos de

publicar o trabalho produzido, sob o argumento de que tais livros violam a honra e a intimidade do biografado ou se destinam a fins comerciais e não foram autorizados por ele ou por sua família”⁹¹.

Cabe salientar também o voto do Min. Gilmar Mendes, que traça interessante panorama da liberdade artística na Alemanha, dando especial atenção ao caso *Mephisto*, livro de *Klaus Mann*, em que a Corte Suprema alemã foi instada a se pronunciar acerca da validade de se permitir a publicação da obra.

Apenas para traçar um breve relato do caso: *Mann* foi perseguido pelos nazistas e teve de fugir da Alemanha. O livro foi escrito quando ele estava no exílio e retrata a vida de seu cunhado, ator alemão, chamado *Gustaf Gründgens*, que, para agradar os nazistas, encenou uma peça no teatro de Berlim – peça esta que veio a garantir a carreira de *Gründgens* como diretor de teatro. O livro faz basicamente uma analogia entre *Mephisto*, que vendeu a alma ao diabo, e esse diretor de teatro. Embora não fosse um livro biográfico especificamente, era evidente que se referia à trajetória de seu cunhado. Nesse contexto, o filho adotivo deste, logo após o lançamento, ingressou com uma ação judicial na qual buscou impedir a circulação da obra *Mephisto* e obteve vitória no tribunal local.

Em seguida, após o Tribunal Estadual de Hamburgo conceder o pedido de proibição de publicação⁹², o Supremo Tribunal Alemão (*Bundesgerichtshof*), manteve a referida proibição e o livro só foi liberado algum tempo depois da morte do suposto biografado.

Neste caso, a Corte alemã entendeu que o direito de liberdade artística não teria precedência sobre os demais direitos, devendo, por isso, o juízo de ponderação entre a liberdade artística e os direitos de personalidade serem decididos, na espécie, em favor do autor da ação. Em verdade, a liberdade artística encontra limite imanente, segundo à Corte, no direito de personalidade assegurado constitucionalmente.

Inconstitucionalidade da proibição de tatuagens a candidato de concurso público

⁹¹ DIAS, Roberto. Liberdade de expressão: biografias não autorizadas. In: Revista Direito, Estado e Sociedade, n. 41. Rio de Janeiro: PUC-RJ, 2012, p. 205.

⁹² Após, no entanto, o deferimento de algumas medidas liminares que autorizavam a publicação com algumas exigências.

Por maioria, o plenário do STF julgou inconstitucional a proibição de tatuagens a candidatos a cargo público, estabelecida em leis e editais de concurso público. Foi dado provimento ao Recurso Extraordinário (RE) 898450/16, com repercussão geral reconhecida, em que um candidato a soldado da Polícia Militar foi eliminado por ter tatuagem na perna.

Apesar de não citar a expressão “liberdade artística”, ou “liberdade de expressão artística”, o Min. Fux cita por diversas vezes a liberdade de expressão como valor a ser buscado no presente caso, bem como procede a uma breve menção à necessidade de observância do direito ao livre desenvolvimento da personalidade e a de se rechaçar idiosincrasias e conservadorismos morais descabidos.

O Min. Fux salienta como tatuagens passíveis de proibição de ingresso de candidatos em concursos públicos, aquelas que façam apologias a ideias discriminatórias ou ofensivas aos valores constitucionais, que expressem ideologias terroristas, extremistas, que incitem a violência e a criminalidade, que incentivem a discriminação de raça e sexo ou qualquer outra força de preconceito, em especial porque “evocam ideias e representações diretamente contrárias à Constituição, às leis e às atividades e valores das Instituições”.

Portanto, a partir dos casos analisados acima, é possível concluir que o STF, em todas as oportunidades, não desvincilhou a liberdade artística da liberdade de expressão, tendo referindo-se a esta sempre como liberdade conjunta à outras liberdades englobadas pela liberdade de expressão. É dizer: o STF não reconheceu a liberdade artística como ramo autônomo, não conferindo a ela adequada importância.

Um possível motivo é a frequente concorrência desta liberdade com outras liberdades. Referida concorrência diz respeito à possibilidade de um mesmo feixe de comportamentos individuais ou situações jurídicas ser contemplado pela proteção derivada de mais de uma norma definidora de direito fundamental que concorrem

para serem os parâmetros de aferição da constitucionalidade do ato do poder público *lato sensu*, objeto do controle normativo⁹³.

Neste caso, como ensina Leonardo Martins, a liberdade artística pode concorrer com a liberdade de pensamento, com as liberdades de comunicação social, com a liberdade religiosa, com a liberdade profissional e do direito fundamental à propriedade, bem como com a liberdade de consciência e crença⁹⁴.

De todo modo, importa salientar uma ausência de proteção sistêmica à liberdade artística, pelo Supremo Tribunal Federal.

Com efeito, há casos em trâmite perante as justiças estaduais Brasil afora que demonstram a fragilidade desta liberdade, denotando faceta repressiva da sociedade, em especial no que tange à temas religiosos e políticos.

Vejamos como a linha entre a liberdade artística e outras liberdades pode ser tênue.

Em 2014, o STF poderia ter editado importante precedente sobre a liberdade artística, ao julgar a Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo 790.813/SP⁹⁵. Neste caso, a Revista Playboy teve em sua edição de agosto de 2008, a foto da atriz Carol Castro nua, segurando um terço na mão direita, cujo crucifixo roçava os seios.

Indignada com a publicação, o Instituto Juventude Pela Vida acionou a Justiça requerendo o impedimento da circulação daquela edição, com o argumento de que a fotografia ofendia o sentimento religioso protegido pelo art. 5º, VI, da CF, bem como representava descumprimento do art. 208 do Código Penal⁹⁶.

Após recepção parcial do pedido pelo juízo de primeira instância, que ordenou que as revistas que ainda não estivessem nas bancas fossem impedidas de circular, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo reverteu a decisão, asseverando não

⁹³ MARTINS, Leonardo. Direito constitucional à expressão artística. In: Direito da arte. MAMEDE, Gladston; FILHO, Marcílio Toscano Franca; JUNIOR, Otavio Luiz Rodrigues (orgs.). São Paulo: Atlas, 2015, p. 49.

⁹⁴ Idem, p. 48-53.

⁹⁵ STF – RG ARE: 790813 SP, Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 11/04/2014.

⁹⁶ “Escarnecer de e alguém publicamente, por motivo de crença ou função religiosa; impedir ou perturbar cerimônia ou prática de culto religioso; vilipendiar publicamente ato ou objeto de culto religioso: Pena – detenção, de um mês a um ano, ou multa. Parágrafo único – Se há emprego de violência, a pena é aumentada de um terço, sem prejuízo da correspondente à violência”.

ser a inadequação da imagem suficiente a inviabilizar a divulgação da edição do periódico, ausente a prova de ofensa objetiva a indivíduo ou a instituição específica, não se tratando de pornografia.

Em linhas gerais, o TJSP acolheu o argumento da Editora Abril, de que o ensaio fotográfico retratava personagens femininos de Jorge Amado e que as obras representavam instrumentos adequados de educação e visualização cultural de um povo em determinado espaço e tempo, portanto uma obra de arte; bem como considerou a proibição de circulação como ato de censura.

Uma vez em trâmite perante o STF, após interposição de Recurso Extraordinário pelo Instituto, para reconhecimento de repercussão geral da questão, o Min. Rel. Marco Aurélio ficou vencido no julgamento da preliminar de existência de repercussão geral, em conjunto com o Min. Luiz Fux.

Dessa forma, o STF perdeu a oportunidade de esquadrihar possíveis limites para a proteção da nudez na arte em sede de liberdade artística, assim como a proteção desta em sede de liberdade de imprensa, especialmente quando em cotejo com símbolos religiosos.

Note-se que o caso não diz respeito tão somente à liberdade artística, mas poderia ter gerado importantes precedentes para casos futuros.

Entre eles, é possível citar o caso da mostra *Queermuseu – Cartografias da Diferença na Arte Brasileira*, em Porto Alegre, fechada após protestos políticos e religiosos, que defendiam que as obras faziam alusões à pedofilia, à zoofilia e ao vilipêndio religioso. Em ação popular ainda em trâmite perante o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, foi negado liminarmente o pedido para reabertura da exposição⁹⁷.

Neste caso, ainda, cumpre ressaltar que o Ministério Público Federal, ao analisar eventual lesão à liberdade de expressão artística, celebrou termo de compromisso com o Santander Cultural (que recebeu a peça supracitada), no qual

⁹⁷ Processo nº 5047657-45.2017.4.04.7100.

esta instituição compromete-se a organizar duas novas exposições sobre diferença e diversidade⁹⁸.

Outro caso que interessa a menção é o caso da peça teatral denominada “*O Evangelho Segundo Jesus, Rainha do Céu*”, já citado, cuja proibição foi decretada tanto no município de Jundiá, em São Paulo⁹⁹, como em Salvador, na Bahia¹⁰⁰. O argumento em ambas as ações reside na agressão à símbolos religiosos, uma vez que a peça retrata a figura de Jesus Cristo como uma mulher transexual.

Nítida, portanto, a tendência conservadora que gravita sobre o instituto da liberdade artística no Brasil e na América Latina, motivo pelo qual deve-se ressaltar a força normativa da Constituição e a relevância da atuação das Cortes para a proteção do exercício desta liberdade.

Caso “A Última Tentação de Cristo” versus Chile

Por fim, importanterememorar o fundamental precedente estabelecido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso “A Última Tentação de Cristo” *versus* Chile.

Em 1988, ano do lançamento do filme “A Última Tentação de Cristo”, de Martin Scorsese, o *Consejo de Calificación Cinematográfica* (CCC), órgão de censura chileno remanescente dos tempos da ditadura, proibiu a exibição da película no país. Em novembro de 1996, a obra foi mais uma vez apresentada ao CCC pelo distribuidor, e o órgão a autorizou para ser exibida a maiores de 18 anos. No mesmo mês, um grupo de advogados recorreu ao Tribunal de Recursos (*Corte de Apelaciones*) para proibir o filme.

Após esgotadas as vias judiciais internas, cujas decisões cancelaram a decisão do CCC, o caso chegou à Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), que reconheceu ter o estado chileno violado o artigo 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos, que prevê o dever de respeito por parte dos estados à liberdade de pensamento e de expressão. Disse a CIDH que:

⁹⁸ MPF-RS, Procuradoria Regional dos Direitos do Cidadão, Procedimento Preparatório nº 1.29.000.002998/2017-60.

⁹⁹ TJSP, 1ª Vara Cível da Comarca de Jundiá, Processo nº 1016422-86.2017.8.26.0309.

¹⁰⁰ TJBA, 12ª Vara Cível e Comercial da Comarca de Salvador, nº 0566408-05.2017.8.05.001.

“En cuanto al contenido del derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, quienes están bajo la protección de la Convención tienen no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. Es por ello que la libertad de expresión tiene una dimensión individual y una dimensión social (...)”.

Há de se ressaltar que a Corte afirmou a existência das dimensões individual e social da liberdade de expressão. Ressaltou, ainda, que a única hipótese de censura prévia admitida pela Convenção Interamericana de Direitos Humanos se refere à proteção das crianças e adolescentes. Nos termos do artigo 13, número 4, a censura prévia é permitida com o objetivo exclusivo de regular o acesso a espetáculos públicos, tendo em vista a proteção moral da infância e da adolescência¹⁰¹, o que é feito através da classificação indicativa.

Em “A Última Tentação de Cristo”, a Corte reafirmou, no parágrafo 69, que: “a liberdade de expressão, como pedra angular de uma sociedade democrática, é uma condição essencial para que esta esteja suficientemente informada”.

Desse modo, após produção de provas e análise detida do caso, a Corte proferiu decisão, em fevereiro de 2001, condenando o Chile pela violação ao direito à liberdade de expressão previsto no artigo 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. A sentença determinou que o país modificasse seu ordenamento jurídico interno, de forma a eliminar a censura prévia, permitindo, assim, a exibição do filme A Última Tentação de Cristo. A decisão da Corte surtiu efeitos, uma vez que, posteriormente, o Chile alterou a redação do dispositivo constitucional que permitia a censura prévia¹⁰².

Atualmente, a Constituição chilena, em seu artigo 19, nº 12, veda expressamente a censura prévia:

“La libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades, en conformidad a la ley, la que deberá ser de quórum calificado”.

¹⁰¹ FALSARELLA, Christiane Mina. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 61, pp. 149 - 173, jul./dez. 2012, p. 162.

¹⁰² Idem, p. 162-163.

Com efeito, tais recentes limitações ao exercício da liberdade artística são um produto de uma cultura ocidental que sempre percebeu a arte com um viés proibitivo. Mario Vargas Llosa, em artigo denominado “Novas Inquisições – os que querem que a literatura seja inofensiva querem tornar a vida impossível de ser vivida”, traçou fundamental panorama sobre os “inimigos” que a literatura teve ao longo da história. Ao substituir a palavra “literatura” por “arte”, o efeito é o mesmo:

“A literatura sempre teve inimigos. A religião, no passado, foi a mais determinada a liquidá-la, estabelecendo censuras severíssimas e acendendo fogueiras para queimar escritores e editores que desafiavam a moral e a ortodoxia. Depois, foram os sistemas totalitários, o comunismo e o fascismo, que mantiveram viva essa sinistra tradição. Mas também as democracias, por razões morais e legais, proibiram livros. Mas, neste caso, foi possível resistir, lutar nos tribunais e, pouco a pouco, aquela guerra foi sendo vencida – pelo menos era o que se acreditava –, convencendo juízes e governantes que, se um país deseja ter uma literatura (e, em última instância, uma cultura), realmente criativa e de alto nível, é preciso tolerar no campo das ideias e formas dissidências, dissonâncias e excessos de toda classe”¹⁰³.

4. A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO

No Brasil, o movimento de constitucionalização do direito privado tomou novas proporções com o advento da Constituição Federal de 1988, em especial como decorrência de um longo período ditatorial (1964-1985) atravessado pelo país, motivo pelo qual o texto constitucional transformou em seu núcleo de sustentação os direitos e garantias individuais, insculpidos no art. 5º¹⁰⁴.

Enquanto para situar o motivo, na Europa, da releitura das relações privadas sob o prisma de uma legislação radicada em uma visão mais solidária e humanista do direito, é possível citar as atrocidades cometidas na Segunda Grande Guerra Mundial, no Brasil, fundamental apontar a ditadura militar.

¹⁰³ LLOSA, Mario Vargas. Novas Inquisições – os que querem que a literatura seja inofensiva querem tornar a vida impossível de ser vivida. Estado de São Paulo, 18 de março de 2018.

¹⁰⁴ SANTOS, Arthur Deucher Figueiredo. Princípios, cláusulas gerais e conceitos vagos: diferenças entre os institutos e critérios de colmatação dos respectivos conteúdos. Revista de Direito Privado. Vol. 85. Ano 19. São Paulo: RT, Jan. 2018, p. 54.

Referida preocupação acabou por tornar o texto constitucional muito extenso, com a inclusão de diversos princípios e normas com caráter fortemente axiológico, com a finalidade precípua de dar maiores garantias de duração destes face à dinâmica social¹⁰⁵.

Nada obstante, diversas normas de direito privado foram incorporadas ao texto constitucional, podendo destacar o direito de família, profundamente alterado pela CF/88.

De acordo com o que nos ensina José Manoel de Arruda Alvim¹⁰⁶,

“a circunstância de a Constituição ter-se referido, dentro do fenômeno de constitucionalização do direito civil, a diversos institutos historicamente confinados à disciplina do direito civil, deve levar a uma releitura da legislação infraconstitucional, e, conforme seja, alterar-se o entendimento sobre as leis à luz do valor constitucional constante da norma em que se preveja o mesmo instituto, porque o instituto, que está no patamar do direito constitucional, deve influir no do direito civil. Isto é relevante, para procurar-se extrair consequência ou implicação, no plano do entendimento do direito civil, defluente da circunstância da previsão constitucional”.

O que era corrente minoritária, de acordo com Anderson Schreiber, entre os civilistas brasileiros, parece ter se tornado sucesso absoluto de público e crítica¹⁰⁷.

O “direito civil constitucional” – conforme cunhado por autores como Gustavo Tepedino, Maria Celina Bodin de Moraes e Renan Lotufo, a partir das lições de em especial de Pietro Perlingieri – enquanto redimensionamento conceitual, referencial e interpretativo do ordenamento jurídico, deve ser entendido enquanto uma modernização dos institutos de direito privado¹⁰⁸.

¹⁰⁵ CARVALHO, Maria Helena Campos. Os princípios constitucionais que informam o direito privado. Em “Princípios, cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados nos institutos de direito privado: homenagem ao professor doutor Francisco José Cahali”, 1ª ed. São Paulo: Instituto dos Advogados de São Paulo – IASP, 2016, p. 24.

¹⁰⁶ ARRUDA ALVIM, José Manoel de. A função social da propriedade e os diversos tipos de direito de propriedade e a função social da posse, no prelo, p. 7.

¹⁰⁷ SCHREIBER, Anderson. Direito civil e constituição. In: SCHREIBER, Anderson; e KONDER, Carlos Nelson. Direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Atlas, 2016, p. 1.

¹⁰⁸ SANTOS, Arthur Deucher Figueiredo. Princípios, cláusulas gerais e conceitos vagos: diferenças entre os institutos e critérios de colmatação dos respectivos conteúdos. Revista de Direito Privado. Vol. 85. Ano 19. São Paulo: RT, Jan. 2018, p. 54 e ss.

Saliente-se o fato de que, no Brasil, no intervalo entre a promulgação da Constituição Federal de 1988 e o Código Civil de 2002, o direito civil constitucional permitiu o diálogo e a construção de teorias concernentes à aplicação dos inovadores princípios constitucionais na esfera do direito privado¹⁰⁹.

Como conceito de direito civil constitucional, é possível defini-lo como a corrente metodológica que defende a necessidade da permanente releitura do direito civil à luz da Constituição, não no sentido de esvaziar o direito civil e transferir alguns de seus temas para o âmbito do direito constitucional, mas de superar a segregação entre as duas áreas e remodelar os seus institutos a partir das diretrizes constitucionais, especialmente, dos valores fundamentais do ordenamento jurídico.

Para Anderson Schreiber, contudo, o termo “releitura” não deve ser compreendido de maneira restritiva, uma vez que não se trata apenas de recorrer à Constituição para interpretar as normas ordinárias de direito civil (aplicação indireta da Constituição), “mas também de reconhecer que as normas constitucionais podem e devem ser diretamente aplicadas às relações jurídicas entre particulares”. Schreiber continua:

“A rigor, para o direito civil constitucional não importa tanto se a Constituição é aplicada de modo direto ou indireto (distinção nem sempre fácil). O que importa é obter a máxima realização dos valores constitucionais no campo das relações privadas”¹¹⁰.

Sobre a aplicabilidade direta e indireta da Constituição nas relações privadas, concordo que tal distinção nem sempre é fácil, de modo que tal tópico será analisado mais adiante.

Algumas problemáticas que são comumente citadas e não deixam de ser verdadeiras estão na possibilidade de o ordenamento jurídico ser aplicado simplesmente em função de princípios e em normas de caráter estritamente axiológico, alocando um grande espaço para a discricionariedade judicial e para a insegurança jurídica.

¹⁰⁹ ARRUDA ALVIM, José Manoel de. A função social da propriedade e os diversos tipos de direito de propriedade e a função social da posse, no prelo, p. 26.

¹¹⁰ SCHREIBER, Anderson. Direito civil e constituição. In: SCHREIBER, Anderson; e KONDER, Carlos Nelson. Direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Atlas, 2016, p. 2.

No entanto, cabe antecipar, o advento da constitucionalização do direito privado não deve ser confundido com uma abordagem meramente principiológica deste último, mas sim uma releitura, um redimensionamento das questões afetas a este, conforme debatido acima.

A movimentação do sistema jurídico brasileiro, ante a constitucionalização do direito privado, no sentido da despatrimonialização, da transformação do “ter” para o “ser”¹¹¹, teve fundamental impacto na redação da Constituição Federal de 1988.

Para tanto, é possível citar a submissão do trabalho e da livre iniciativa ao seu valor social (art. 1º, IV), ou os objetivos fundamentais da República, que promovem a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, impondo a erradicação da pobreza e da marginalização, além da redução das desigualdades sociais e regionais, ou ainda, a submissão da propriedade a sua função social (art. 5º, XXII e XXIII), elevando princípios como a dignidade da pessoa humana e a cidadania como seus princípios fundamentais (art. 1º, II e III). Absolutamente cristalino, pois, o exercício, pela Constituição Federal, de situações jurídicas como a livre iniciativa e a propriedade privada à realização de valores sociais¹¹².

A grande questão, neste ponto, é que, a despeito do descrito acima, o patrimonialismo, o individualismo, o liberalismo e o voluntarismo seguem vivos e presentes no texto do Código Civil de 2002, “em franca oposição ao solidarismo humanista consagrado no texto constitucional”, impondo-se a necessária leitura de diplomas como o CC à luz da Constituição¹¹³.

Nesse ponto, vale lembrar a contribuição de Thiago Reis, que busca contrapor as principais ideias dos autores citados acima, em especial a obra *Sentidos, transformações e fim*, de Luiz Edson Fachin¹¹⁴, importante marco teórico da doutrina do direito civil-constitucional. Segundo o autor, o debate sobre a clareza das premissas e o impacto das propostas do chamado direito civil-constitucional ainda carece da necessária profundidade:

¹¹¹ Movimento clássico, inclusive, da transição do Estado Liberal para o Estado Social.

¹¹² SCHREIBER, Anderson. Direito civil e constituição. In: SCHREIBER, Anderson; e KONDER, Carlos Nelson. Direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Atlas, 2016, p. 16-17.

¹¹³ Idem, p. 16-17.

¹¹⁴ Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

“a euforia com princípios, funções e modelos interpretativos são celebrados pela doutrina e praticados pela jurisprudência parece ser inversamente proporcional à disposição da nossa cultura jurídica de analisá-los e discuti-los criticamente. Basta folhear as inúmeras releituras do direito civil à luz da Constituição para perceber, na referência constante e irrefletida ao mesmo conjunto de narrativas, pressupostos metodológicos e pretensões normativas, o total desinteresse em se questionar a sua plausibilidade teórica e adequação prática. Mais do que o ‘trunfo tardio’, a banalidade ubiqüitária do jargão civil-constitucional sugere um estado de letargia doutrinária, marcado pela assimilação passiva e acrítica de um “projeto constitucional” cuja motivação e objetivos são incessantemente proclamados, mas raramente problematizados”.¹¹⁵

Na visão deste autor, tal corrente doutrinária não teve preocupação em produzir coerência normativa e adequação prática a partir de critérios objetivos, procurando a todo custo promover, por meio da funcionalização de institutos e da flexibilização de regras jurídicas, a constitucionalização do direito civil, entendida como sua socialização e despatrimonialização. Não só, o autor defende que há uma confusão muito clara por parte deste ramo doutrinário entre um Código Civil patrimonialista e uma Constituição solidária¹¹⁶, sendo o suposto modelo liberal individualista muito mais presumido do que comprovado. Ao fim e ao cabo, o direito civil-constitucional seria, para o autor, um modelo mais retórico do que argumentativo.

Em uma perspectiva histórica, o autor argumenta que tal doutrina, no texto representado pela obra de Fachin, se equivoca por alguns motivos. Em primeiro lugar, Thiago Reis assevera que não está correta a vinculação entre positivismo e o totalitarismo no século XX, mas em verdade de uma:

“transformação dos critérios de validade do direito através de um novo método de interpretação que buscava a realidade, em oposição ao direito formal da legislação e ao direito abstrato da doutrina, o seu fundamento concreto e objetivo. Foi reinterpretando o direito com base na “ordem concreta” (Carl Schmitt) ou em “conceitos concreto-abstratos” (Karl Larenz) que juristas vinculados ao nazismo

¹¹⁵ REIS, Thiago. Dogmática e incerteza normativa: crítica ao substancialismo jurídico do direito civil-constitucional. In: Revista de direito civil contemporâneo, RDCC 11, 2017. p. 214.

¹¹⁶ Idem, p. 216.

perverteram, a partir de cláusulas gerais, o ordenamento liberal-democrático herdado de Weimar. Curiosamente, foi justamente em Larenz que a doutrina brasileira encontrou, desde a década de 1990, uma das principais referências de sua releitura constitucional do direito civil¹¹⁷.

Com efeito, tais problemas históricos, segundo Thiago Reis, ainda incluem uma abordagem fortemente influenciada pela obra de Orlando Gomes que, publicada em 1958, traça um percurso do direito brasileiro que vai da época colonial à discussão do projeto Beviláqua no Congresso, enfatizando em especial a não recepção da questão social na codificação. Segundo Reis, a narrativa de Orlando Gomes sofreu importante influência do ambiente intelectual da Era Vargas, sendo fruto menos de pesquisas próprias do que de interpretações de celebrados autores dos anos 1930 e 1940, havendo boas razões para questionar o poder dessa narrativa em informar adequadamente as pretensões normativas do direito brasileiro atual¹¹⁸.

Em suma, sem maior aprofundamento na discussão do fenômeno da metodologia e sistematização do direito civil-constitucional, o que Thiago Reis procura refletir – em um texto muito mais centrado em questionar a doutrina *civilista-constitucional* do que oferecer respostas concretas, propriamente – é sobre o temerário recurso à “substância” do direito (ou da liberdade, da igualdade, da democracia etc.) para encurtar a distância entre norma e fato¹¹⁹.

No entanto, o próprio autor afirma haver “boas razões para crer” que o direito civil precisa ser repensado sobre novos fundamentos constitucionais, através, de um lado, “de sua infraestrutura institucional (administrativa, regulatória, penal, processual e tributária) e, de outro, pela sofisticação do seu instrumental teórico e metodológico”¹²⁰.

De toda sorte, a contribuição de Thiago Reis é de extrema importância para se refletir acerca da polêmica que orbita em torno do direito civil-constitucional, em especial para pensá-lo sob uma perspectiva crítica.

¹¹⁷ Ibidem, p. 223.

¹¹⁸ Idem, p. 224.

¹¹⁹ Ibidem, p. 235.

¹²⁰ Idem, 235.

Como o próprio autor revela, contudo, o direito civil deve ser repensado sob novos fundamentos constitucionais, motivo pelo qual procuro desenvolver de forma sistemática a necessária releitura dos institutos da liberdade de expressão artística e a disposição sobre o corpo humano, a partir da dinâmica constitucional.

5. DIREITOS DA PERSONALIDADE E AUTONOMIA PRIVADA

Interessantes argumentos sociais, históricos e políticos podem ser suscitados como a razão do maior aprofundamento teórico acerca do diálogo entre as situações subjetivas existenciais e as situações subjetivas patrimoniais.

Em primeiro lugar, há de se levantar o receio hodierno com relação à influência mercadológica sobre as relações humanas. Nesse sentido, é possível lembrar do alerta de Jürgen Habermas, da “colonização do mundo da vida”, pelos imperativos do sistema econômico. O autor coloca o direito como importante fator impeditivo para que o poder e o dinheiro não tomem a esfera das relações intersubjetivas¹²¹.

Ou, ainda, a afirmativa de Michael J. Sandel, que constatou que “hoje, a lógica da compra e venda não se aplica mais apenas a bens materiais: governa crescentemente a vida como um todo. Está na hora de perguntarmos se queremos viver assim”¹²².

Justamente na despatrimonialização do direito civil, como visto acima, é que se apresenta o *locus* em que é possível visualizar o contragolpe do direito em relação à influência do comércio na esfera existencial: a reinterpretção de instrumentos jurídicos de cunho patrimonial para que possam se aplicar às situações jurídicas existenciais.

É dizer, encontra-se, no processo de constitucionalização do direito civil, a positivação do princípio da dignidade da pessoa humana, de modo a colocar a proteção da pessoa humana em prioridade perante os imperativos mercadológicos.

¹²¹ HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms, contributions to a discourse theory of law and democracy*, Cambridge, MIT Press, 1998, p. 53-56.

¹²² SANDEL, Michael J. *O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013, p. 11.

As repercussões atribuídas à positivação da dignidade humana como princípio constitucional são diversas, tais como a proteção não apenas negativa mas promocional do livre desenvolvimento da pessoa, a atribuição de direitos e garantias fundamentais, a garantia de um patrimônio mínimo existencial e a constituição de uma cláusula geral de tutela de personalidade¹²³.

Há certa complexidade, portanto, nos parâmetros da sociedade contemporânea, em se diferenciar situações jurídicas patrimoniais de situações jurídicas existenciais.

Pietro Perlingieri tem uma visão interessante sobre a dualidade e o diálogo entre tais situações. Segundo o professor italiano, a concepção exclusivamente patrimonialista das relações privadas, fundada sobre a distinção entre interesses de natureza patrimonial e de natureza existencial, não responde aos valores inspiradores do ordenamento jurídico vigente. Por outro lado, existem diversas situações patrimoniais que, em virtude de sua ligação estrita com o livre desenvolvimento da pessoa, assumem uma relevância existencial¹²⁴. Determinada situação pode ser patrimonial, existencial ou, por vezes, um e outro juntos. Em outros dizeres, há de se concluir pela recusa da tese da necessária patrimonialidade das relações privadas.

Para se realizar essa distinção – para se qualificar a situação jurídica subjetiva – o critério utilizado deve ser o de funcionalidade, que se vale do recorte fático para refletir sobre a específica função daquela situação no ordenamento jurídico, com todas as circunstâncias e nuances do diálogo entre a norma e a realidade. O fundamento para utilização deste critério é que a função tem a mobilidade e a possibilidade de oxigenação de acompanhar as mudanças da sociedade, sendo um conceito socialmente construído, a partir de determinado contexto¹²⁵. Deve-se optar por rechaçar, nestes casos, a análise realizada tão somente sob critérios estruturais das normas, que as projetam ao engessamento do sistema jurídico.

¹²³ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; KONDER, Carlos Nelson. Diálogos sobre direito civil. Org. TEPEDINO, Gustavo; e FACHIN, Luiz Edson. Vol. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 4.

¹²⁴ PERLINGIERI, Pietro. O direito civil na legalidade constitucional. Trad.: Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 760.

¹²⁵ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; KONDER, Carlos Nelson. Diálogos sobre direito civil. Org. TEPEDINO, Gustavo; e FACHIN, Luiz Edson. Vol. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 6.

A instrumentalidade das situações patrimoniais se projeta de forma indireta para a concretização da dignidade, dada a sua finalidade de realização de função social. Já nas situações jurídicas existenciais, o objetivo é a realização direta da dignidade, “conforme as próprias aspirações, valores e *modus vivendi*; enfim, tem como função imanente a livre realização da personalidade, segundo o projeto de vida que a pessoa construiu para si”¹²⁶.

Tal separação acima relatada possui uma complementariedade intrínseca, na medida que as situações existenciais têm como sua finalidade última o livre desenvolvimento da pessoa. Para tanto, o perfil funcional, em virtude de seu caráter dinâmico e evolutivo, deve ser utilizado de modo a concretizar os objetivos constitucionais¹²⁷.

Em suma, temos que, sob a ótica funcional, se determinada conduta realiza direta e imediatamente a dignidade humana por meio do livre desenvolvimento da personalidade, trata-se de situação existencial. No entanto, se no caso a realização da dignidade humana é mediata, tendo como primeiro plano a livre iniciativa efetivada, está-se diante de situação patrimonial¹²⁸.

De acordo com Ana Carolina Brochado Teixeira e Carlos Nelson Konder,

“O âmbito dos chamados direitos da personalidade é provavelmente aquele no qual a discussão sobre o espaço da autonomia negocial e da possível disposição e comercialização se encontra mais explícito”.

Entretanto,

“A intangibilidade dos direitos da personalidade por ato de vontade é cotidianamente desmascarada pela realidade social, ao ponto de se buscar em doutrina mitigações ao dispositivo legal”¹²⁹.

É exatamente esse o caso do art. 11 do Código Civil que, seguindo a premissa paternalista de taxar os direitos da personalidade como indisponíveis e irrenunciáveis, previu que “com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da

¹²⁶ Idem, p. 8.

¹²⁷ Ibidem, p. 8.

¹²⁸ Idem, p. 24.

¹²⁹ TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; KONDER, Carlos Nelson. Diálogos sobre direito civil. Org. TEPEDINO, Gustavo; e FACHIN, Luiz Edson. Vol. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 9.

personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”.

Como analisarei mais adiante no caso similar do art. 13 do CC, mostra-se absolutamente imperativo que haja uma reinterpretação de normas como essas à luz dos valores constitucionais, como a liberdade conjugada à dignidade da pessoa humana.

Segundo Anderson Schreiber,

“O que deve o direito vedar é que tal limitação decorra não do exercício de outro aspecto da dignidade humana – a liberdade de autodeterminação pessoal -, mas de propósitos patrimoniais, lucrativos, comerciais, especialmente se cultivado no terreno da necessidade, da vulnerabilidade ou, pior ainda, da miséria”¹³⁰.

Com efeito, a autonomia para escolher como realizar mais adequadamente sua personalidade faz parte da própria tutela da personalidade. Qualquer forma de limitação ou restrição absoluta ao poder de disposição configuraria ato de paternalismo incompatível com o pluralismo democrático que rege a ordem constitucional¹³¹.

A aplicação da liberdade artística no plano da disposição sobre o corpo humano encontra abrigo justamente nesse ponto, como se verá mais adiante.

No entanto, diante deste panorama de possibilidade *a priori* de atos de disposição de atributos da própria personalidade como forma de realização pessoal, não se deve olvidar na necessidade de se combater, *a posteriori*, eventuais desvios que possam importar mercantilização ou instrumentalização da pessoa humana¹³².

É dizer, não significa que, em um exemplo esdrúxulo, porém não impossível, de que a empresa de vestuários Lacoste contrate um determinado indivíduo para que “transforme” seu corpo de modo a se assimilar a um crocodilo, que o direito deva permitir essa conduta. Há de se ter, de outra sorte, os olhos atentos à

¹³⁰ SCHREIBER, Anderson. Os direitos da personalidade e o Código Civil de 2002. In: Org. TEPEDINO, Gustavo; e FACHIN, Luiz Edson. Diálogos sobre direito civil, vol. II, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 262.

¹³¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. Ampliando os direitos da personalidade, na medida da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 121-148.

¹³² TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; KONDER, Carlos Nelson. Diálogos sobre direito civil. Org. TEPEDINO, Gustavo; e FACHIN, Luiz Edson. Vol. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 10.

autodeterminação enquanto realização pessoal, e não a mercantilização do corpo humano. Se a manifestação do mesmo indivíduo for absolutamente pessoal, em nome de uma expressão artística, o direito não pode atuar como agente limitador. Muito clara, portanto, a diferença entre a situação jurídica patrimonial e a existencial, nestes exemplos.

Dessa forma, apesar da tarefa de identificar as diferenças entre as situações jurídicas existenciais e patrimoniais ser importante, na medida que estabelece o regime aplicável, tal classificação – não dicotômica, mas complementar - deve ser feita sob o aspecto funcional¹³³, por melhor operar diante da realidade altamente mutável, em especial no que tange às afirmações e aspirações do ser humano no âmbito do seu próprio eu.

5.1. Direitos da personalidade

O nascimento da teoria dos direitos da personalidade, de acordo com Pontes de Miranda, representou o começo, para o mundo, de “nova manhã do direito”¹³⁴. Uma das mais icônicas objeções a esta teoria, dentre tantas, em seu início, foi a apresentada por Savigny, que não admitia a existência dos direitos de personalidade por não lhe parece possível a hipótese de um indivíduo ser, ao mesmo tempo, sujeito e objeto de seu próprio direito. No raciocínio de Savigny, admitir essa possibilidade implicaria a legitimação do suicídio¹³⁵ ou a automutilação¹³⁶.

Jellinek foi outro que se opôs à essa concepção, sob o argumento de que a vida, a saúde e a honra se enquadram na categoria do ser, e não na do ter, o que as tornaria incompatíveis com a noção de direitos subjetivos, predispostos à tutela das relações patrimoniais e, em particular, do domínio¹³⁷.

Ultrapassada essa visão, temos atualmente a visão dos direitos da personalidade como uma categoria especial de direito, por meio da qual se protege a essência da pessoa e suas principais características. Os objetos dos direitos da

¹³³ Idem, p. 23.

¹³⁴ PONTES DE MIRANDA. Tratado de direito privado. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, v. 7, p. 6.

¹³⁵ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Direitos da personalidade e autonomia privada. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 20.

¹³⁶ FACHIN, Luiz Edson. Análise crítica, construtiva e de índole constitucional da disciplina dos direitos da personalidade no código civil brasileiro: fundamentos, limites e transmissibilidade. Revista Jurídica, São Paulo, v. 55, n. 362, dez/2007, p. 44.

¹³⁷ TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade do ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: Temas de Direito Civil. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 25.

personalidade são os bens e valores considerados essenciais para o ser humano – são projeções físicas ou psíquicas da pessoa, ou as suas características mais importantes¹³⁸.

No entender de Adriano de Cupis – um dos precursores teóricos do tema –, o ordenamento jurídico possui uma hierarquia entre os bens, sendo o objeto dos direitos da personalidade, os bens de maior valor jurídico, sem os quais os outros perdem valor. Nesse contexto, é possível citar os bens da vida, da integridade física, das partes do corpo, da liberdade; todos estes caracterizados por uma não exterioridade e constituem categorias do ser, não do ter¹³⁹.

Em semelhante sentido, observou Limongi França, segundo o qual os direitos da personalidade representam direitos autônomos, sendo “faculdades jurídicas cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim as suas emanações e prolongamentos”¹⁴⁰.

No mais, para os fins aos quais se propõe este trabalho, é possível citar a definição do italiano Alberto Trabucchi, que estabelece tais direitos como sendo direitos essenciais que visam garantir as razões fundamentais da vida da pessoa e o desenvolvimento físico e moral de sua existência, tendo por objeto modos de ser da mesma pessoa¹⁴¹.

Com efeito, há de se destacar que tais direitos não são um fenômeno estanque. Ao revés, representam direitos em expansão.

À primeira vista, concebidos a partir da oposição entre indivíduo e Estado, em razão da crescente complexidade das relações sociais, estes passaram a operar de modo a proteger os indivíduos também contra a intervenção lesiva de outros particulares¹⁴². Corrobora com essa posição o entendimento do texto constitucional constante no art. 5, §2º, que afirmar que os direitos e garantias ali previstos não excluem outros que venham a ser reconhecidos posteriormente.

¹³⁸ Idem, p. 20.

¹³⁹ DE CUPIS, Adriano. Direitos da personalidade. Lisboa: Moraes, 1961.

¹⁴⁰ FRANÇA, Rubens Limongi. Manual de direito civil. 4ª ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, v. 1, p. 145.

¹⁴¹ TRABUCCHI, Alberto. Instituciones de derecho civil. Trad. da 15ª Ed. italiana Luis Martínez-Calcerrada: Editorial Revista Derecho Privado, 1967, p. 105.

¹⁴² BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Direitos da personalidade e autonomia privada. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 24.

De todo modo, temos no ordenamento jurídico brasileiro como direitos da personalidade, para fins do presente estudo: o direito à integridade física, o direito sobre o próprio corpo (que engloba o direito sobre o corpo inteiro e o direito sobre partes separadas), o direito à integridade moral e o direito à liberdade¹⁴³.

5.2. Disponibilidade, limitação, transmissibilidade e renúncia a direitos da personalidade

Uma grande questão que nasce a partir do estudo dos direitos da personalidade diz respeito à sua possibilidade de disponibilidade, limitação, transmissibilidade e renúncia.

Em geral, os direitos da personalidade não são passíveis de limitação, de transmissibilidade e renúncia, sendo extrapatrimoniais, inalienáveis, impenhoráveis, imprescritíveis, irrenunciáveis, indisponíveis, inatos, absolutos, necessários e vitalícios.

Como estabelece Roxana Borges:

“Não são suscetíveis de avaliação pecuniária; não podem ser transmitidos a outrem; sendo inerentes à pessoa, não podem ser renunciados; não se extinguem com o tempo; enquanto for viva, a pessoa é titular de todas as expressões dos direitos de personalidade; não estão sujeitos à execução forçada. Quando há a lesão ao direito da personalidade a compensação em dinheiro é devida porque não há como reparar o dano em sua integralidade, não há como restituir à pessoa, de modo satisfatório, o que foi lesado”¹⁴⁴.

Novamente cumpre citar o art. 11 do Código Civil, segundo o qual: “com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”.

As três características dos direitos da personalidade insculpidas no art. 11 do CC (indisponibilidade, intransmissibilidade e irrenunciabilidade) guardam íntima relação, já que as três envolvem a ideia de que ninguém pode ser despojado de

¹⁴³ LOTUFO, Renan. Código civil comentado: parte geral (arts. 1º a 232). São Paulo: Saraiva, 2003, p. 158.

¹⁴⁴ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Direitos da personalidade e autonomia privada. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 32-33.

seus direitos de personalidade, e nem mesmo a esfera de autonomia privada pode ser utilizada no sentido de afastamento ou alienação total destes direitos¹⁴⁵.

No mesmo sentido temos o posicionamento doutrinário, fundada em uma exegese literal do dispositivo:

“Por serem também denominados direitos personalíssimos, eis que imanentes à pessoa humana e dela indissociáveis, são intransmissíveis. A inseparabilidade dos direitos da personalidade da pessoa do seu titular decorre mesmo de lei naturais; qualquer ato ou negócio jurídico que cogitasse da transferência de quaisquer desses atributos personalíssimos e inalienáveis constituiria atentado contra a ordem natural das coisas e seria, por isso, absolutamente nulo, de pleno direito, por impossibilidade física, objetiva”¹⁴⁶.

A despeito desta colocação, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), em uma das Jornadas de Estudos sobre Direito Civil, editou o seguinte enunciado de nº 4: “O exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente ou geral”.

É dizer: a *contrario sensu*, toda limitação provisória está permitida¹⁴⁷.

Apesar de não concordarmos integralmente com o teor deste enunciado, tal entendimento surge da compreensão, conforme assevera Luiz Edson Fachin, dos direitos da personalidade a partir de sua dimensão, em igual medida, como direitos fundamentais, daí a importância de se analisar o direito civil à luz dos princípios constitucionais:

“Isto é, parte da premissa que os direitos da personalidade, assim como os direitos fundamentais, não são garantidos ilimitadamente, mas que, quando em conflito com outros direitos fundamentais,

¹⁴⁵ MATTIA, Fabio Maria de. Direitos da personalidade: aspectos gerais. In: ASCENSAO, Antonio (coord.). Estudos de direito civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 113.

¹⁴⁶ ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza (coords.). Comentários ao código civil brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. I, p. 113.

¹⁴⁷ Há de se observar, no entanto, que não credito a este enunciado o prolator de uma solução correta, tanto em âmbito formal como material.

podem, eventualmente, ceder uns aos outros, para que todos tenham sua eficácia garantida”¹⁴⁸.

Esse entendimento resvala na ideia de transmissibilidade dos efeitos patrimoniais dos direitos de personalidade, embora intransmissíveis em sua essência, como o caso da faceta patrimonial dos direitos de autor, ou a possibilidade de transação de valor no que tange à pensão, a despeito do direito a alimentos ser irrenunciável¹⁴⁹.

A despeito deste entendimento, a ideia que mais guarda compatibilidade com os grandes valores de índole constitucional não diz respeito tão somente à possibilidade de transmissão, renúncia e limitação da faceta patrimonial dos direitos de personalidade.

Imaginemos o caso da *body art*, que será tratado de forma mais aprofundada adiante: o sujeito que procede a uma simples inserção de um *piercing* na orelha, comete uma diminuição permanente de sua integridade física, uma vez que aquele furo em sua orelha não será regenerado, e o seu *status quo* físico não será retomado.

Eis, portanto, um retrato absolutamente simples, que não adentra a situações mais complexas inerentes à prática de *body art*, que, em rigor, contraria o entendimento descrito acima, uma vez que não é a expressão econômica que está sendo posta em limitação.

Outros exemplos que podem ser citados e que encontram plena aceitação social, jurídica e transformaram-se em prática corriqueira, e que evidenciam, portanto, a insuficiência do texto editado pela Jornada: a transgenitalização, que importa a extirpação de parte do corpo humano ou a doação de órgãos.

A vontade do titular de permitir certa limitação ao exercício de algum direito da personalidade está intimamente ligado ao direito de liberdade, o qual também representa um direito da personalidade. Pietro Perlingieri afirma que na base do ato

¹⁴⁸ FACHIN, Luiz Edson. Análise crítica, construtiva e de índole constitucional da disciplina dos direitos da personalidade no código civil brasileiro: fundamentos, limites e transmissibilidade. Revista Jurídica, São Paulo, v. 55, n. 362, dez/2007, p. 56.

¹⁴⁹ Idem, p. 56.

de disposição está a esfera de liberdade do sujeito, considerando, portanto, a possibilidade negocial dos direitos da personalidade.

Como exemplo, o autor traz os contratos desportivos, como o famoso módulo de luta do “vale-tudo”. Deste caso, que representa a vontade do titular, além da prática social amplamente aceita e fomentada – figurando como um mercado bilionário – é admissível concluir que os atos de disposição voluntária que impõe restrições a direitos de personalidade, mesmo pondo em risco a vida ou a integridade física do sujeito, são possíveis. O mesmo pode ser dito de outras lutas, inclusive olímpicas, como judô, taekwondo e karatê.

Retornando ao texto de Fachin, exatamente neste descompasso, no “fosso abissal” existente entre a afirmação teórica e prática efetivas dos direitos fundamentais é que se reafirma a necessidade de que se coloquem tais direitos como algo vivo e presente no cotidiano de todos nós, colocando a Constituição como centro real do ordenamento e buscando, assim, aplicabilidade direta das normas e princípios constitucionais¹⁵⁰. É sob “as lentes da dignidade da pessoa humana que esta problematização deve ser focada enquanto escopo e fundamento necessários e presentes no núcleo dos direitos da personalidade”¹⁵¹.

O Código Civil japonês, por exemplo, de 1896, revisto em 1947, prevê nesse sentido: “Art.1-2. Princípios de interpretação: Esta lei deve ser interpretada conforme aos princípios da dignidade individual e da essencial igualdade jurídica entre ambos os sexos”.

O Código Civil brasileiro, ao contrário de outros como o japonês, como esclarece César Fiuza, preocupa-se muito mais, para não dizer tão só, com as possíveis patologias dos direitos da personalidade, em vez de tutelar a personalidade de modo mais holístico, promovendo a dignidade humana e vinculando a interpretação das normas de Direito privado a este valor fundamental¹⁵².

¹⁵⁰ Não concordo integralmente com essa posição, como se verá adiante.

¹⁵¹ FACHIN, Luiz Edson. Análise crítica, construtiva e de índole constitucional da disciplina dos direitos da personalidade no código civil brasileiro: fundamentos, limites e transmissibilidade. Revista Jurídica, São Paulo, v. 55, n. 362, dez/2007, p. 59.

¹⁵² FIUZA, César. Direitos da personalidade: esboço de teoria geral. FIUZA, César (org.). Autonomia privada: direitos da personalidade. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2015, p. 32-33.

Bem estabelecida, portanto, a posição de Fernanda Borghetti Cantali, que assim aduz, sobre este aspecto:

“A disponibilidade dos direitos da personalidade sempre deverá estar atrelada ao ato voluntário, consciente e que respeite o limite da sociabilidade e ordem pública, e o limites dos limites que é o respeito ao núcleo mínimo da dignidade da pessoa humana”¹⁵³.

Com efeito, o entendimento de que os direitos fundamentais e os direitos da personalidade são caracterizados por sua inalienabilidade, indisponibilidade e irrenunciabilidade vêm sendo mitigado. Jorge Reis Novais assevera que:

“a renúncia é também uma forma de exercício do direito fundamental, dado que, por um lado, a realização de um direito fundamental inclui, em alguma medida, a possibilidade de se dispor dele, inclusive no sentido da sua limitação, desde que esta seja uma expressão genuína do direito de autodeterminação e livre desenvolvimento da personalidade individual”¹⁵⁴.

Como destacam Roberto Dias e Thamires Pandolfi Cappello, com acerto, pensar de modo diferente, isto é, não aceitar a disponibilidade ou a renúncia a um direito significa exigir que o titular o exerça, transformando-o, portanto, num dever. Para os autores:

“(…) parece-nos inadmissível sustentar que o titular de um direito fundamental específico não tenha opção de renunciar a esse direito em dadas circunstâncias. Parece-nos arbitrário mitigar as convicções e aspirações pessoais e ceifar a liberdade individual sob o argumento de que os direitos fundamentais seriam indisponíveis. O livre desenvolvimento da personalidade como expressão da dignidade da pessoa humana, base do direito à liberdade que recobre o Estado Democrático de Direito, não permite a atuação do Estado de forma tão paternalista ao ponto de estabelecer padrões e convicções morais rígidos a respeito do que é certo ou errado, digno ou indigno, ignorando, assim, as convicções de vida de cada um”¹⁵⁵.

¹⁵³ CANTALI, Fernanda Borghetti. Direitos da personalidade: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 152.

¹⁵⁴ NOVAIS, Jorge. Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra Editora, p. 235.

¹⁵⁵ DIAS, Roberto; CAPPELLO, Thamires Pandolfi. Renúncia a direitos fundamentais na submissão de seres humanos a estudos clínicos. In: Revista de Bioética y Derecho. Barcelona: Universitat de Barcelona, 2016, p. 97.

Para tanto, para fins metodológicos e conceituais, utilizarei, neste trabalho, tanto da ótica do chamado direito civil-constitucional, a respeito das relações entre a autonomia privada e as situações jurídicas existenciais, como do direito constitucional, para versar sobre a vinculação de particulares a direitos fundamentais.

5.3. A autonomia privada e as situações jurídicas existenciais

A autonomia privada não deve ser determinada em abstrato, mas especificamente em relação ao ordenamento jurídico no qual é estudada e à experiência histórica que, de várias formas, coloca a sua exigência¹⁵⁶.

Com a ideia acima exposta, Perlingieri condiciona a correta compreensão da autonomia privada, de acordo com o ordenamento jurídico em que é estudada, em especial do valor que o ordenamento atribui ou reconhece à liberdade da pessoa para regulamentar seus próprios interesses¹⁵⁷.

No Brasil, ante a paulatina mudança histórica, política e social que culminou na remodelação da tutela da vontade individual pela observância dos princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade social e da igualdade substancial, pela Constituição de 1988, é fundamental salientar que o instituto da autonomia privada deve ser inserido em perspectiva teórica e prática através desses moldes.

No mesmo sentido, é possível observar que o diploma constitucional elevou a autonomia privada a um conceito de valor, em detrimento de um conceito técnico¹⁵⁸.

Com efeito, a autonomia privada deixa de ser concebida como um valor em si mesmo, passando a postular um positivo juízo de merecimento por meio da observância de outros princípios também fundamentais, em especial o de tutela da dignidade da pessoa humana. O próprio art. 1º, III, da Constituição Federal, assim o promove, levando a crer que tanto o ato de autonomia privada patrimonial como o

¹⁵⁶ PERLINGIERI, Pietro. Perfis do direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 17.

¹⁵⁷ MEIRELES, Rose Melo Vencelau. Autonomia privada e dignidade humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 79.

¹⁵⁸ Como abordado por Joaquim de Sousa Ribeiro, em: RIBEIRO, Joaquim de Sousa. O problema do contrato – as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual. Coimbra: Almedina, 1999, p. 32.

ato de autonomia privada existencial somente merecem tutela a produzir os efeitos jurídicos desejados se conduzidos ao pleno desenvolvimento da pessoa¹⁵⁹.

Dessa forma, a Constituição Federal representa o norte axiológico dos contornos e limites da autonomia privada, o que nos permite concluir que esta não se reduz meramente à situações patrimoniais e à autonomia contratual.

Como pondera Gustavo Tepedino:

“Assim é que, no caso brasileiro, em respeito ao texto constitucional, parece lícito considerar a personalidade não como um novo reduto do poder do indivíduo, no âmbito do qual seria exercido 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”¹⁶⁰.

Com isso, nas situações existenciais, como já adiantado anteriormente, a função de atendimento e promoção da personalidade é imediata, uma vez que o interesse recai sobre a própria pessoa e o efeito primário não é de natureza patrimonial; diferentemente das situações patrimoniais, em que referida função de atendimento e promoção é mediata, dado o interesse sobre o patrimônio¹⁶¹.

Portanto, o incremento¹⁶² da autonomia privada nas situações existenciais – primordialmente em virtude da necessidade de respostas à situações inéditas do mundo contemporâneo – encontra guarida na necessidade de se prover espaço para o livre desenvolvimento da personalidade.

Assim, como conclui Rose Melo Vencelau Meireles, a autonomia privada se apresenta, para as situações existenciais, “como verdadeiro instrumento de promoção da personalidade. Por meio do poder de autodeterminação, garante-se

¹⁵⁹ MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 85.

¹⁶⁰ TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil constitucional brasileiro. In: *Temas de direito civil*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 53.

¹⁶¹ MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 86.

¹⁶² Interessante estudo sobre este tema fez Denis Franco Silva, em: SILVA, Denis Franco. O princípio da autonomia: da invenção à reconstrução. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 156.

tutela às escolhas existenciais indispensáveis ao atendimento da dignidade humana de quem as pratica”¹⁶³.

O próprio Perlingieri afirma que “(...) as expressões de liberdade em matéria não-patrimonial ocupam uma posição mais elevada na hierarquia constitucional”¹⁶⁴. Neste campo, não há porque não incluir a liberdade de expressão artística e a liberdade conferida pelo ordenamento dos atos de disposição sobre o próprio corpo.

Há limites para essas liberdades, certamente.

Os limites para a autodeterminação e para as vontades do indivíduo tradicionalmente encontraram-se e encontram-se da lei, na moral e nos bons costumes. No entanto, e nesse ponto que sustento a ideia deste trabalho, tais limites mostram-se insuficientes para restringir um ato de autonomia privada, em especial quando aplicada à arte e à disposição corporal, pontos centrais para o livre desenvolvimento da personalidade.

Em primeiro lugar, com relação à moral e aos bons costumes, tais conceitos são, segundo Rose Melo Vencelau Meireles, “difíceis de aferição diante de uma sociedade plural, respeitosa das diferenças e das minorias”¹⁶⁵. Não sem razão a redação do art. 3º, IV da CF.

A autora prossegue: “Ora, até que ponto desconsiderar uma escolha individual, diversa daquilo que é aceitável pela maioria não pode ser considerado discriminação?”¹⁶⁶.

A autonomia em situações existenciais deve conter maior independência, enquanto conceito promocional de valores, na medida que goza, por exemplo de fundamento constitucional diverso das situações patrimoniais. Não basta que com o seu exercício não sejam atingidos a moral, os bons costumes, a ordem pública e a lei; ela deve promover certos valores, em especial aqueles que fazem parte do

¹⁶³ MEIRELES, Rose Melo Vencelau. Autonomia privada e dignidade humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 88.

¹⁶⁴ PERLINGIERI, Pietro. Perfis do direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 18.

¹⁶⁵ MEIRELES, Rose Melo Vencelau. Autonomia privada e dignidade humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 89.

¹⁶⁶ Idem, p. 89.

projeto constitucional, como a igualdade, a solidariedade, a dignidade e a justiça social¹⁶⁷.

O próprio Código Civil, em que pese anacrônico ao disciplinar os direitos da personalidade, transpareceu o preceito acima levantado em institutos como a função social do contrato e o abuso de direito. Isso porque a função social do contrato, por exemplo, representa fundamento da liberdade de contratar (art. 421). Não só, a figura do abuso de direito nasce de se ultrapassar os limites impostos pelo fim econômico, pela boa-fé ou pelos bons costumes no exercício de um direito (art. 187).

Ante este novo panorama imposto pela contemporaneidade e acatado, paulatinamente, pelo direito, como estabelece Rose Melo Vencelau Meireles, o que antes se poderia considerar um limite externo da autonomia privada, hoje integra a sua função¹⁶⁸.

No mesmo sentido, Pietro Perlingieri aduz que a Constituição operou uma reviravolta qualitativa e quantitativa na ordem normativa: “Os chamados limites à autonomia, colocados à tutela dos contraentes mais frágeis não são mais externos ou excepcionais, mas, antes, internos, na medida em que são expressão direta do seu ato e de seu significado constitucional”¹⁶⁹.

Contudo, há de se firmar como o principal fundamento da situação existencial, a dignidade da pessoa humana.

Não se trata de retornar à conceituação individualista do Estado Liberal: a dignidade é da pessoa humana, não do indivíduo. A repersonalização do direito não representa um retorno de atenção primordial e preferencial ao indivíduo, sob pena, inclusive, do risco de se ter um *abuso de dignidade*¹⁷⁰, em virtude de um abuso de liberdade.

Como muito bem coloca Miracy Gustin, “a autonomia plena deve ser considerada num seu sentido interativo e, por isso, de natureza social, superando os

¹⁶⁷ Ibidem, p. 90.

¹⁶⁸ Idem, p. 91.

¹⁶⁹ PERLINGIERI, Pietro. Perfis do direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 280.

¹⁷⁰ MAURER, Beátrice. Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana... ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central. In: SARLET, Ingo (org.). Dimensões da dignidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 71.

sentidos restritos e individualizantes de liberdade postulados pela doutrina liberal do Mundo Moderno”¹⁷¹.

Isso quer dizer que os limites à autonomia privada não dizem respeito à expressões aprisionadoras como a moral e os bons costumes, mas sim com a igualdade, integridade e solidariedade, enquanto bases estruturantes da dignidade da pessoa humana.

5.4. Autolimitação dos direitos da personalidade

Retornando ao tratamento dado pelo Código Civil aos direitos da personalidade e a posição global dos mesmos frente ao ordenamento jurídico, há de se compreender melhor a presença de um poder de disposição no exercício das situações jurídicas existenciais.

De acordo com o raciocínio de Pietro Perlingieri e Pasquale Femia, tal exercício é o conjunto de comportamentos relacionados à situação subjetiva, os quais são qualificados como exercício propriamente dito se lícitos ou como sanção se ilícitos. O primeiro corresponde ao *perfil dinâmico*, enquanto o segundo corresponde ao *perfil estático* do exercício¹⁷².

Resta clara a opção pelo perfil estático, tomada pelo CC. O tratamento do diploma civil brasileiro mostra-se insuficiente justamente porque enfoca o exercício da situação jurídica existencial como sanção, e não como opção, optando pela redução deste exercício ao momento patológico e tolhendo a possibilidade de um exercício dinâmico, voltado para o livre desenvolvimento da personalidade¹⁷³.

Neste ponto, inserindo-se a autonomia privada no âmbito do poder de disposição, isto é, que provoca uma mudança nas relações jurídicas preexistentes, na medida que pode provocar um efeito constitutivo, modificativo ou extintivo em uma relação jurídica, a extrapatrimonialidade da situação jurídica não afasta o poder de disposição do seu titular. Ao revés, a autonomia privada tem papel muito

¹⁷¹ GUSTIN, Miracy B. S. Das necessidades humanas aos direitos. Belo Horizonte: Del Rey, 1999, p. 35.

¹⁷² FEMIA, Pasquale; PERLINGIERI, Pietro. Nozioni Introduttive e Principi Fondamentali del Diritto Civile. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2000, p. 133.

¹⁷³ MEIRELES, Rose Melo Vencelau. Autonomia privada e dignidade humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 153.

importante nas situações existenciais porquanto viabiliza a tutela positiva, possibilitando a autodeterminação do sujeito nas situações relacionadas ao ser¹⁷⁴.

A elasticidade de tutela que a personalidade exige é fundamental, uma vez que representa o instrumento necessário para que seja possível garantir proteção também em situações existenciais que atingem o intuito de desprendimento da doutrina clássica que classifica os direitos da personalidade apenas como direitos subjetivos absolutos que exigem de todos uma atitude de abstenção, de respeito¹⁷⁵.

Com efeito, tanto a abordagem escolhida pelo legislador ao disciplinar os direitos da personalidade, como a abordagem doutrinária e jurisprudencial que categoriza os direitos da personalidade e as situações jurídicas existenciais como indisponíveis, representa abordagem rasteira e insuficiente, em especial quando cotejada com a centralidade que a pessoa humana ocupa no ordenamento jurídico brasileiro.

Dispositivos como os arts. 13, 15¹⁷⁶, 17¹⁷⁷, 20¹⁷⁸ e 21¹⁷⁹ do CC revelam a opção do legislador por critérios rígidos, fechados e estáticos para regular o exercício de algumas situações existenciais, que frequentemente se chocam com práticas absolutamente difundidas no meio social da atualidade, como as cirurgias embelezadoras e os *reality shows*. Esse panorama mostra claramente que a ausência de lei que permita a autolimitação à personalidade não representa óbice ao merecimento de tutela de hipóteses como estas¹⁸⁰. É dizer, a limitação a direitos da personalidade não deixa de representar um exercício dinâmico deste.

¹⁷⁴ Idem, p. 155.

¹⁷⁵ CANTALI, Fernanda Borghetti. Direitos da personalidade: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 154.

¹⁷⁶ Art. 15. Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica.

¹⁷⁷ Art. 17. O nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória.

¹⁷⁸ 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.

¹⁷⁹ Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

¹⁸⁰ Idem, p. 185-187.

Outra abordagem possível, nesta seara, seria a hipótese da dimensão dúplice da dignidade da pessoa humana – a negativa e a prestacional. A dimensão negativa, que se manifesta como necessidade de proteção da dignidade da pessoa humana tanto por parte do Estado como por parte dos particulares em sociedade, especialmente quando fragilizada, ameaçada de lesão ou até mesmo ofendida. A dimensão prestacional, por outro lado, se manifesta no direito à autodeterminação pessoal, em função da qual se garante à pessoa a tomada de decisões a respeito de sua própria existência¹⁸¹. O CC parece preocupar-se somente da dimensão negativa da dignidade da pessoa humana.

Com efeito, o titular da situação existencial tem o poder de produzir efeitos relativos à relação jurídica em que está inserido. No entanto, para que essa manifestação de autonomia privada seja merecedora de tutela, os efeitos desejados devem estar adequados à função que a mesma se propõe a realizar.

Nesse ponto, Daniel Sarmento critica a ideia de Perlingieri de que tanto os atos de autonomia patrimonial, como os atos de autonomia existencial, apesar de possuírem fundamento constitucional diverso, são dirigidos à realização de interesses e funções que merecem tutela e que são socialmente úteis. Sarmento sustenta que esse argumento somente é válido para a autonomia privada ligada à interesses patrimoniais, uma vez que as liberdades existenciais não dependem de comprovação de utilidade social para a tutela¹⁸².

Essa ideia, por exemplo, englobaria a liberdade de expressão artística, uma vez que ao artista é perfeitamente possível a exteriorização de obras grotescas.

O próprio autor aponta para exemplos similares, como a abrangência da liberdade de pensamento de ter e divulgar ideias absurdas, ou a abrangência de tutela da liberdade de religião para os cultos satânicos.

No mesmo contexto, e aqui mostra-se de extrema valia a contribuição de Rose Melo Vencelau Meireles¹⁸³, importa salientar que os exemplos acima

¹⁸¹ CANTALI, Fernanda Borghetti. Direitos da personalidade: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 156.

¹⁸² SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 177-178.

¹⁸³ MEIRELES, Rose Melo Vencelau. Autonomia privada e dignidade humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 189.

referidos dizem respeito a aspectos do *perfil dinâmico* do exercício das situações existenciais, ou seja, a liberdade. De outra perspectiva, temos o perfil no qual se insere a autonomia privada, correspondente ao poder de disposição, que implica na alteração da situação preexistente, na medida em que provoca o efeito constitutivo, modificativo ou extintivo. Há de se ter em mente que os atos de autonomia privada existenciais – diferentemente do âmbito da liberdade – são merecedores de tutela desde que promotores de sua função, pois só assim configuram-se como exercício. Partindo deste pressuposto, segundo a autora, as ideias de Perlingieri e Sarmiento não se contradizem, uma vez que:

“(...) o fim social a ser perseguido nos atos de autonomia existenciais se traduz na realização da dignidade humana, porque as situações existenciais são função social. Consequentemente, não é incoerente afirmar que a autonomia privada existencial se volta para a satisfação de interesses (a pessoas) e funções (livre desenvolvimento da personalidade) que merecem tutela e que são socialmente úteis (dignidade humana), mas não se subordina a interesses da coletividade. Isto porque o fim socialmente útil a que visa a autonomia privada existencial consiste na dignidade da pessoa humana, portanto, não viola e sim promove a liberdade individual”¹⁸⁴.

Com efeito, diante de todos os argumentos colacionados, permite-se concluir que a autonomia privada nas situações jurídicas existenciais é promocional e atende à critérios funcionais, na medida que procura promover o desenvolvimento da personalidade, estando atrelada à dignidade da pessoa humana.

No entanto, como procuro defender neste trabalho, não há conceitos absolutos, e mesmo diante da possibilidade de se dispor de situações existenciais, não se deve confundir liberdade e libertinagem, vontade e voluntarismo, e a configuração da autonomia privada como um dogma intangível¹⁸⁵.

Ressalte-se: o centro do ordenamento foca na pessoa, e não no indivíduo. Prover tanto a autonomia privada, o livre desenvolvimento da personalidade e a dignidade humana de livre subjetivismo, constituindo carta branca aos indivíduos,

¹⁸⁴ Idem, p. 189.

¹⁸⁵ BONA, Laura di. I negozi giuridici, *apud* MEIRELES, Rose Melo Vencelau. Autonomia privada e dignidade humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 193.

não representa o que se procura construir para a aplicação dos direitos da personalidade.

Mesmo na hipótese de conflito entre a liberdade e outro princípio formatador da dignidade humana, este deverá ser norte para a solução do problema.

Em virtude da heterogeneidade dos atos de autonomia existencial, a submissão a um único regime não é possível. Até porque algumas das situações existenciais possuem normativa própria, como o casamento, a filiação, os transplantes, os direitos de autor, etc¹⁸⁶. Diante da impossibilidade da completude de um ordenamento jurídico positivado, há de se suscitar ao menos alguns princípios que norteiam essas situações.

Nesse sentido, de acordo com Rose Melo Vencelau Meireles, é possível identificar quatro princípios: o princípio da gratuidade, o princípio do consentimento qualificado, o princípio da confiança e o princípio da autorresponsabilidade¹⁸⁷.

O princípio da gratuidade, pela faceta extrapatrimonial das situações existenciais, buscando o combate à mercantilização da pessoa, consiste primordialmente no fato de que os negócios jurídicos de cunho existencial são necessariamente gratuitos, não gerando benefício ou vantagem para o disponente. A própria Constituição Federal de 1988 estabelece esta premissa, no art. 199, §4º. Atendendo ao mandamento constitucional, temos o art. 14 do CC, a Lei nº 9.434 de 1997, que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento, e a Resolução nº 1.358 de 1992 do Conselho Federal de Medicina, que dispõe sobre a reprodução humana assistida.

Especificamente sobre este princípio, penso ser inadequada sua aplicabilidade aos atos de liberdade de expressão artística na disposição do corpo humano, porquanto tarefa extremamente complexa a de aferir e mensurar o valor comercial imediato desta atividade. Isso porque a contribuição comercial direta para a imagem, por exemplo, é inteiramente subjetiva e não necessariamente imediata.

¹⁸⁶ MEIRELES, Rose Melo Vencelau. *Autonomia privada e dignidade humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 201.

¹⁸⁷ *Idem*, p. 203 e ss.

O princípio do consentimento qualificado pressupõe que qualquer disposição sobre situação existencial deve ser voluntária, como manda o CC nos arts. 15, no qual ninguém pode ser constrangido a se submeter a tratamento médico ou intervenção cirúrgica e 20, que submete a necessidade de autorização para exposição ou utilização da imagem de uma pessoa, divulgação de escritos e transmissão da palavra, salvo se for por necessidade à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública. Desse princípio decorre a revogabilidade, que permite que o dispoente se arrependa da declaração de vontade que expressou e a revogue até o momento anterior ao da execução material do ato (direito ao arrependimento) e a incoercibilidade.

Em relação ao princípio da confiança, este apresenta-se como o cuidado com o outro, diante da fidúcia na declaração de vontade da contraparte.

Por fim, o princípio da autorresponsabilidade. Para a hipótese objeto de análise deste trabalho, este princípio configura-se quando a autodeterminação da pessoa se realiza com a colaboração de outrem. Este princípio mostra-se de extrema relevância nas situações existenciais para garantir que realmente será cumprida a vontade do disponente por quem tem a incumbência de executá-la.

6. VINCULAÇÃO DE PARTICULARES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Considerando o fato de que os direitos fundamentais gozam de imensa importância no ordenamento jurídico brasileiro, devendo reger todos os âmbitos do direito, é necessário se questionar acerca dos destinatários destas normas, em especial as formas e limites de vinculação dos particulares às mesmas.

Antes concebidos como direitos oponíveis somente ao Estado, de modo a proteger os indivíduos contra os abusos estatais, durante o contexto de vigência do Estado Liberal, referida visão acerca dos direitos fundamentais foi rigorosamente transformada quando se constatou o mito de se considerar as relações reguladas pelo direito privado como relações entre iguais, resultantes de um acordo de vontade

entre pessoas livres, e imaginar que somente nas relações caracterizadas pela intervenção do Estado haveria uma relação de dominação e subordinação¹⁸⁸.

Uma vez constatado que os abusos de poder se espriam na sociedade e não se concentram somente na relação indivíduo-Estado, surgem as discussões acerca quais os modelos corretos de aplicação dos direitos fundamentais às relações entre particulares.

Este debate teve início de forma mais sistematizada na Alemanha, na década de cinquenta, tendo como marco o julgamento do Caso *Lüth*, em 1958.

Neste caso, a provocação para a decisão proferida pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha teve origem no recurso constitucional interposto por *Erich Lüth*, que se opunha à condenação que lhe havia sido imposta por um tribunal estadual (*Landgericht*) pelo fato de haver se expressado publicamente, por diversas vezes, convocando um boicote aos filmes de *Veit Harlan*, por seu suposto passado nazista, tendo considerado a Justiça ordinária, com base no parágrafo 826 do BGB (Código Civil Alemão), que a exortação de *Lüth* ao boicote seria contrária à moral e aos costumes, razão pela qual ele foi condenado a omitir-se de novas convocações a favor do boicote sob ameaça de uma pena de multa ou até mesmo de prisão.

A decisão da Justiça ordinária seria, posteriormente, reformada pelo Tribunal Constitucional, “sob o fundamento de que o direito fundamental à liberdade de opinião irradiava sua força normativa sobre o Direito ordinário, no caso o Direito Civil, impondo-se aos tribunais ordinários a necessidade de emprestar prevalência ao significado dos direitos fundamentais, mesmo nas relações entre particulares”¹⁸⁹.

De acordo com Néviton Guedes, a relevância do Caso *Lüth* pode ser aferida por suas amplas e profundas consequências no âmbito do Direito Constitucional:

“De fato, com ela o Tribunal (i) afirmou os *direitos fundamentais como primeira linha de direitos de defesa do cidadão contra o Estado*; (ii)

¹⁸⁸ UBILLOS, Juan Maria Bilbao. La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, p. 241.

¹⁸⁹ GUEDES, Néviton. Uma decisão judicial que se tornou celebridade internacional. Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-ago-19/decisao-judicial-tornou-celebridade-internacional>. Acesso em 17/12/17.

fundamentou a *irradiação da eficácia jurídica dos direitos fundamentais no âmbito do direito infraconstitucional* (ainda que o Tribunal Constitucional apenas admitisse apreciar as sentenças proferidas pela Justiça ordinária em relação à violação dos direitos fundamentais, não em relação à generalidade dos erros de direito), propiciando o desenvolvimento de sua eficácia entre particulares; **(iii)** conformou a *amplitude do direito fundamental à liberdade de opinião*, fixando que o direito fundamental à liberdade de expressão garante não apenas a livre manifestação de opinião, como também a possibilidade de agir e a influenciar sobre os demais espíritos; **(iv)** fixou a primazia legal do direito à liberdade e *desenvolveu a ideia de uma ordem objetiva de valores* (não se fala em hierarquia aqui) incorporada nos artigos 1 a 19 da Lei Fundamental alemã (*Grundgesetz*), que influenciaria *todas as esferas jurídicas*, além de **(v)** dar início ao desenvolvimento da ideia de *ponderação de bens* (*Güterabwägung*) como método de solução para os casos difíceis em que normas de estatura constitucional entram em relação de tensão ou colisão, especificamente, demonstrando ser necessária, naquele caso, uma ponderação entre o direito fundamental da livre manifestação de opinião e outros interesses com mesma hierarquia, isto é, dignos de proteção (*schutzwürdige*) constitucional, os quais, no caso concreto, podiam ser violados pelo concreto exercício da liberdade de expressão”¹⁹⁰.

Ou, como ensina Gilmar Mendes:

“A jurisprudência da Corte Constitucional alemã acabou por consolidar entendimentos no sentido de que do significado objetivo dos direitos fundamentais resulta o dever do Estado não apenas de se abster de intervir no âmbito de proteção desses direitos, mas também de proteger esses direitos contra a agressão ensejada por ato de terceiros”¹⁹¹.

Referida decisão transformou-se em paradigma para a construção doutrinária e jurisprudencial de diversos países europeus¹⁹², a exemplo de Portugal, que estabeleceu em sua Constituição, no art. 18º-1, que “Os preceitos constitucionais

¹⁹⁰ Idem.

¹⁹¹ MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais: eficácia das garantias constitucionais nas relações privadas. In: GRUNDMANN, Stefan; MENDES, Gilmar; MARQUES, Claudia Lima; BALDUS, Christian; MALHEIROS, Manuel (Org.) Direito privado, constituição e fronteiras: encontros de associação luso-alemã de juristas no Brasil. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 37.

¹⁹² Interessante notar alguns países que o fizeram, como Portugal, Rússia (Constituição da Federação Russa de 1993, art. 17.3) e Suíça (art. 35).

respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas”.

Merece menção também a teoria norte-americana a respeito da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, a “*state action*”. Apesar de ter surgido na mesma época do Caso *Lüth*, sua essência é antagônica à decisão do caso alemão. Nesse sentido, a jurisprudência americana, sob a premissa liberal, adotou uma posição negativa, estabelecendo que os direitos fundamentais não vinculam os particulares.

Daniel Sarmento pondera, com acerto, que referida teoria, também adotada por países como o Canadá, não proporciona o tratamento adequado aos direitos fundamentais, já que, não raro, as ameaças à dignidade da pessoa humana originam-se de grupos, pessoas e organizações privadas, e não necessariamente numa relação vertical com o Estado¹⁹³.

No Brasil, a Constituição Federal não previu expressamente a vinculação dos particulares a direitos fundamentais, nem tampouco previu que esta vinculação estaria restrita à relação indivíduo-Estado, como a Constituição alemã¹⁹⁴, motivo pelo qual a sua admissão encontra fundamento na concepção de que todos estão vinculados a direitos fundamentais.

Segundo Wilson Steinmetz, tal fundamento encontra respaldo, primeiramente, no princípio da supremacia da Constituição, pois esta, por ser a fonte direta e imediata de direitos fundamentais, vincula diretamente todos os entes, sejam públicos ou privados. Nesse sentido, surge o postulado da unidade material do ordenamento jurídico, o qual dispõe que os direitos fundamentais fazem parte do núcleo material da Constituição, atuando como elementos de unificação material do ordenamento jurídico¹⁹⁵.

¹⁹³ SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais: o debate teórico e a jurisprudência do STF. In: SARLET, Ingo Wolfgang; SARMENTO, Daniel (Orgs.). Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 137.

¹⁹⁴ SILVA, Virgílio Afonso da. A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 139; e SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 279 e ss.

¹⁹⁵ STEINMETZ, Wilson. A vinculação dos particulares a direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 104.

De acordo com Virgílio Afonso da Silva, a constitucionalização do direito, a irradiação dos valores constitucionais para todos os ramos do direito e, especialmente, o problema dos efeitos dos direitos fundamentais nas relações entre particulares não foram objeto de estudo sistemático, salvo algumas exceções¹⁹⁶.

O autor tem uma posição e um estudo teórico extremamente interessantes no que tange à vinculação de particulares a direitos fundamentais, os quais analisarei em seguida. Ele discorda da obra de Carlos Alberto Bittar (“Direito civil constitucional”), ao passo que também discorda de autores como Ingo Wolfgang Sarlet (“Direitos fundamentais e direitos privados” e “A eficácia dos direitos fundamentais”), Carlos Roberto Siqueira Castro (“A constituição aberta e os direitos fundamentais”), Daniel Sarmento (“Direitos fundamentais e relações abertas”) e Wilson Steinmetz (“A vinculação dos particulares a direitos fundamentais”), que defendem a aplicação direta dos direitos fundamentais às relações entre particulares. Segundo tais autores, de modo geral, a não ser nas hipóteses em que o poder público seja, inegavelmente, o único destinatário das normas de direitos fundamentais, elas se aplicam, nos outros casos, de forma direta¹⁹⁷.

No Supremo Tribunal Federal, a questão ganhou novos contornos no julgamento do RE 201.819/RJ – em que se tratou expressamente da vinculação dos particulares a direitos fundamentais pela primeira vez.

No caso em questão, a União Brasileira de Compositores (UBC) interpôs recurso extraordinário requerendo a reforma do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, que invalidou seu ato de exclusão de associado, sob o argumento de que a recorrente não teria respeitado o princípio constitucional da ampla defesa. A UBC argumentou, ainda, que não se aplicaria o referido princípio já que não se tratava de órgão da administração pública.

A Ministra Relatora, Ellen Gracie, deu provimento ao recurso sob a alegação de que as associações privadas possuem autonomia para elaboração de suas regras e, nesse sentido, os indivíduos que nela ingressariam tinham de aderir a estas normas. Além disso, em se considerando o cumprimento do estatuto, não

¹⁹⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 132.

¹⁹⁷ Idem, p. 134.

haveria se falar em anulação da exclusão do associado. Apesar de ter sido acompanhada em seu voto pelo Ministro Carlos Velloso, divergiu o ministro Gilmar Mendes, seguido pelos ministros Joaquim Barbosa e Celso de Mello, fundamentando sua decisão na teoria da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais às relações privadas, no sentido de que o princípio constitucionalmente previsto da ampla defesa se aplicaria ao caso concreto.

Com efeito, essa tem sido a abordagem majoritária pelo STF¹⁹⁸:

“(...) é possível concluir que, mesmo sem entrar na discussão das teses jurídicas sobre a forma de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, a jurisprudência brasileira vem aplicando diretamente os direitos individuais consagrados na Constituição na resolução de litígios privados”¹⁹⁹.

Segundo Virgílio Afonso da Silva, poucos são os publicistas que ainda restringem a aplicação dos direitos fundamentais apenas às relações entre os indivíduos e o Estado (relação vertical)²⁰⁰, aceitando a grande maioria peça produção de efeitos desses direitos também nas chamadas relações horizontais (das quais o Estado não participa)²⁰¹. Ante a complexidade do tema – de se mensurar como os efeitos da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais são produzidos – passo à breve análise dos dois grandes blocos de teses supracitados: o modelo de eficácia indireta e o modelo de eficácia direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares.

6.1. A eficácia indireta dos direitos fundamentais (aplicabilidade mediata)

Para aqueles que defendem o modelo de aplicabilidade indireta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares, o ponto de partida é o reconhecimento

¹⁹⁸ Cf.: SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais e relações entre particulares. Revista Direito GV, v. 1, n. 1, Maio/2005, p. 175.

¹⁹⁹ SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 297.

²⁰⁰ Até porque, segundo o autor – com quem concordo – é importantíssimo que não se considere a chamada “expansão dos direitos fundamentais” uma verdadeira expansão, uma vez que pender pela versão tradicional de que os direitos fundamentais tem como simples função a de proteger o indivíduo do Estado guarda certa dose de superficialidade. Tal “expansão” representa, em verdade, “um mero desenvolvimento do direito à segurança, contido na ideia nuclear das revoluções do século XVIII”. SILVA, Virgílio Afonso da. A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 138.

²⁰¹ SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais e relações entre particulares. Revista Direito GV, v. 1, n. 1, Maio/2005, p. 174.

de um direito geral de liberdade, consagrado pela grande maioria das constituições das democracias ocidentais, sendo esse direito que impede que os direitos fundamentais tenham um efeito absoluto nas relações privadas, o que significaria um total domínio do direito constitucional sobre o direito privado²⁰².

Nesse cenário, a liberdade ficaria comprometida, por exemplo. Haveria de se reconhecer que, segundo Dürig, no direito geral de liberdade inclui-se também a liberdade que os participantes de uma relação de direito privado devem gozar, no sentido de “evitar” as disposições de direitos fundamentais que, para ação estatal, são incontornáveis²⁰³.

Desse modo, enquanto que nas relações entre os indivíduos e Estado, os direitos fundamentais devem ser aplicados diretamente, nas relações entre particulares, os mesmos podem ser relativizados em favor de um direito fundamental à autonomia privada e à responsabilidade individual. Para tanto, “os indivíduos podem decidir livremente entre si, sem precisar levar em consideração os deveres e as proibições de direitos fundamentais direcionados ao Estado, sobre se e como farão uso de sua liberdade e de sua igualdade”²⁰⁴.

O que propõe Dürig, de acordo com Virgílio Afonso da Silva, é uma concepção dualista dos direitos fundamentais, já que, “de um lado, garantem eles direitos subjetivos contra o Estado e, de outro, garantem a liberdade contratual dos indivíduos entre si e a autonomia do direito privado”²⁰⁵.

Diante deste panorama, a solução proposta por este modelo é a influência dos direitos fundamentais nas relações privadas por intermédio do material normativo do próprio direito privado²⁰⁶. Ou seja, compete ao legislador, em primeira linha, a tarefa de realizar ou concretizar os direitos fundamentais no âmbito das

²⁰² SILVA, Virgílio Afonso da. A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 75.

²⁰³ DÜRIG, Günter. Grundrechteundzivilrechtsprechung, p. 159, *apud* SILVA, Virgílio Afonso da. A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 75.

²⁰⁴ *Idem*, p. 76.

²⁰⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 76.

²⁰⁶ *Idem*, p. 76.

relações privadas, tendo nas cláusulas gerais importante ferramenta de irradiação dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas²⁰⁷.

É justamente essa, por exemplo, a posição do Tribunal Constitucional Alemão que, embora tenha rejeitado a possibilidade de aplicação imediata dos direitos fundamentais nas relações privada, entendeu que a ordem de valores formulada pelos direitos fundamentais deve ser fortemente considerada na interpretação do direito privado²⁰⁸.

6.2. A eficácia direta dos direitos fundamentais (aplicabilidade imediata)

Os defensores deste modelo advogam pela tese de que a aplicabilidade dos direitos fundamentais, da mesma forma que são aplicados diretamente nas relações entre particulares e Estado, devem ser aplicados nas relações entre particulares, sem qualquer ação intermediária.

Como marco inicial dessa teoria, é possível citar a obra de Hans Carl Nipperdey, que defendeu a tese de que os direitos fundamentais têm efeitos absolutos e, por isso, não necessitam de mediação legislativa para serem aplicados às relações entre privados²⁰⁹. Com efeito, o autor justifica a sua ideia com base na opção constitucional pelo Estado Social, o qual importa no reconhecimento de que as violações aos direitos fundamentais não são cometidas somente pelo Estado, mas também por terceiros em geral²¹⁰.

Para ele, não é necessário nenhum instrumento de infiltração dos direitos fundamentais, como as cláusulas gerais, porquanto possuem natureza de direitos subjetivos dos cidadãos, podendo ser oponíveis tanto aos poderes públicos como aos particulares²¹¹.

²⁰⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais: eficácia das garantias constitucionais nas relações privadas. In: GRUNDMANN, Stefan; MENDES, Gilmar; MARQUES, Claudia Lima; BALDUS, Christian; MALHEIROS, Manuel (Org.) Direito privado, constituição e fronteiras: encontros de associação luso-alemã de juristas no Brasil. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 42.

²⁰⁸ Idem, p. 42.

²⁰⁹ Ibidem, p. 87.

²¹⁰ SARMENTO, Daniel. Relações privadas e direitos fundamentais. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 205.

²¹¹ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental das relações jurídicas privadas entre particulares. In: BARROSO, Luis Roberto (org.). A nova interpretação constitucional – ponderações, direitos fundamentais e relações privadas. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 162.

Virgílio Afonso da Silva exemplifica o modelo acima citado em uma situação em que se pode suscitar a liberdade de reunião:

“Quando se fala em liberdade de reunião (CF, art. 5º, XVI) como mera liberdade pública, entende-se com isso que o Estado não deve restringir a liberdade de reunião dos cidadãos. Mas poderia alguém ou um grupo de pessoas perturbar uma manifestação pacífica de forma tal que essa manifestação não tenha como ser exercida de forma plena? Se a liberdade de reunião for encarada meramente como direito de defesa contra a ação ilegítima do Estado e, se, ao mesmo tempo, não houver nenhum dispositivo legal que vede a perturbação de reuniões pacíficas por meio de entes privados, o caso seria difícil de ser solucionado, sem um recurso direto ao direito fundamental garantido pelo art. 5º, XVI da Constituição”²¹².

Neste caso, segundo Virgílio Afonso da Silva, o modelo de efeitos diretos sustentaria que o tratamento dado ao problema deveria ser o mesmo que seria dado caso o perturbador fosse o Estado, uma vez que o direito de reunião deve ser considerado como um direito de defesa contra pessoas privadas, e não somente contra o Estado²¹³.

Portanto, tal corrente encontra fundamento no fato de que, considerando que os direitos fundamentais orientam e convalidam todo o ordenamento jurídico, não é possível aceitar que o direito privado venha a formar uma espécie de gueto à margem da ordem constitucional²¹⁴, daí a desnecessidade de uma mediação legislativa.

É dizer: independentemente do tecido normativo infraconstitucional existente, os direitos fundamentais conferem, diretamente, direitos subjetivos aos particulares em suas relações entre si²¹⁵.

Neste panorama, deve-se alertar para o perigo do alargamento do papel do juiz em detrimento do poder legislativo, inserindo uma supervalorização aos direitos fundamentais em detrimento do direito privado, abrindo grandes portas para o

²¹² Ibidem, p. 86.

²¹³ SILVA, Virgílio Afonso da. A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 87.

²¹⁴ SARLET, Ingo. A eficácia dos direitos fundamentais. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 357.

²¹⁵ Deve-se alertar para o perigo do alargamento do papel do juiz em detrimento do poder legislativo

ativismo judicial²¹⁶, bem como o perigo da transformação do tribunal constitucional em um supremo tribunal de conflitos jurídicos-civis, assumindo, portanto, um papel que a Constituição não o delegou²¹⁷.

Justamente para contrapor essa possibilidade, é que autores como Wilson Steinmetz e Daniel Sarmiento procuraram, em suas obras, sistematizar essa teoria, promovendo critérios de aplicação, de modo a escapar da superficialidade e a subjetividade de simplesmente relegar ao magistrado, no caso concreto, o sopesamento de valores.

Em apertada síntese, a obra de Sarmiento adota um primeiro critério primordial, baseado na dicotomia entre a simetria e a assimetria das partes envolvidas na relação entre particulares, variando a intensidade da proteção à autonomia privada conforme a constatação de igualdade ou não entre as partes²¹⁸. Adota-se um segundo critério, que considera o tipo de questão envolvida na relação entre particulares: se existencial ou econômico-patrimonial. Nesta hipótese, nos casos envolvendo questões existenciais, a autonomia privada terá um peso maior do que nos casos que dizem respeito a questões econômico-patrimoniais, de modo que se evite a: “homogeneização forçada do comportamento individual a partir de pautas tidas como ‘politicamente corretas’, às custas do pluralismo e da própria dimensão libertadora que caracteriza os direitos fundamentais”²¹⁹.

De outra parte, Wilson Steinmetz, em breve síntese, estabelece a compatibilização entre direitos fundamentais e autonomia privada por meio do princípio da proporcionalidade, partindo do pressuposto de que tanto os direitos fundamentais como a autonomia privada gozam de estrutura de princípios, nos termos definidos por Alexy, sendo, portanto, mandamentos de otimização. Dessa forma, a compatibilização entre ambos deve seguir a compatibilização de direitos fundamentais em casos de colisões entre eles. Há de se examinar se a restrição contratual ao direito fundamental é adequada, necessária e proporcional em sentido

²¹⁶ Sobre esse tema, cf.: UBILLOS, Juan Maria Bilbao. La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

²¹⁷ Sobre esse tema, cf.: HESSE, Konrad. Derecho constitucional y derecho privado. Madrid: Cuadernos Civitas, 1995, p. 81.

²¹⁸ SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 303.

²¹⁹ Idem, p. 309-310.

estrito. Para tanto, o autor parte do conceito de Alexy acerca das *precedências prima facie* - que conferem maior carga de argumentação a outro princípio - para elaborar quatro diferentes precedências *prima facie*: (i) em uma relação contratual de particulares em situação (ou sob condições) de igualdade fática, há uma precedência *prima facie* do direito fundamental individual de conteúdo pessoal ante o princípio da autonomia privada; (ii) em uma relação contratual de particulares em situação (ou sob condições) de desigualdade fática, há uma precedência *prima facie* do direito fundamental individual de conteúdo pessoal ante o princípio da autonomia privada; (iii) em uma relação contratual de particulares em situação (ou sob condições) de igualdade fática, há uma precedência *prima facie* do princípio da autonomia privada ante o direito fundamental individual de conteúdo patrimonial; e (iv) em uma relação contratual de particulares em situação (ou sob condições) de desigualdade fática, há uma *precedência prima facie* do direito fundamental individual de conteúdo patrimonial ante o princípio da autonomia privada²²⁰.

Nossa opinião converge com o que pensa Virgílio Afonso da Silva ao criticar ambas as teorias.

6.3. Uma proposta de modelo

Como já foi salientado acima, a teoria desenvolvida por Virgílio Afonso da Silva, na versão publicada em livro de sua tese de livre docência (“A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações privadas”) não adota quaisquer das teorias acima apontadas. No entanto, não as rechaça completamente, mas, sim, as complementa, na medida que propõe uma solução diferenciada, com maior flexibilidade, para envolver as distintas configurações do problema, cujo ponto de partida será o modelo em três níveis, proposto por Alexy que, no entanto, não será aceito tal como proposto pelo autor²²¹.

Acredito, por consequência, ser este o modelo ideal, atendendo de forma mais satisfatória, inclusive, à ideia do presente trabalho acerca da liberdade artística aplicada à disposição sobre o corpo humano.

²²⁰ STEINMETZ, Wilson. A vinculação dos particulares a direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 214-225.

²²¹ SILVA, Virgílio Afonso da. A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 132 e ss.

Em primeiro lugar, o autor cita a forte dose que bebe do “empréstimo constitucional” para desenvolver sua tese, motivo pelo qual há de se proceder a uma rigorosa adaptação (compreendendo fundamentos, razões de ser e objetivos da teoria de Alexy) para que referida tese seja aplicada no contexto jurídico brasileiro. Para tanto, há de se rechaçar a ideia de que os direitos fundamentais constituem uma ordem objetiva de valores, já que tanto os adeptos da primeira teoria como os da segunda, para fundamentar suas teses, tiveram que recorrer “a uma nova concepção desses direitos que, ao mesmo tempo, extrapolasse a concepção liberal-negativa adotada pela Constituição alemã e além disso, rompesse com a tese de que somente os poderes públicos estariam vinculados a esses direitos”²²².

Ante este panorama, Virgílio sustenta que a teoria adotada pela Constituição Federal de 1988 não previu formalmente, como fez a alemã, um modelo liberal de direitos fundamentais, mas, ao revés, incorporou “uma série de outros direitos fundamentais (sociais, econômicos, dos trabalhadores, etc.), cuja razão de ser se encontra muito mais nas relações entre particulares do que na relação Estado-indivíduo”^{223 224}. Não só, diferentemente do diploma constitucional alemão – e conforme levantado anteriormente – a Constituição brasileira não limita em nenhum momento a vinculação dos direitos fundamentais tão somente a poderes estatais, o que transforma perfeitamente possível, no caso brasileiro, não só a aplicação indireta como a aplicação direta destes direitos aos particulares²²⁵.

O autor ainda argumenta que tanto a teoria direta como a teoria indireta da vinculação dos direitos fundamentais a particulares não são tão incompatíveis como a maioria da doutrina e jurisprudência parecem crer²²⁶, motivo pelo qual a

²²² Idem, p. 136.

²²³ Ibidem, p. 139.

²²⁴ Nesse ponto, interessa também destacar a contribuição de Daniel Sarmiento, de que no Brasil, o modelo de efeitos indiretos é minoritário entre os autores que estudam a temática, em razão de “características singulares da nossa ordem constitucional, muito mais voltada ao combate à injustiça nas relações privadas do que a Lei Fundamental Alemã”. SARMENTO, Daniel. A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais, 2011. p. 141 A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais: o debate teórico e a jurisprudência do STF. In: SARLET, Ingo Wolfgang; SARMENTO, Daniel (Org.). Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 131-165.

²²⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 140-141.

²²⁶ Nesse sentido: ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 523 e ss; BYDLINSKI, Franz. Bemerkungen über Grundrechte und Privatrecht”, p. 440, *apud* SILVA, Virgílio Afonso da. A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 143.

construção de um modelo adequado passa justamente pela conciliação de “elementos dos vários modelos para tentar reconstruir um fenômeno que não se pode compreender por modelos unilaterais”²²⁷.

Nesse sentido, Virgílio adota como ponto de partida – e tão somente como ponto de partida – o modelo em três níveis de Alexy, com a devida limitação para o fato de que sua teoria é uma *teoria dos direitos fundamentais da Constituição alemã*, diferenciando-a das teorias de outros Estados. Segundo Alexy, os modelos de explicação e fundamentação dos efeitos dos direitos fundamentais nas relações entre particulares têm como grande problema a sua pretensão à completude, logrando prover uma explicação completa e satisfatória ao fenômeno, fazendo com que a correta resposta esteja em granjear elementos de todos os modelos²²⁸.

Para tanto, referido modelo de três níveis englobaria: (i) o dever estatal, em que o modelo de efeitos indiretos se revelaria; (ii) o dos direitos em face do Estado, em que são resolvidos os casos em que um particular viola um direito fundamental de outro particular (no sentido de o Estado atuar de modo a vedar a ação do particular violador, sob pena de violar o direito a proteção possuído pelos particulares); e (iii) o das relações jurídicas entre os particulares, em que deve imperar a aplicação direta dos direitos fundamentais. Neste ponto em particular, ao discordar de Alexy, Virgílio Afonso da Silva sustenta que a opção por um dos níveis do modelo em três níveis não é sempre:

“(...) um mero problema de conveniência e oportunidade na argumentação jurídica (...) a escolha por efeitos indiretos ou por uma aplicação direta não depende exclusivamente de estratégias argumentativas, mas da existência ou não de mediação legislativa entre os direitos fundamentais e a relação entre particulares”²²⁹.

Não se deve basear os efeitos dos direitos fundamentais nas relações entre particulares na premissa da ordem objetiva de valores, mas sim na ideia de otimização – já que este próprio conceito está atrelado à produção de efeitos

²²⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 143.

²²⁸ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 533 e ss.

²²⁹ SILVA, Virgílio Afonso da. A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 145.

condicionado às condições fáticas e jurídicas existentes²³⁰ – até para não se cair na transformação dos direitos fundamentais como institutos de dominação do direito privado.

Isso se justifica na medida em que o autor considera os direitos fundamentais como princípios e, como tais, representam “normas que exigem que algo seja realizado *na maior medida possível* diante das possibilidades fáticas e jurídicas existentes”²³¹, o que legitima a irradiação de efeitos dos direitos fundamentais por todo o ordenamento jurídico, direta e indiretamente. Portanto, para ele, é possível concluir pelo *dever de proteção* dos direitos fundamentais contra eventuais violações de terceiros, uma vez que:

“(...) a liberdade de expressão, o direito de associação, a privacidade, a liberdade de informação, a liberdade religiosa, entre outros, são realizáveis em maior medida se não forem considerados apenas direitos contra violações por parte do Estado, mas também contra violações por parte de terceiros”²³².

Nada obstante, há de se preservar a autonomia privada pela ideia de mandamento de otimização, tendo como importante aliada a mediação legislativa para que se constate a opção pelos efeitos indiretos dos direitos fundamentais.

Opto pela expressão “importante aliada” pois, como ensina Virgílio Afonso da Silva, essa é somente “uma face da questão”, uma vez que os efeitos dos direitos fundamentais nas relações privadas “são contínuos e não se esgotam com a pré-decisão do legislador ao elaborar regras de direito infraconstitucional”. Há de se salientar que os efeitos indiretos “são sentidos também via interpretação do direito privado”²³³.

Esse ponto auxilia a ideia deste trabalho, na medida que não exaure o critério da existência de uma mediação legislativa como fator decisivo de um efeito indireto e, portanto, restritivo, dos direitos fundamentais, em detrimento da norma infraconstitucional. Se fosse o caso, estar-se-ia refém de normas ruins, incompletas ou insuficientes, como o caso do art. 13 do Código Civil.

²³⁰ Idem, p. 146.

²³¹ Ibidem, p. 146.

²³² Idem, p. 147.

²³³ Ibidem, p. 147-148.

Já a aplicação direta dos direitos fundamentais nas relações entre particulares deve ser utilizada nas situações em que “não há mediação legislativa ou que a atividade legislativa se tenha mostrado insuficiente”²³⁴.

Nestes casos, o autor alerta para o perigo do intenso e frequente choque entre os direitos fundamentais e a autonomia privada²³⁵.

Com efeito, sendo a autonomia privada um princípio formal e, portanto, norma de validade, fornecendo liberdade de ação ao indivíduo, este é o princípio que valida um ato de vontade de particulares, “ainda que restrinja direitos fundamentais de uma ou ambas as partes, seja aceito e considerado como válido”²³⁶, e a questão está em resolver o problema do conflito entre princípios formais e princípios materiais ou substanciais (como os direitos fundamentais).

Segundo o autor, uma boa solução parece a conceituação dos direitos fundamentais como razões para não-competência, ou seja, uma forma de bloquear competências legislativas, podendo ser exemplificadora deste conceito a ideia de Hesse, a partir da qual, a constituição alemã, ao garantir o direito fundamental à liberdade de imprensa, retirou do legislador a competência para eliminar esse direito ou para reduzi-lo a um mínimo que o desfiguraria²³⁷.

Por consequência, os direitos fundamentais tendem a funcionar também como “normas negativas de competência no âmbito interindividual, já que, ao proteger posições jurídicas dos indivíduos, inserem-nos em uma posição de não-sujeição”²³⁸.

Por outro lado, parece adequada a conceituação de princípios formais como razões para competências²³⁹, enquanto liberdade de ação, que, enquanto princípio, mesmo que formal, deve ser realizada na maior medida possível diante das condições fáticas e jurídicas do caso concreto, ganha relevada importância em

²³⁴ STEINMETZ, Wilson. A vinculação dos particulares a direitos fundamentais, p. 268 e ss.

²³⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 148.

²³⁶ Idem, p. 149.

²³⁷ HESSE, Konrad. Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, n. 291, p. 124-125, *apud* SILVA, Virgílio Afonso da. A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 151.

²³⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 151-152.

²³⁹ Idem, p. 150-151.

especial em uma ordem constitucionalizada, em que a autonomia privada tende a “definhar se não houver alguma força contrária aos direitos fundamentais que, se levados isoladamente em consideração, tenderão a anular toda e qualquer competência que a autonomia privada poderia garantir”²⁴⁰.

Contudo, diante da aparente necessidade de se conduzir ao método do sopesamento ao se identificar um choque entre direitos fundamentais e autonomia privada, Virgílio Afonso da Silva aponta para a inadequação do mesmo. O raciocínio a ser considerado, em verdade, não passa por um sopesamento, quando, no âmbito dos particulares, a autonomia privada colide com os direitos fundamentais.

Como estabelece o autor, o se deve fazer, “é definir situações em que a autonomia privada deve ser mais respeitada e situações em que esse respeito poderá ser mais facilmente mitigado”²⁴¹.

Para tanto, alguns critérios possíveis são postos em análise.

Os similares critérios utilizados pelas obras de Daniel Sarmento e Juan María Bilbao Ubillos, por exemplo, são suscitados – do grau de desigualdade (ou “assimetria”, como assinala Juan María Bilbao Ubillos²⁴²) entre as partes, para se aferir o grau de restrição ao direito fundamental envolvido: quanto maior a desigualdade fática, tanto menor será a proteção que deverá ser dada à autonomia privada²⁴³.

Apesar das especificidades de cada teoria, bem como das pontuais críticas a cada uma delas, o que importa para o presente estudo é a visão de Bilbao Ubillos de que “sempre que houver, de fato, fatores que impeçam que uma das partes tome decisões no pleno exercício de sua autonomia privada, a essa autonomia deverá ser conferido um peso menor do que seria se a autonomia fosse plena”²⁴⁴.

Outro critério levantado pelo autor é o da autonomia real e da autonomia aparente – que não se relaciona com eventual sopesamento entre autonomia de

²⁴⁰ Ibidem, p. 153.

²⁴¹ Idem, p. 155.

²⁴² UBILLOS, Juan María Bilbao. La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares, p. 368-369.

²⁴³ SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas, ob. cit., p. 303.

²⁴⁴ UBILLOS, Juan María Bilbao. La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares, p. 368-369.

vontade e o direito fundamental atingido – mas somente à própria autonomia. Enquanto princípio formal, a autonomia “sustentará competências para decidir livremente os termos de uma relação entre particulares, esse princípio formal será tão mais sólido quanto mais real for a autonomia privada”²⁴⁵. Ou, como o autor cita em outro trabalho, a “sinceridade”²⁴⁶ no exercício da autonomia privada.

Nada obstante, o autor lembra da precedência “*prima facie*” e a intensidade da restrição a direitos, lembrando o paralelo entre a autonomia privada e a competência decisória do legislador. Não havendo desequilíbrio na relação entre particulares ou de um eventual falseamento da real autonomia privada, deve-se partir de uma precedência *prima facie* da autonomia privada em detrimento a eventuais direitos fundamentais envolvidos. Ou seja, os argumentos contra a autonomia privada são maiores de acordo com a intensidade da limitação ao direito fundamental envolvido²⁴⁷.

Chegando quase ao fim dos critérios possíveis, o autor suscita a questão da autonomia privada e a regra da proporcionalidade. Considerando a abrangência da regra da proporcionalidade não somente o sopesamento – aqui já discutido –, mas também os testes de adequação e necessidade. Abreviando a discussão, neste ponto, a questão da necessidade é essencialmente problemática, uma vez que, ao exigir que os particulares adotem como critério, nos casos de restrições a direitos fundamentais, a necessidade, retira-se a autonomia de decidir sobre os seus contratos²⁴⁸. Segundo penso, isso se agrava na sociedade moderna, dada a incapacidade do direito de acompanhar a ciência e a tecnologia.

Nesse sentido, chega-se a um ponto nevrálgico do tópico da vinculação dos direitos fundamentais aos particulares para os efeitos pretendidos deste trabalho: a influência daqueles nas relações entre particulares não-contratuais, o que ocorre especialmente, segundo o autor, nas relações entre liberdade de expressão e direito à honra. No entanto, ocorre que, diferentemente do que a jurisprudência e a doutrina

²⁴⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 158.

²⁴⁶ SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais e relações entre particulares. Revista Direito GV, v. 1, n. 1, Maio/2005, p. 176.

²⁴⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 160. Neste ponto, ele também lembra a obra de Wilson Steinmetz, aqui já citada.

²⁴⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 163.

vêm aplicando, nem toda colisão entre direitos fundamentais implica necessariamente o único critério de sopesamento dos direitos envolvidos. Há outros critérios em questão, como a mediação legislativa, por exemplo²⁴⁹.

Vejamos o caso trabalhado por Virgílio Afonso da Silva – o caso Ellwanger – em que o sujeito que dá nome ao caso foi condenado, com base no art. 20 da Lei 7.716/1989, com a redação dada pela Lei 8.081/1990, por escrever, editar e distribuir livros de conteúdo antissemita. A despeito dos Ministros julgadores terem procedido ao sopesamento entre princípios²⁵⁰ para resolução do caso, olvidou-se o critério da mediação legislativa *suficiente*.

Opto pelo adjetivo *suficiente* pois o critério da mediação legislativa – e aqui novamente concordo com Virgílio Afonso da Silva²⁵¹ – pode ser mitigado não somente, por óbvio, nos casos em que ela não exista, mas também nos casos que ela seja *insuficiente*. Este é o caso, segundo estabelecimento, do art. 13 do CC.

Voltando ao caso Ellwanger, segundo Virgílio Afonso da Silva, o legislador já havia procedido ao seu sopesamento, ao considerar o crime de racismo, crime inafiançável, afastando a liberdade de expressão nestes casos. Como salientado anteriormente, trata-se de caso em que não se deve aplicar os direitos fundamentais diretamente, dada a existência da mediação legislativa²⁵² *suficiente*.

Ou, como bem estabelece Luigi Ferri, a autonomia privada não é um poder originário e soberano, mas um poder conferido aos indivíduos por uma norma superior, que regula sua atuação, estabelecendo cargas e limitações. A lei funciona, portanto, como fonte e critério de validade da norma negocial, podendo ampliar ou restringir o campo da autonomia privada²⁵³.

Como salientei, a teoria adotada pela Constituição Federal de 1988 – o modelo brasileiro – não se aproxima do modelo alemão (modelo liberal dos direitos fundamentais), não se limitando a sua vinculação à poderes estatais.

²⁴⁹ Idem, p. 166-167.

²⁵⁰ Princípio da liberdade de expressão e de imprensa, de um lado; e princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à honra, em alguns casos.

²⁵¹ SILVA, Virgílio Afonso da. A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 168.

²⁵² Idem, p. 168.

²⁵³ FERRI, Luigi. La autonomia privada. Granada: Comares, 2001, p. 51.

No entanto, os efeitos dos direitos fundamentais não relações entre particulares não deve se basear na premissa da ordem objetiva de valores, mas sim na ideia de otimização, sendo normas que exigem que algo seja realizado na maior medida possível.

Assim deve-se levar em consideração o dever de proteção dos direitos fundamentais contra eventuais violações de terceiros, contando com a mediação legislativa como importante aliada, sendo tão somente, contudo, uma face da questão. Como veremos adiante, o art. 13 mostra-se absolutamente insuficiente na regulação do direito ao próprio corpo, de modo que a aplicação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares no que tange à regulação acerca da disposição corporal deve ser direta.

Com efeito, a alegação da conceituação dos direitos fundamentais como razões para não-competência – como uma forma de bloquear competências legislativas, ou como normas negativas de competência no âmbito interindividual – potencializa esse argumento.

O mesmo faz a ideia de que o método do sopesamento, em casos de choque entre direitos fundamentais e autonomia privada, mostra-se inadequado, uma vez que o que se deve considerar são as situações em que a autonomia privada deve ser mais respeitada ou mitigada, levando em consideração critérios como a existência de fatores que impeçam que uma das partes tome decisões no pleno exercício de sua autonomia privada; a autonomia real e aparente; bem como a precedência *prima facie* da autonomia privada em detrimento de eventuais direitos fundamentais envolvidos, quando houver equilíbrio na relação entre particulares ou de um eventual falseamento da real autonomia privada.

Nesse ponto em específico, interessa notar a reflexão de Nelson Nery Jr. contida no parecer escrito em favor da recusa de um paciente adulto Testemunha de Jeová à transfusão de sangue.

Ao abordar o tópico da aparente colisão entre o bem fundamental da vida e a liberdade religiosa, Nelson Nery Júnior indica estar-se diante de um falso problema. Nos dizeres dele, utilizando a doutrina de Robert Alexy:

“Ocorre, entretanto, que essa propalada colisão é um falso problema, na exata medida em que a colisão de direitos fundamentais em sentido estrito [consoante evidenciado na citação acima transcrita do maior expoente da teoria da colisão dos direitos fundamentais, Robert Alexy] somente ocorre quando a realização de um direito fundamental, no caso a liberdade religiosa, causar dano ou repercussão negativa no direito fundamental *de outrem*.

Ora, quando um praticante da religião Testemunha de Jeová manifesta recusa a se submeter a tratamentos sanguíneos que envolvam transfusão de sangue está ele exercendo seu direito público subjetivo de liberdade de religião, porquanto está se negando a realizar uma prática atentatória a sua liberdade religiosa e a sua dignidade. Nesse passo, quando esse cidadão exerce esta recusa ele invoca seus direitos fundamentais, *ocorre que esta conduta em nenhuma hipótese atenta contra direito fundamental de outrem*. Afinal, qual direito fundamental de outrem essa recusa pelo Testemunha de Jeová violaria? Ou seja, quando o praticante dessa religião exerce seu consentimento informado e se recusa a realizar qualquer procedimento cirúrgico que envolva transfusão de sangue, em hipótese alguma está atentando ou pondo em risco direito fundamental de outrem.

Situação muito distinta seria a recusa de determinado cidadão a se sujeitar a tratamento médico para curar enfermidade que, se não tratada, poderia acarretar epidemia. Nessa hipótese é possível visualizar que a conduta desse cidadão acarreta danos a terceiros, em virtude da qual, é possível uma intervenção judicial na esfera de atuação desse particular”²⁵⁴.

Por óbvio, essa questão das Testemunhas de Jeová engloba uma série de outros fatores, como o consentimento informado, a aceitação de tratamentos alternativos, entre outros.

Para os efeitos deste trabalho, contudo, interessa suscitar a acertada reflexão de Nelson Nery Júnior sobre o *falso problema* no que tange à teoria de Alexy, quando se trata de colisão de direitos fundamentais que não dizem respeito

²⁵⁴ JUNIOR, Nelson Nery. Direito de liberdade e a recusa de tratamento por motivo religioso. Revista dos Tribunais: Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional, vol. 8/2015, Ag./2015, p. 903-963.

aterceiros de forma direta, como é o caso da disposição corporal aplicada à liberdade artística.

7. A PROBLEMÁTICA REDAÇÃO DO ART. 13 DO CÓDIGO CIVIL: IDENTIDADE, DISPOSIÇÃO DO CORPO HUMANO E O DESCOMPASSO DO ORDENAMENTO INFRACONSTITUCIONAL

O século XXI inaugurou um número extenso de novas possibilidades de situações jurídicas existenciais e disposições sobre o corpo humano.

Levanta-se, acertadamente, inclusive, a expressão do “direito sobre o próprio corpo”, como decorrência natural do fenômeno acima descrito, que alça o corpo ao atendimento da realização da própria pessoa.

Não só, as descobertas científicas, tecnológicas e as novas possibilidades de mapeamento do corpo e de seu funcionamento permitem intervenções mais inusitadas, o que leva a crer que o desenvolvimento do conhecimento biomédico parece não sofrer limites técnicos²⁵⁵.

A elasticidade (*elasticità*) da tutela dos direitos da personalidade, como ensina Perlingieri²⁵⁶, deságua na impossibilidade de se tutelá-los através de hipóteses legais predeterminadas.

O tratamento jurídico rígido e avesso à mobilidade não é capaz de assegurar a necessária tutela aos direitos da personalidade, mostrando-se absolutamente necessária a “superação de uma dogmática estrita da regulação do Código Civil de 2002, a qual é evidentemente insatisfatória para abarcar as novas e múltiplas situações fáticas que diariamente se apresentam”²⁵⁷.

Com efeito, a identidade enquanto aspecto da personalidade – o que singulariza o indivíduo – é construída e reconstruída continuamente. O corpo é elemento impactante da dicção da identidade do ser humano. É ele que:

²⁵⁵ MENEZES, Joyceane Bezerra; GONÇALVES, Camila Figueiredo Oliveira. A construção da identidade e os atos de disposição do próprio corpo. In: JUNIOR, Otávio Luiz Rodrigues; ROBERTO, Giordano Bruno Soares; e PINTO, Nelson Luiz (Org.). 1ª ed. Florianópolis – SC: FUNJAB, 2012, p. 46.

²⁵⁶ PERLINGIERI, Pietro. La personalità umana nell'ordenamento giurídico. Lovene, p. 185-187.

²⁵⁷ CANTALI, Fernanda Borghetti. Direitos da personalidade: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 173.

“a um só tempo, igualiza e diferencia cada homem. Igualiza na medida em que materializa a existência humana, justifica o sentimento de pertença à espécie, permite sensações comuns e possibilita uma linguagem comunicativa. Diferencia pelo fato de que, mesmo diante das similitudes corporais, cada um é único em sua compleição, na percepção das sensações e na forma de comunicação corporal. Todos têm um corpo, que os aproxima e diferencia, mas cada um é único e singular no modo de existir”²⁵⁸.

Sendo assim, a análise do tema ora proposto não pode se limitar aos conceitos propostos pelo Código Civil.

O homem concreto – sobretudo a expressão do seu próprio eu – transborda o modelo construído pela dogmática civil clássica. O processo de construção da identidade, em especial quando versar sobre a disposição do próprio corpo, deve ser analisado pela perspectiva principiológica constitucional, em especial “pela articulação da tríade dignidade da pessoa humana, igualdade e liberdade que darão sustentação ao direito à autodeterminação do sujeito em construir-se e reconstruir-se”²⁵⁹.

Vejamos alguns exemplos – alguns mais cotidianos, outros menos – mas que, de uma forma ou de outra, se transformaram em uma realidade na sociedade contemporânea.

Já há algum tempo temos a tecnologia que possibilita a inserção de microchip em seres humanos, que podem ser utilizados para fins diversos. Pensemos no caso do *Baja Beach Club*, em Barcelona, Espanha, que oferece aos clientes a possibilidade de terem inserido sob a pele um microchip emissor de ondas de radiofrequência, que, além de assegurar livre acesso à área VIP da boate, opera como um cartão de consumo: o chip responde a um sinal quando o scanner é passado próximo a ele e transmite o número de identificação.

Outro exemplo corriqueiro na modernidade diz respeito aos *reality shows*, como adiantado anteriormente, e o direito à privacidade. Apesar de a

²⁵⁸ MENEZES, Joyceane Bezerra; GONÇALVES, Camila Figueiredo Oliveira. A construção da identidade e os atos de disposição do próprio corpo. In: JUNIOR, Otávio Luiz Rodrigues; ROBERTO, Giordano Bruno Soares; e PINTO, Nelson Luiz (Org.). 1ª ed. Florianópolis – SC: FUNJAB, 2012, p. 37-41.

²⁵⁹ Idem, p. 38.

Constituição e o Código Civil determinarem que a vida privada e a intimidade são invioláveis, temos *reality shows* como o “*Big Brother Brasil*”, “*A Fazenda*”, e tantos outros, cujo intuito é o de revelar o dia a dia de um grupo de pessoas confinados em determinado lugar, tendo sua privacidade completamente violada, segundo as palavras dos diplomas normativos acima elencados. A concepção tradicional da privacidade, idealizada nos Estados Unidos da América, “*the right to privacy*” e “*the right to be let alone*”²⁶⁰, enquanto direito negativo, foi impulsionado pela influência da doutrina europeia, passando a ser encarada de forma mais ampla, passando de um direito negativo para também um direito positivo.

É possível também suscitar as inúmeras intervenções físicas permanentes que são amplamente realizadas, como a depilação definitiva, os silicones, a circuncisão por motivos religiosos ou estéticos e as cirurgias de transgenitalização.

Outro exemplo interessante é o dos chamados *amputees-by-choice*: pessoas que se amputam por vontade própria. No fim da década de 1990, o cirurgião Robert Smith amputou as pernas de dois pacientes fisicamente saudáveis, em um hospital da Escócia, suscitando o furor da imprensa britânica. O cirurgião alegou atender à “exigência médica” de encerrar o sofrimento daqueles pacientes que, segundo relatou, desejavam tão desesperadamente se livrar de seus membros que seriam capazes de promover automutilação “em uma linha de trem” ou “utilizando armas de fogo”, com sério risco de vida para si e para terceiros²⁶¹.

Todos os exemplos acima levantados refletem os contornos obtidos pela modernidade no que tange à disposição sobre o próprio corpo e à identidade.

No campo da “inviolabilidade”, levantado acima, fundamental ressaltar a contribuição de Roberto Dias. A menção da Constituição Federal à inviolabilidade da vida, por exemplo,

“não indica que a vida é um dever para consigo mesmo e para com os outros, tampouco pode ser entendida como um direito absoluto, indisponível e irrenunciável. Nos termos da Constituição, a ‘inviolabilidade’ de tal direito significa que ele não tem conteúdo econômico-patrimonial e, mais do que isso, ninguém pode ser privado

²⁶⁰ Como desenvolvido por Samuel Warren, em 1890, publicado na revista da faculdade de Harvard.

²⁶¹ SCHREIBER, Anderson. Direitos da personalidade. São Paulo: Atlas, 2011, p. 44-45.

dele arbitrariamente. Nesse sentido é que ele deve ser entendido como indisponível: ninguém pode dispor da vida de outrem²⁶².

No mesmo sentido é que a liberdade de expressão artística e a disposição corporal devem ser entendidas: sem que haja confusão entre os conceitos de inviolabilidade e disponibilidade de direitos fundamentais, para que não se incorra na transformação de um direito em um dever²⁶³, imposto pelo Estado.

É dizer: a previsão constitucional acerca da inviolabilidade não deve ser compreendida como uma indisponibilidade, afastando o poder de escolha das pessoas sobre a vida, morte, saúde, personalidade, crença, honra, e tantos outros campos de sua individualidade.

A renúncia é também uma forma de exercício do direito fundamental, uma expressão do direito de autodeterminação e livre desenvolvimento da personalidade individual²⁶⁴.

A vida, talvez o valor mais simbólico quando o assunto é restrição à direitos fundamentais, como nos ensina Roberto Dias:

“deve ser entendida como um direito disponível para o próprio titular e, além de renunciável, tal direito deve ser compreendido como um princípio constitucional e, portanto, passível de ponderação, controlada pela regra da proporcionalidade, levando em conta a dignidade e a liberdade do indivíduo²⁶⁵.”

Tendo a Constituição Federal previsto a inviolabilidade do direito à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (art. 5º, *caput*), assim como do direito à liberdade de consciência e de crença (art. 5º, inciso VI); da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas (art. 5º, inciso X); da casa do indivíduo

²⁶² DIAS, Roberto. O direito fundamental à morte digna: uma visão constitucional da eutanásia. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p.122-123.

²⁶³ Alguns autores exploram muito bem esse tema, anteriormente citado, como: DIAS, Roberto. O direito fundamental à morte digna: uma visão constitucional da eutanásia. Belo Horizonte: Fórum, 2012; DIAS, Roberto; CAPPELLO, Thamires Pandolfi. Renúncia a direitos fundamentais na submissão de seres humanos a estudos clínicos. In: Revista de Bioética y Derecho. Barcelona: Universitat de Barcelona, 2016; NOVAIS, Jorge Reis. Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria, cap. 4. Renúncia a direitos fundamentais; e SEGRE, Marco; GUZ, Gabriela. Bioética e direito na terminalidade da vida. Bioética, Brasília, v. 13, n. 2, 2005.

²⁶⁴ NOVAIS, Jorge Reis. Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra, 2006, p. 235.

²⁶⁵ DIAS, Roberto. O direito fundamental à morte digna: uma visão constitucional da eutanásia. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p 126.

(art. 5º, inciso XI); do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas; do advogado, no exercício da profissão, por seus atos e manifestações (art. 133), não guarda lógica afirmar que tal expressão pretende designar direitos fundamentais como “indisponíveis”, “absolutos”, “irrenunciáveis” e que não admitam ponderação²⁶⁶.

7.1. Body Art e Body Modification

A expressão *body art* pode ser classificada como o método de decorar e ornamentar o corpo, através de tatuagens, *piercings* etc.

O termo parece bastante direto e é comumente compreendido e aceito como um substantivo que descreve uma variedade de interações tecnológicas com a superfície do corpo²⁶⁷.

Durante boa parte do século XX, de acordo com Nicholas Thomas²⁶⁸, a *body art* foi um tema explorado pelos antropólogos interessados em tradições tribais. A partir do ano de 1960 é que o estudo deste tema começou a desenvolver novos contornos²⁶⁹, e somente na década de 80 que o fenômeno das tatuagens foi analisado pelos acadêmicos. A década de 90 foi o ponto de inflexão para esse panorama: pela primeira vez no mundo ocidental, as tatuagens e os *piercings*, além de outros tipos de *body art* e *body modification*, deixaram de ser taxados como próprios da subcultura e de minorias marginalizadas, tornando-se um fenômeno *mainstream*.

Ainda segundo o autor, tal fenômeno teve auxílio tanto do campo das humanidades como da medicina.

Em primeiro lugar, o campo das humanidades teve fundamental importância ao questionar radicalmente, por meio dos filósofos, antropólogos e feministas, sobre

²⁶⁶ Idem, p. 127.

²⁶⁷ LODDER, Matthew C. *Body art: body modification as artistic practice*. Tese submetida para a obtenção do título de doutor em filosofia pela Universidade de Reading, Inglaterra, 2010, p. 4

²⁶⁸ Diretor do Museu de Arqueologia e Antropologia da Universidade de Cambridge, em obra muito interessante sobre o tema da bodyart: THOMAS, Nicholas. *Body art*. London: Thames & Hudson Ltd, 2014, p. 29.

²⁶⁹ Ainda fortemente influenciado pelos estudos de Cesare Lombroso, que considerava a tatuagem como um sintoma de uma personalidade degenerada, a tatuagem era ligada à marinheiros e prostitutas.

o que era natural²⁷⁰, refletindo sobre outras formas de conceber o corpo humano. Importante papel também foi dado aos historiadores, que constataram que o corpo era algo que cada momento histórico concebia e que, portanto, incorporava diferentes valores.

A medicina também teve sua importância, por ter enfraquecido a ideia de que o corpo é auto sustentável e uma entidade dotada de completude, a partir de estudos sobre a doação de órgãos, o desenvolvimento de próteses e diversos implantes médicos, assim como técnicas de cirurgia cosmética, etc.

Diante desse panorama, a classe artística percebeu a ideia de mutabilidade do corpo humano, explorando as possibilidades estéticas e logrando à certas modificações corporais, deixando de lado a concepção primordial do corpo como uma herança natural e introduzindo a ideia do corpo como uma entidade passível de cuidado, configuração, modificação e recriação e de exercício de liberdade, de modo a criar a identidade do indivíduo.

Cabe suscitar um interessante excerto da obra supracitada:

“Se você entrar em um ônibus em Londres, São Francisco, Sidnei ou qualquer outra cidade no mundo, e o tempo estiver quente o suficiente para usar roupas de verão, você encontrará uma antologia de body art. Você pode carregar alguma você mesmo. Será, de forma mais impressionante, uma galeria que não é particular de um lugar e um tempo. Você verá tatuagens maori nos ombros dos homens de macacão. Ou, mais precisamente, versões dessas tatuagens, historicamente inscritas nos rostos e nas nádegas dos guerreiros, e no queixo das mulheres, agora adaptadas para o ombro e criadas com uma agulha elétrica, em vez de com a agulha ou formão de osso tradicional. Você verá uma variedade de piercings através de orelhas e sobrancelhas. (...) Outra garota, com traje de punk e uma camiseta anticapitalista, carrega uma tatuagem colorida de uma mulher ao estilo de um pin-up dos anos 50. Isto, presumimos, é sabidamente uma politicamente motivada e irônica apropriação. Mas este ônibus cheio de pessoas é um ônibus cheio de empréstimos das artes do

²⁷⁰ Podendo dar destaque à tese de Michel Foucault sobre o corpo ser sujeito de gestão política e econômica, e portador de necessidades e desejos da sociedade. FOUCAULT, Michel. História da sexualidade: a vontade de saber. 20ª ed. São Paulo: Edições Graal, 2010; História da sexualidade: o uso dos prazeres. 13ª ed. São Paulo: Edições Graal, 2009; História da sexualidade: o cuidado de si. 9ª ed. São Paulo: Edições Graal, 2007.

mundo, de uma série de subculturas ocidentais, de histórias de todos os tipos”²⁷¹.

O trecho acima serve para fornecer um panorama de como a *body art* está difundido e incorporado pela sociedade contemporânea.

Nicholas Thomas defende que a *body art* significa uma modificação corporal permanente ou temporária, para fins de expressão ou outros motivos, podendo englobar não só a tatuagem, o ato de pintar e decorar o corpo, mas também inclui a adoção de dietas, o banho de sol, os cortes de cabelo, fazer as unhas e a barba, todos estes que procuram adequar o corpo à conformidade de um ideal²⁷².

No entanto, não me ocuparei desta discussão, uma vez que o presente trabalho discute a liberdade artística e a disposição do corpo humano. Portanto, o que nos interessa neste ensaio são as intervenções de cunho artístico no corpo humano, tão somente.

De todo modo, a *body art* procura, além de criar aparências, produzir efeitos. Procura-se impressionar, buscar atração, força, segurança, equilíbrio ou até mesmo intimidação. Ao fazê-lo, utiliza-se de tecnologias em que o corpo é a forma viva que empresta vitalidade e efeito a qualquer tipo de decoração e aprimoramentos. Nesse sentido, o corpo é diferente de qualquer outro meio. Não é apenas uma superfície que pode ser pintada ou inscrita, ou uma forma que pode ser complementada, com tinta, argila, cor, roupa, ou perfurada ou subtraída. É também a substância da vida humana, o recipiente da existência pessoal e coletiva, o portador da vitalidade, da identidade social particular e da personalidade²⁷³.

²⁷¹ THOMAS, Nicholas. *Body art*. London: Thames& Hudson Ltd, 2014, p. 11 e ss. Tradução livre. Texto Original: “If you get a bus in London, San Francisco, Sydney or almost any other city in the world, and the weather is warm enough for summer clothes, you will encounter an anthology of body art. You may well bear some of it yourself. It will, most arrestingly, be a gallery that is not particular to a place and a time. You will see Maori tattoos on the shoulders of men in singlets. Or, more precisely, versions of those tattoos, historically inscribed on the faces and buttocks of warriors, and on the chins of women, now adapted for the shoulder, and created with an electric needle, rather than with the traditional bone needle or chisel. You will see a variety of piercings through ears and eyebrows. (...) Another girl, in punk attire and an anti-capitalist T-shirt, carries a coloured tattoo of a woman in the style of a 1950s pin-up. This, we presume, is a knowing, politically motivated, ironic appropriation. But this bus full of people is a bus full of borrowings from world arts, from a host of Western subcultures, from histories of all sorts”.

²⁷² Idem, p. 11 e ss.

²⁷³ Ibidem, p. 14.

Dentro da modalidade da *body art*, é possível citar a *body modification*, que representa qualquer modificação realizada no corpo, podendo ser irreversível ou não, mas que de toda forma não é realizada por razões médicas.

Há tantas outras modalidades de intervenção corporal que causam perplexidades. São intervenções corporais que nem sempre seguem o padrão do belo, definido pela cultura ocidental. Por meio da prática de tatuagem, *piercing*, *burning*, *branding*, *pocket*, *body suspension*, *tongsplit*, *surface*, *cutting* ou *scarification*, implantes subcutâneos, etc, há pessoas que alteram suas compleições físicas com o fim de afirmar uma identidade.

É possível destacar o caso emblemático de Erik Sprague, ex-candidato ao doutorado na Universidade de Albany, que se submeteu a diversas cirurgias com a intenção de assemelhar-se a um lagarto. Seu projeto consiste em transformar seu corpo em uma obra de arte que explore o que significa ser humano de um ponto de vista linguístico²⁷⁴.

Tantos outros exemplos podem ser suscitados: o grupo vianense de artistas *Wiener Aktionsgruppe*, com especial destaque para *Rudolf Schwarzkogler*, precursor do diálogo entre o corpo e a arte; a suspensão por *piercing* (*body suspension* – a importância é tanta que são facilmente localizados na internet blogs especializados, bem como depoimentos de como essa modalidade “mudou a vida daqueles que o praticam”²⁷⁵); o homem-trigre (que realizou um enorme número de tatuagens, *piercing* e intervenções estéticas para se assemelhar a um tigre); a mulher-vampiro (mexicana, ex-advogada que optou por realizar uma série de procedimentos para se assemelhar a um vampiro); o homem venezuelano que fez o mesmo para parecer o vilão das histórias em quadrinhos americanas do Capitão América, o “Caveira Vermelha” (“*Red Skull*”); pessoas que operam suas orelhas para se assemelharem a elfos; a tatuagem na córnea dos olhos; um artista australiano e professor da Universidade de Curtin, que implantou uma orelha no seu braço; o grupo *Brutal Black*, coletivo de tatuagem que prioriza a dor no processo, em detrimento da

²⁷⁴ Anderson Schreiber analisa muito bem a questão e outras correlatas em: SCHREIBER, Anderson. Direitos da personalidade. São Paulo: Atlas, 2011, p. 35 e ss.

²⁷⁵ Disponível em: <http://soesha.nl/my-first-body-suspension/>; e <https://www.facebook.com/groups/body Suspension/about/>. Acesso em 07/01/2018.

estética²⁷⁶; ou mesmo até tradições culturais, como a tribo indígena natural da Papua Nova Guiné que procede à escarificação em jovens das tribos para que sua pele se assemelhe a de um crocodilo (todo o trabalho é realizado por estilhas de bambu), ou as tribos etíopes ou sudanesas que escarificam jovens sem qualquer anestésico (aqueles que demonstram qualquer sinal de dor são considerados fracos)²⁷⁷.

Nesse ponto, aproveito para lembrar as lições de Boaventura de Sousa Santos sobre multiculturalismo, pregando a reconceitualização dos direitos humanos como multiculturais:

“Os direitos humanos têm que ser reconceptualizados como multiculturais. O multiculturalismo, tal como eu o entendo, é pré-condição de uma relação equilibrada e mutuamente potenciadora entre a competência global e a legitimidade local, que constituem os dois atributos de uma política contra hegemônica de direitos humanos no nosso tempo”²⁷⁸.

De todo modo, é sabido que o tratamento jurídico reservado ao corpo humano sofreu, ao longo da história, profunda influência do pensamento religioso. Antes considerado como uma dádiva divina, o corpo humano era tido como merecedor de uma proteção superior aos desígnios individuais. Apesar do pensamento moderno ter rompido com essa perspectiva, o século XX reforçou a necessidade de instituir fortes garantias legais contra interferências externas no corpo humano, em especial diante das atrocidades cometidas pelos regimes autoritários, por meio da tortura e da experimentação científica²⁷⁹.

Nesse contexto, a comunidade internacional se mobilizou rapidamente para editar normas jurídicas nacionais e internacionais que visavam assegurar a proteção à integridade física e psíquica do ser humano, tanto contra intervenções do Estado como contra intervenção de particulares.

²⁷⁶ Disponível em: https://www.vice.com/pt_br/article/kbvk33/coletivo-de-tatuagem-prioriza-dor-a-estetica. Acesso em 14/01/2018.

²⁷⁷ A lista é infindável. Mais pode ser acessado em sites como: <https://www.ranker.com/list/extreme-body-modifications/> e <https://www.cbsnews.com/pictures/13-most-extreme-body-modifications/>.

²⁷⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa. Uma concepção multicultural de direitos humanos. Revista Lua Nova, vol. 39, São Paulo, 1997, p. 112.

²⁷⁹ SCHREIBER, Anderson. Direitos da personalidade. São Paulo: Atlas, 2011, p. 32.

O Brasil seguiu a tendência mundial ao incorporar, na Constituição Federal de 1988, uma série de dispositivos que reconhecem o direito do ser humano à integridade psicofísica, tais como o art. 5º, XLIX, que assegura aos presos o respeito à integridade física e moral; o art. 1º, III, que previu a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil; o art. 5º, III, que declara que “ninguém será submetido a tortura ou a tratamento desumano ou degradante”; assim como art. 3º, IV; e o preâmbulo da Constituição, que garante o “bem-estar” como valor supremo de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, etc.

Já o Código Civil não contribuiu à altura para o cumprimento deste propósito.

No art. 13, temos o seguinte texto:

“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”.

Cabe ressaltar a assimetria entre o conteúdo sócio-antropológico do que se entende por identidade e a abordagem do Código Civil a respeito.

Apesar de a tutela civilista preservar traços iluministas a respeito da identidade, apostando na abstrata figura do sujeito de direito com elementos identificadores específicos, estanques e precisos (como nome, sexo, nacionalidade, estado civil e filiação), o contexto atual desmistifica essa concepção, compreendendo-se hodiernamente que a pessoa está em constante modificação e que outros elementos também perfazem a sua identidade²⁸⁰.

Para essa classificação, utiliza-se do conceito da identidade plástica do sujeito pós-moderno, como classificado pelo sociólogo jamaicano Stuart Hall²⁸¹, em que este goza de uma identidade enquanto “celebração móvel”: esta é fragmentada e sem qualquer referência a um núcleo essencial, não havendo preocupação com uma coerência e linearidade.

²⁸⁰ MENEZES, Joyceane Bezerra; GONÇALVES, Camila Figueiredo Oliveira. A construção da identidade e os atos de disposição do próprio corpo. In: JUNIOR, Otávio Luiz Rodrigues; ROBERTO, Giordano Bruno Soares; e PINTO, Nelson Luiz (Org.). 1ª ed. Florianópolis – SC: FUNJAB, 2012, p. 36.

²⁸¹ HALL, Stuart. A identidade cultural na pós-modernidade. Trad. Tomaz Tadeu da Silva e Guacira Lopes Louro. Rio de Janeiro: DP&A Editora, 2011.

Desse modo, o sujeito da pós-modernidade constrói e reconstrói sua identidade de forma permanente. No plano jurídico, essa autonomia pode provocar rupturas no sistema conceitual civilista de inspiração liberal e ampliar o direito geral de liberdade²⁸².

Como descrito anteriormente, o exercício de situações jurídicas existenciais é o conjunto de comportamentos relacionados à situação subjetiva, os quais são qualificados como exercício propriamente dito, se lícitos, ou como sanção, se ilícitos. O primeiro corresponde ao *perfil dinâmico*, enquanto o segundo corresponde ao *perfil estático* do exercício, este último o escolhido pelo CC, enquadrando o exercício da situação existencial com escopo sancionatório.

Segundo Anderson Schreiber, o código limitou-se a contemplar o direito à integridade psicofísica sob um único aspecto: o dos atos de disposição do corpo humano, cuidando tão somente da relação entre a proteção ao corpo e a vontade do seu titular, procurando determinar em quais circunstâncias pode uma pessoa “dispor”, no todo ou em parte, do seu próprio corpo²⁸³.

Três são as críticas mais importantes que tem sido dirigidas ao dispositivo: (i) ao autorizar qualquer disposição do próprio corpo por “exigência médica”, o dispositivo eleva a recomendação clínica a um patamar superior a qualquer avaliação ética ou jurídica; (ii) ao vedar a disposição do próprio corpo que acarrete “diminuição permanente da integridade física”, o dispositivo sugere, a *contrario sensu*, que todas as reduções não permanentes estariam autorizadas, o que se mostra extremamente perigoso; (iii) há a menção à cláusula geral dos bons costumes, fortemente vaga, imprecisa, ligada à manutenção conservadora do *status quo*, que pode causar sérias dificuldades em um terreno que sofre decisiva influência de inovações tecnológicas e científicas. Ainda, o autor argumenta que o Código Civil caminhou em sentido diametralmente oposto às necessidades do direito ao próprio corpo e ao manejo dos direitos da personalidade.

²⁸² MENEZES, Joyceane Bezerra; GONÇALVES, Camila Figueiredo Oliveira. A construção da identidade e os atos de disposição do próprio corpo. In: JUNIOR, Otávio Luiz Rodrigues; ROBERTO, Giordano Bruno Soares; e PINTO, Nelson Luiz (Org.). 1ª ed. Florianópolis – SC: FUNJAB, 2012, p. 37.

²⁸³ SCHREIBER, Anderson. Direitos da personalidade. São Paulo: Atlas, 2011, p. 33.

Em virtude de numerosos casos que envolvem a instabilidade da certeza científica, das novas descobertas sociais e científicas que podem fazer com que práticas consideradas aceitáveis em dado momento histórico tornem-se intoleráveis ao olhar das gerações seguintes, das transformações da ciência podem condenar práticas cotidianas, como a ingestão de aspirina, café ou vinho tinto; o CC deveria ter focado em critérios funcionais (ligados à finalidade do ato), que permitissem a constante readequação ao contexto cultural vigente. É dizer, diante do cenário volátil em que se insere a disposição do corpo humano e as vontades que a motivam, há de se ter redobrada cautela²⁸⁴.

Me ocuparei com maior profundidade do critério da “exigência médica”, insculpido no art. 13 do CC.

Em primeiro lugar, a expressão pressupõe, no seu sentido etimológico, necessidade. Daí o problema de diversos procedimentos amplamente realizados no âmbito social, como a inserção de silicone em diversas partes do corpo. Ou, no âmbito religioso, como a circuncisão. Não há qualquer necessidade, mas sim a vontade de adequação estética-corporal ou religiosa do indivíduo. A interpretação literal do dispositivo não leva em consideração outros diversos princípios fundamentais à realização da pessoa humana, como a liberdade sexual, a liberdade religiosa e a liberdade artística, promovendo intensa restrição cultural. Como ensina Anderson Schreiber, a tutela constitucional da dignidade humana impõe que cada aspecto da pessoa, em particular, seja sopesado em busca de uma solução que permita o máximo desenvolvimento da sua personalidade²⁸⁵.

Por outro lado, segundo Anderson Schreiber, uma vez compreendida a exigência médica como mera recomendação ou autorização clínica, esta acaba se revelando fluida e insegura, limitando-se a transferir dos juristas para os médicos o problema extremamente delicado dos limites à autodisposição do próprio corpo. Um problema que, a rigor, é mais ético do que técnico. Ainda de acordo com o autor, a abordagem médica pode estimular uma abordagem patológica de certas questões culturais, como a transgenitalização. Tais escolhas não são biológicas, nem clínicas, mas éticas e valorativas. Para tanto, um jurista não está menos habilitado do que um

²⁸⁴ Idem, p. 32-34.

²⁸⁵ Ibidem, p. 46.

médico. A verdade jurídica não é absoluta, assim não o é a verdade médica. O melhor remédio:

“há de surgir não da prevalência de uma verdade sobre outra, como sugere o art. 13 do Código Civil, mas de um aberto diálogo no meio social (...) o critério da exigência médica não tem nada de matemático. Sua aplicação pode assumir contornos tão flexíveis quanto os que caracterizariam uma eventual alusão à “exigência jurídica”, com suas múltiplas interpretações, abordagens e nuances”²⁸⁶.

Seguindo para o critério da diminuição física permanente, como adiantado acima, o mesmo é perigoso, uma vez que pressupõe que todos os atos que impliquem diminuição temporária podem ser considerados legítimos. No entanto, tal critério mostra-se insuficiente, uma vez que importa examinar não só a extensão e duração da intervenção física, mas também a intensidade e, especialmente, a finalidade que se persegue com a autolimitação corporal²⁸⁷.

No mais, há de se rechaçar veementemente o conceito jurídico indeterminado dos bons costumes como critério limitador de atos de disposição do próprio corpo, em especial quando aplicado a questões ligadas à arte.

A arte é elemento subversivo, remodelador das molduras ortodoxas da maioria. Portanto, não pode contar com um elemento ligado aos costumes da maioria para legitimá-lo, que podem conter, inclusive, inovadoras formas de expressão artística e cultural.

Pensemos na disposição do próprio corpo em situações de *body art* ou *body modification*, que podem variar em diversos graus e pressupõem uma excentricidade altamente variável, podendo atingir níveis de alta perplexidade para cidadãos mais tradicionais. Daí a possibilidade de enquadrar tais condutas como contrárias aos bons costumes, em especial na vigência de regimes autoritários, como o regime militar brasileiro.

Os propósitos pelos quais os indivíduos optam por fazer tais intervenções igualmente variam: podem ser estéticos, místicos ou religiosos; e nem sempre seguem o padrão do belo, consignado pela cultura ocidental.

²⁸⁶ Idem, p. 44 e ss.

²⁸⁷ Ibidem, p. 39.

Suponha-se que uma mulher se submeta à cirurgia estética para ampliar ou reduzir os seios, ou para buscar uma feição orientalizada, ou para lograr alongamento de sua altura motivada por mera vaidade. Para tais intervenções, não há, necessariamente, exigência médica, mas todas implicam diminuição permanente da integridade física. Além disso, não atentam contra os bons costumes, motivo pelo qual são “permitidas”. Em que difere essas intervenções daquela que pretende a transmutação em aparência de lagarto²⁸⁸, conforme exemplo trazido anteriormente?

O art. 13 emprega os bons costumes com escopo proibitivo. Este não pode ser um obstáculo suficiente para atrair a proibição do exercício de um direito. Deparamo-nos com diversas intervenções artísticas que não constituem intervenção física grave o bastante para atrair a proibição jurídica do ato. Se pensarmos no exemplo do homem-lagarto, a transmutação da aparência humana é considerada atentatória ao conceito aberto e impreciso dos bons costumes.

Como ensina Anderson Schreiber, qualquer avaliação centrada sobre o que é normal e habitual esbarra no pluralismo que caracteriza a vida contemporânea:

“Práticas como o *body art* e o *body modification* não podem ser tratadas como ameaças capazes de atrair a rejeição do direito, por mais repulsivas que possam se afigurar ao senso estético dominante. Em uma sociedade plural, conceder aptidão proibitiva a uma noção tão imprecisa como a de ‘bons costumes’ implica frear atitudes que podem vir a configurar modos inovadores de expressão artística, de manifestação intelectual ou de simples entretenimento”²⁸⁹.

Dada a sua amplitude, tanto no direito como na vida, tal expressão tem a possibilidade de abarcar qualquer atitude que desvie um pouco do padrão habitual de comportamento. Historicamente, a expressão foi utilizada para dar suporte jurídico ao conservadorismo das classes dominantes e a rígida manutenção do *status quo*, “o que o levou ao progressivo abandono pela produção legislativa e acadêmica mais recente”²⁹⁰.

²⁸⁸ MENEZES, Joyceane Bezerra; GONÇALVES, Camila Figueiredo Oliveira. A construção da identidade e os atos de disposição do próprio corpo. In: JUNIOR, Otávio Luiz Rodrigues; ROBERTO, Giordano Bruno Soares; e PINTO, Nelson Luiz (Org.). 1ª ed. Florianópolis – SC: FUNJAB, 2012, p. 49.

²⁸⁹ SCHREIBER, Anderson. Direitos da personalidade. São Paulo: Atlas, 2011, p. 37.

²⁹⁰ Idem, p. 35.

Com efeito, é de se concluir que toda a questão gravita em torno do livre exercício de uma opção existencial. As limitações que permeiam os atos de disposição sobre o próprio corpo são frágeis e não são capazes de solucionar todos os problemas em torno do assunto:

“A sintonia entre a expressão volitiva e a possibilidade de disposição corporal vai depender do caso sob análise. Mas é evidente que a norma contida no art. 13 do Código Civil não se ajusta aos valores constitucionais, pois, ao colocar limites taxativos ao direito de identidade pessoal, não é apta a acompanhar o processo de construção da subjetividade próprio da pessoa humana”²⁹¹.

A arte aplicada à disposição do corpo humano, no âmbito de sua autonomia individual, pode advir de sentimentos radicados na mais profunda humanidade da pessoa, de modo que o direito não pode deixar de respeitá-lo.

Contudo, como qualquer opção extrema, esta exige permanente e redobrada cautela.

Para tanto, os critérios eleitos pelo Código Civil, justamente para prestigiar o direito ao próprio corpo como um instrumento de realização da personalidade, deveriam ser funcionais – e não estruturais.

Não encontra guarida constitucional relegar a disposição deste para interesses de terceiros, ou de uma exigência social extremamente difusa e subjetiva de ordem e segurança.

Portanto, a regulamentação dos atos de disposição corporal deve obedecer à finalidade de autoafirmação individual, enquanto situação existencial.

Compete ao jurista examinar a finalidade do ato de disposição de disposição corporal, é dizer, mensurar os interesses que a pessoa pretende atender. Se constatado que referido ato representa a realização de interesse altruísta da própria pessoa, considerada em sua individualidade, este “conta com o beneplácito da ordem jurídica”²⁹². Oportuno afirmar que omissões ou simplificações legislativas não devem

²⁹¹ MENEZES, Joyceane Bezerra; GONÇALVES, Camila Figueiredo Oliveira. A construção da identidade e os atos de disposição do próprio corpo. In: JUNIOR, Otávio Luiz Rodrigues; ROBERTO, Giordano Bruno Soares; e PINTO, Nelson Luiz (Org.). 1ª ed. Florianópolis – SC: FUNJAB, 2012, p. 52.

²⁹² SCHREIBER, Anderson. Direitos da personalidade. São Paulo: Atlas, 2011, p. 43.

ser capazes de minar a concretude do projeto pessoal de cada um de formar a sua subjetividade²⁹³.

Por óbvio, como tenho defendido ao longo deste trabalho, não há absolutos no direito²⁹⁴, e é preciso extrair elementos do campo jurídico para que se forneça soluções para o conflito entre a liberdade da pessoa de formatar sua identidade ao dispor de seu corpo, e a defesa contra si mesma de sua integridade psicofísica.

No entanto, as limitações de ordem ideológica, institucional e religiosa à liberdade não devem justificar a limitação jurídica da autolimitação.

Cabe ressaltar, ainda, que apesar de o art. 13 do CC não contar com uma eficácia normativa concreta, é de se salientar que o texto legislativo, com um escopo severamente proibitivo, aborda a questão da disposição corporal como uma questão patológica.

8. O DIÁLOGO ENTRE A LIBERDADE DE EXPRESSÃO ARTÍSTICA E A DISPOSIÇÃO SOBRE O CORPO HUMANO

Na Constituição Federal de 1988, inexistente reserva legal ou qualquer limitação explícita à liberdade artística, de modo que intervenções somente poderão ser admitidas na hipótese de um bem constitucional colidente.

Para apreciação do fenômeno da arte dentro do contexto jurídico, é preciso, obrigatoriamente, se socorrer do seu caráter subversivo, de sua função pedagógica de protesto e de indignação, próprio das democracias. Portanto, é necessário considerá-la como merecedora de maior amplitude de proteção por parte do ordenamento jurídico.

Não só, intervenções artísticas no corpo devem gozar de independência moral. Nesse ponto, é possível traçar um paralelo com o pensamento de Ronald Dworkin sobre a pornografia, por exemplo.

²⁹³ MENEZES, Joyceane Bezerra; GONÇALVES, Camila Figueiredo Oliveira. A construção da identidade e os atos de disposição do próprio corpo. In: JUNIOR, Otávio Luiz Rodrigues; ROBERTO, Giordano Bruno Soares; e PINTO, Nelson Luiz (Org.). 1ª ed. Florianópolis – SC: FUNJAB, 2012, p. 44 (35/54).

²⁹⁴ Com exceção do direito de não ser escravizado e o direito de não ser torturado, como preceitua Norberto Bobbio, aqui já citado.

Por óbvio não pretendo equiparar a arte com a pornografia, mas esta citação se dá em razão tão somente da necessidade de se investir independência moral no campo da arte.

Dworkin afirma que, embora odeie pornografia e seus possíveis efeitos adversos na personalidade daqueles que a consomem, opõe-se a toda tentativa paternalista a sua restrição pelo poder coercitivo do Estado:

“A pornografia, muitas vezes, é grotescamente afrontosa; é ultrajante, não só para as mulheres, mas também para os homens. Porém, não podemos ver aí uma razão suficiente para proibi-la, sob pena de destruir o princípio de que as formas de expressão que odiamos são tão dignas de proteção quanto quaisquer outras. A essência da liberdade negativa é a liberdade de ofender, e isso não se aplica somente às formas de expressão heroicas, mas também às de mau gosto”²⁹⁵.

Ao conjugar a liberdade artística com a disposição corporal, é fundamental ressaltar o importante fator do desenvolvimento da personalidade e construção da identidade que a arte pode conter para um indivíduo.

A afirmação do “próprio eu” deve gozar de amparo contínuo por parte do ordenamento jurídico.

Com efeito, a tarefa impossível de se definir arte de forma inequívoca influencia na liberdade que deve ser conferida ao indivíduo quando da opção pela disposição de seu corpo.

Se, por um lado, defendo que a liberdade artística potencializa a autonomia privada, reafirmando as possibilidades de disposição corporal, há de se ter um cuidado permanente para que, sob o pretexto de liberdade artística, esta torne-se um tipo de “carta branca” para que se logre realizar as mais diversas loucuras do ser humano.

Como descrito neste trabalho, tanto o fenômeno da liberdade artística, como o da disposição corporal, tem limites próprios que incidem da mesma forma quando conjugados.

²⁹⁵ DWORKIN, Ronald. O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006, Cap. 9 – Pornografia e ódio, p. 351.

Quanto à liberdade artística, podemos citar o discurso de ódio, o insulto intencional e o direito autoral.

Já com relação à disposição do corpo humano, é possível citar a dignidade da pessoa humana como valor supremo.

Nesse ponto, vale a distinção oferecida por Jorge Miranda entre “dignidade humana” e “dignidade da pessoa humana”. Segundo este autor:

“não é o mesmo falar em dignidade da pessoa humana e em dignidade humana. Aquela expressão dirige-se ao homem concreto e individual; esta à humanidade, entendida ou como qualidade comum a todos os homens ou como conjunto que os engloba e ultrapassa. Declarando a comunidade política portuguesa ‘baseada na dignidade da pessoa humana’, a Constituição afasta e repudia qualquer tipo de interpretação transpersonalista ou simplesmente autoritária que pudesse permitir o sacrifício dos direitos ou até da personalidade individual em nome de pretensos interesses coletivos”²⁹⁶.

Aqui a menção à “personalidade individual” possui relevada importância. Considerando que a Constituição brasileira destacou, como fez a portuguesa, a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental, e traçando um paralelo com o posicionamento acertado de Jorge Miranda, o diploma constitucional brasileiro se preocupou em rechaçar e afastar o sacrifício da personalidade individual em nome de pretensos interesses coletivos, em especial a partir de compreensões autoritárias.

De todo modo, dispor do próprio corpo através da arte representa situação existencial, cujo objetivo é a realização direta da dignidade, tendo como função a livre realização da pessoa e sua personalidade, ao contrário das situações patrimoniais, em que a concretização da dignidade se faz de modo indireto.

As próprias aspirações e o modo de viver são colocadas à prova. Toda a questão, como vimos, gravita em torno do livre exercício de uma opção existencial.

Tal como qualquer situação existencial, a liberdade artística na disposição corporal tem como finalidade última o livre desenvolvimento da pessoa. Portanto,

²⁹⁶ MIRANDA, Jorge. A constituição portuguesa e a dignidade da pessoa humana. In: Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo, v. 45, out./dez., 2003, p. 84.

como anteriormente explorado, o direito deve vedar limitações corporais que decorram de propósitos patrimoniais, lucrativos e comerciais, em especial se promovidos por meio de necessidade ou vulnerabilidade.

Para tanto, critérios ligados à funcionalidade do ato, devem ser utilizados para avaliação de tais disposições.

Nestes casos, a autonomia privada do indivíduo não representa um valor em si mesmo, passando a postular um positivo juízo de merecimento por meio da observância de outros princípios também fundamentais, em especial o de tutela da dignidade da pessoa humana, como promovido pela Constituição Federal, no art. 1º, III.

A Constituição Federal representa, assim, o norte axiológico dos contornos e limites das possibilidades de disposição do corpo humano, incluindo os atos concernentes ao exercício da liberdade artística.

Com isso, nestas situações, em que a função de atendimento e promoção da personalidade é imediata, há o incremento da autonomia privada para que se possa prover espaço para o livre desenvolvimento da personalidade, tendo como principal fundamento a dignidade da pessoa humana.

É possível concluir, portanto, que a liberdade artística aplicada à disposição corporal é promocional e atende a critérios funcionais, na medida que procura promover o desenvolvimento da personalidade, estando atrelada à dignidade da pessoa humana.

Nada obstante, há de se preservar a autonomia privada pela ideia de mandamento de otimização, tendo como importante aliada a mediação legislativa para que se constate a opção pelos efeitos indiretos dos direitos fundamentais.

Como discutido no capítulo sobre vinculação dos particulares a direitos fundamentais, opto pela expressão “importante aliada”, uma vez que a mediação legislativa representa tão somente “uma face da questão”. Os efeitos dos direitos fundamentais nas relações privadas não se esgotam com a pré-decisão do legislador ao elaborar regras de direito infraconstitucional, mas além disso, são sentidos também através da interpretação do direito privado.

A hipótese da liberdade artística aplicada à disposição corporal pode ser citada como um exercício “sincero” da autonomia privada, para utilizar do parâmetro sugerido por Virgílio Afonso da Silva.

Nada obstante, o autor lembra da precedência “*prima facie*” da autonomia privada. Não havendo desequilíbrio na relação entre particulares ou de um eventual falseamento da real autonomia privada, deve-se partir de uma precedência *prima facie* da autonomia privada em detrimento a eventuais direitos fundamentais envolvidos. Ou seja, os argumentos contra a autonomia privada são maiores de acordo com a intensidade da limitação ao direito fundamental envolvido²⁹⁷.

Com efeito, como demonstrada ao longo deste trabalho, há séculos que a arte vem sendo importante aliada na construção da identidade enquanto aspecto da personalidade.

Ante a faceta repressiva da sociedade, tanto no âmbito da liberdade artística como da disposição corporal, há de se conferir importância à proteção destes institutos de forma adequada aos ditames constitucionais, em especial ao considerar uma das funções primordiais dos direitos fundamentais: a proteção de minorias e seu caráter contramajoritário.

Há interessantes casos envolvendo a disposição corporal na Justiça do Trabalho.

Em primeiro lugar, deve-se pensar nos direitos fundamentais na relação de trabalho, que não são exercidos da mesma forma como são exercidos em face do Poder Público, ou em outros setores da vida social, “isto é, sofrem limitações específicas (...) em atenção ao adequado cumprimento das obrigações que a empresa assume por força do contrato”²⁹⁸. No entanto, mostra-se impossível “traçar *a priori* uma linha divisória entre a normalidade e o excesso no exercício dos direitos

²⁹⁷ SILVA, Virgílio Afonso da. A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 160. Neste ponto, ele também lembra a obra de Wilson Steinmetz, aqui já citada.

²⁹⁸ ROMITA, Arion Sayão. Direitos fundamentais nas relações de trabalho. São Paulo: LTr, 2009, p. 216.

fundamentais”. Exige-se “uma ponderação das circunstâncias concretas em cada caso”²⁹⁹.

Não só, é importante que se saliente que não há eliminação das convicções pessoais do trabalhador no estado de subordinação gravado no contrato de emprego, decorrente do poder patronal – este que integra o conteúdo essencial da liberdade de empresa – de dirigir a prestação do trabalho rumo aos objetivos do empreendimento. Pelo contrário, se o trabalhador “tem direito à cidadania perante o poder público, não se justificaria que não o tivesse dentro da empresa”³⁰⁰.

Há a necessidade de se equilibrar o poder diretivo do trabalhador com a dignidade do trabalhador e sua autodeterminação.

A autodeterminação do trabalhador não pode atentar contra a finalidade principal da empresa e os objetivos do contrato. Passado esse ponto, a regulação torna-se abusiva, não podendo o empregador, via de regra, repreender o trabalhador em virtude de suas inclinações estéticas, ideológicas, políticas ou filosóficas³⁰¹.

É dizer, embora tenha o trabalhador direito à disposição corporal e à liberdade artística, o exercício destes no ambiente de trabalho sofre algumas limitações, ao mesmo passo que a interferência patronal injustificada a essas liberdades não deve ser tolerada.

No Brasil, inexistente legislação que trabalhe especificamente o diálogo entre a liberdade de expressão, por exemplo, e as relações de trabalho. Para tanto, interessante mostrar o caso do Código do Trabalho de Portugal, que assim prevê, em seu art. 14:

“Art. 14. Liberdade de expressão e de opinião. É reconhecida, no âmbito da empresa, a liberdade de expressão e de divulgação do pensamento e opinião, com respeito dos direitos de personalidade do trabalhador e do empregador, incluindo as pessoas singulares que o representam, e do normal funcionamento da empresa”.

²⁹⁹ Idem, p. 217.

³⁰⁰ BELMONTE, Alexandre Agra. A tutela das liberdades nas relações de trabalho. São Paulo: LTr, 2013, p. 56.

³⁰¹ Idem.

Para esses casos, deve-se levar em consideração o prestígio à boa-fé contratual e à relação de confiança existente entre as partes, levando em consideração a natureza da atividade profissional, não devendo acarretar prejuízo ao regular funcionamento ou ao correto desenvolvimento da prestação laboral³⁰², não podendo a disposição corporal e à liberdade artística, conjugadas ou não, serem impedidas por cláusula de contrato de trabalho ou norma de regulamento interno.

Fábio Rodrigues Gomes propõe interessantes critérios que, aplicados às relações trabalhistas, serviriam para a verificação da legitimidade da conduta patronal diante da tentativa de limitação da liberdade de pensamento do trabalhador, o que pode valer também para as hipóteses propostas nesse trabalho: a) a identificação da liberdade fundamental sob restrição; b) a delimitação da finalidade da limitação do direito fundamental; c) a observação da relação de coerência entre a limitação ao exercício do direito fundamental sob análise e a atividade profissional desempenhada pelo trabalhador; d) a identificação da espécie de coerência decorrente dessa observação: se forte ou mais intensa, propõe a análise da extensão sob o postulado da proibição do excesso; se fraca ou menos intensa, sustenta ser indispensável a ponderação dos bens em confronto, para o estabelecimento de uma relação de preferência³⁰³.

Vejamos um caso julgado pela 6ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho do Estado de São Paulo (TRT-SP)³⁰⁴, em que, em sede de recurso ordinário de ação trabalhista, houve a discussão a respeito da proibição de uso de *piercing* pelo empregador e descumprimento de tal preceito pelo empregado, que desempenhava a função de caixa. O empregador sustentou que a proibição do uso de *piercing* foi consignada nas normas internas, integrando o contrato de trabalho, porém, mesmo ciente do regulamento, a demandante optou por continuar usando o adorno, dando ensejo à rescisão contratual motivada. O TRT entendeu ser inadmissível a proibição contida no regulamento interno do empregador quanto ao uso de *piercing*, restando injustificada a necessidade de imposição da referida medida, sobretudo porque a

³⁰² REIS, Raquel Tavares dos. Liberdade de consciência e de religião e contrato de trabalho do trabalhador de tendência. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 133.

³⁰³ GOMES, Fábio Rodrigues. A eficácia dos direitos fundamentais na relação de emprego: algumas propostas metodológicas para a incidência das normas constitucionais na esfera juslaboral. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, Brasília, v. 71, n. 3, set./dez., 2005, p. 63-68.

³⁰⁴ TRT-SP. Acórdão nº 20070664557, 6ª Turma. Processo nº: 00950200540202001, Relatora Des. Ivete Ribeiro. Julgado em 14/08/2007.

empregadora não era capaz de distinguir se os adornos utilizados pelos empregados eram brincos ou *piercings*, coexistindo situações similares de empregados com *piercings* e não eram admoestados. O Tribunal também entendeu não proceder a alegação do empregador de que referida proibição visava a preservação da imagem dos empregados.

Em outro caso similar, a 11ª Turma do TRT-SP³⁰⁵ julgou improcedente recurso ordinário interposto em face de sentença que condenou empresa ao pagamento de indenização de natureza moral à empregada, obreira, no valor de R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), que foi orientada por seu superior hierárquico a retirar o seu *piercing*. Não só, após a demissão da empregada, houve uma outra reunião de gerentes, em que se afirmou que a empregada preferiu perder o emprego a retirar o *piercing*, asseverando que esta última “não tinha postura de gerente”. O TRT entendeu, assim, que o empregador abusou do direito potestativo de dispensar a empregada ao fazê-lo por motivo discriminatório, além de ter violado a honra e a imagem da trabalhadora ao tecer comentários desabonadores acerca dela para terceiros, atribuindo publicidade desnecessária ao caso.

Tais precedentes representam um alerta para a prática de discriminação ilegítima com base em traço estético, em especial quando este tratar-se de expressão de autodeterminação pessoal, coibindo-se a objeção de consciência.

No entanto, ainda vislumbrando os critérios acima propostos, pensemos em uma situação hipotética em que um empregado de um hospital, contratado há algum tempo e desempenhando a função de enfermeiro em uma ala especializada em tratamento oncológico infantil, opta por transformar-se em um “homem lagarto”, como o já tratado neste trabalho. Considerando o contexto de seu emprego, o de proporcionar o cuidado das crianças doentes, em um ambiente que deve ser primariamente tranquilizador, há de fato uma intensa coerência entre a limitação ao exercício do direito fundamental sob análise e a atividade profissional desempenhada pelo trabalhador. Portanto, vislumbrando inclusive a proibição do excesso, faz sentido o manejo do trabalhador para outra área do hospital ou sua demissão, em caso de não concordância.

³⁰⁵ TRT-SP. Processo nº 00012312420150520069, 11ª Turma. Relator Sérgio Roberto Rodrigues.

9. CONCLUSÃO

Qualquer tentativa de estabelecer um instrumento de tutela à pessoa, fixo e sem flexibilidade, mobilidade e capacidade de oxigenação estaria fadado à incompletude, haja vista a fluidez dos aspectos multifacetários da vivência do homem e sua personalidade³⁰⁶.

A compreensão do ordenamento com relação à conjugação entre a liberdade artística e a disposição do corpo humano deve ser desenvolvida a partir da articulação dos princípios da dignidade, da liberdade e da identidade, conformando a cláusula geral de tutela da pessoa humana.

Nesse sentido, é possível sustentar um direito à identidade mais abrangente, permitindo maior mobilidade à pessoa no processo de sua autoconstrução.

Tanto a liberdade artística como a disposição sobre o corpo são tutelados pela Constituição Federal.

Como descrito acima, tais direitos não são absolutos, não estão imunes ao controle constitucional, mas gozam de uma posição preferencial na ordem constitucional brasileira, ainda que não tenham sido pauta de uma tutela jurisdicional adequada por parte do STF.

A arte não exprime apenas aquilo que é verdadeiro ou falso, ou aquilo que é bom ou mal do ponto de vista ético, mas pode contribuir muito para o livre desenvolvimento da personalidade. A arte promove um terreno fértil para explorações interiores, conexões entre pessoas, bem como a reflexão sobre as questões mais íntimas da existência humana e das práticas sociais, com o poder de promover mudanças reais na consciência e na cultura humana.

Os que pretendem julgar a arte de um ponto de vista ideológico, religioso e moral, sempre encontrarão dificuldades. Segundo Mario Vargas Llosa, estes indivíduos:

³⁰⁶ MENEZES, Joyceane Bezerra; GONÇALVES, Camila Figueiredo Oliveira. A construção da identidade e os atos de disposição do próprio corpo. In: JUNIOR, Otávio Luiz Rodrigues; ROBERTO, Giordano Bruno Soares; e PINTO, Nelson Luiz (Org.). 1ª ed. Florianópolis – SC: FUNJAB, 2012, p. 52 (35/54).

“Ou aceitam que este exercício foi, está e estará sempre em conflito com o que é tolerável e desejável a partir daquelas perspectivas, e assim ele é submetido a censuras e controles que simplesmente acabarão com a literatura, ou se resignam a conceder a ela o direito à liberdade, que seria algo semelhante a abrir as jaulas dos zoológicos e deixar que as ruas se encham de animais e feras”³⁰⁷.

Ainda de acordo com o autor peruano, a literatura (o que também pode ser considerado para todas as artes), que não é moral nem imoral, mas genuína, subversiva, incontrolável, ou então artificial ou convencional, é o veículo pelo qual:

“tudo aquilo que está entranhado, torcido e retorcido no ser humano volta à vida e nos permite compreendê-la de modo mais profundo e, de certa maneira, vivê-la em sua plenitude, recuperando tudo aquilo que tivemos de eliminar para a sociedade não ser um manicômio nem uma hecatombe permanente, como deve ter sido na pré-história quando o homem ainda estava em gestação”³⁰⁸.

Não cabe também a aferição acerca do mérito da arte, uma vez que, como muito bem analisa Owen Fiss, “a ‘boa arte’ poderá minar valores democráticos, enquanto a ‘arte ruim’ poderá encorajá-los”³⁰⁹.

Absolutamente necessário considerar, portanto, maior elasticidade e tolerância para atos que envolvam a disposição corporal conectada à liberdade artística, sendo absolutamente necessária uma adequação legislativa, de modo a fazer valer o texto constitucional. O art. 13 do CC, claramente, não desempenha esse papel.

Referido texto normativo parece refletir o efeito de certo modo perturbador que a disposição e o uso do corpo promovem na sociedade, assim como faz a arte. Há uma tendência social clara à repressão e à proibição de manifestações nesse sentido.

A Constituição Federal – e não o CC – representa o ponto central do ordenamento jurídico, centralidade esta que confere coesão e coerência ao sistema e mediante a qual a complexidade se conjuga com a unidade³¹⁰.

³⁰⁷ LLOSA, Mario Vargas. *Novas Inquisições – os que querem que a literatura seja inofensiva querem tornar a vida impossível de ser vivida*. Estado de São Paulo, 18 de março de 2018.

³⁰⁸ Idem.

³⁰⁹ Fiss, Owen M. *A ironia da liberdade de expressão*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 83.

Acredito que a Constituição não permite a redução dos atos de disposição corporal ao texto simplista e anacrônico do CC. A saúde não deve ser entendida apenas como bem-estar psicofísico, mas, também, em uma visão dinâmica e social, sob o prisma do livre desenvolvimento da pessoa.

Não pode ser do Estado a tarefa de impor modelos de comportamento que se adequem a determinado campo da moral, da ética e da estética, em especial quando relacionados à arte e à disposição corporal, campos estes que se relacionam com as maiores profundezas da subjetividade e da singularidade humana. Não só, como demonstrado neste trabalho, até mesmo nas relações de trabalho, o empregador deve ter permanente cautela na delimitação de tais modelos de comportamento.

³¹⁰ DE CICCO, Maria Cristina. Atos de disposição do próprio corpo entre autonomia e dignidade da pessoa humana. In: Revista Faculdade de Direito da PUC-SP, Vol. 2, 2º Semestre de 2014. São Paulo: PUC, 2014, p. 211.

BIBLIOGRAFIA

AGOSTINHO, Santo. O livre-arbítrio. 3ª ed. Tradução Nair de Assis Oliveira. São Paulo: Paulus, 1995.

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2017.

ALMEIDA JÚNIOR, Renato Santos de. A repressão penal do samba. Tese de doutorado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, em 2017.

ARRUDA ALVIM, José Manoel de. A função social da propriedade e os diversos tipos de direito de propriedade e a função social da posse, no prelo, p. 7.

ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza (coords.). Comentários ao código civil brasileiro. Rio de Janeiro: Forense, 2005, v. I.

ARISTÓTELES. Ética a nicômaco, III, liv. 4. São Paulo: Martin Claret, 2002.

ASCENSÃO, José de Oliveira. O direito de autor no ciberespaço. Portugal-Brasil Ano 2000, Coimbra: Coimbra, 1999.

BARILE, Paolo. Libertàdi manifestazione del pensiero, pp. 93 e 94 *apud* SILVA, José Afonso da. Ordenação constitucional da cultural. São Paulo: Malheiros, 2001.

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de direito constitucional. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

BELMONTE, Alexandre Agra. A tutela das liberdades nas relações de trabalho. São Paulo: LTr, 2013.

BERLIN, Isaiah. Dois conceitos de liberdade. In: Ensaio sobre a humanidade: uma antologia de ensaios. São Paulo: Brasiliense, 1999.

BERLIN, Isaiah. Dois conceitos de liberdade. In: HARDY, H. e HAUSHEER, R. (orgs.). Isaiah Berlin: Estudos sobre a humanidade. São Paulo, Companhia das Letras, 2002.

BERLIN, Isaiah. Quatro ensaios sobre a liberdade. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1981.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONA, Laura di. I negozi giuridici, *apud* MEIRELES, Rose Melo Vencelau. Autonomia privada e dignidade humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Direitos da personalidade e autonomia privada. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BYDLINSKI, Franz. Bemerkungen über Grundrechte und Privatrech, *apud* SILVA, Virgílio Afonso da. A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008.

CANTALI, Fernanda Borghetti. Direitos da personalidade: disponibilidade relativa, autonomia privada e dignidade humana. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

CARVALHO, Maria Helena Campos. Os princípios constitucionais que informam o direito privado. In: "Princípios, cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados nos institutos de direito privado: homenagem ao professor doutor Francisco José Cahali", 1ª ed. São Paulo: Instituto dos Advogados de São Paulo – IASP, 2016.

DE CICCIO, Maria Cristina. Atos de disposição do próprio corpo entre autonomia e dignidade da pessoa humana. In: Revista Faculdade de Direito da PUC-SP, Vol. 2, 2º Semestre de 2014. São Paulo: PUC, 2014.

DE CUPIS, Adriano. Direitos da personalidade. Lisboa: Moraes, 1961.

DIAS, Roberto; CAPPELLO, Thamires Pandolfi. Renúncia a direitos fundamentais na submissão de seres humanos a estudos clínicos. In: Revista de Bioética y Derecho. Barcelona: Universitat de Barcelona, 2016.

DIAS, Roberto. Liberdade de expressão: biografias não autorizadas. In: Revista Direito, Estado e Sociedade, n. 41. Rio de Janeiro: PUC-RJ, 2012.

DIAS, Roberto. O direito fundamental à morte digna: uma visão constitucional da eutanásia. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

DIMOULIS, Dimitri; e CHRISTOPOULOS, Dimitris. O direito de ofender. Sobre os limites da liberdade de expressão artística. In: Revista Brasileira de Estudos Constitucionais (RBEC). Belo Horizonte, 2009.

DÜRIG, Günter. Grundrechte und zivilrecht sprechung, p. 159, *apud* SILVA, Virgílio Afonso da. A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008.

DWORKIN, Ronald. O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

DWORKIN, Ronald. The right to ridicule. New York Review of Books, v. 53, 23-3-2006.

ELIAS, Maria Lígia G. Granado Rodrigues. Isaiah Berlin e o debate sobre a liberdade positiva e a liberdade negativa. Paper apresentado para o 8º encontro da ABCP, 2012.

FACHIN, Luiz Edson. Análise crítica, construtiva e de índole constitucional da disciplina dos direitos da personalidade no código civil brasileiro: fundamentos, limites e transmissibilidade. Revista Jurídica, São Paulo, v. 55, n. 362, dez/2007.

FACHIN, Luiz Edson. Sentidos, transformações e fim. Rio de Janeiro, 2015.

FALSARELLA, Christiane Mina. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 61, pp. 149 - 173, jul./dez. 2012.

FEMIA, Pasquale; PERLINGIERI, Pietro. Nozioni Introduttive e Principi Fondamentali del Diritto Civile. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2000.

FERRI, Luigi. La autonomia privada. Granada: Comares, 2001.

FIGUEIREDO, Marcelo. Parecer técnico sobre Liberdade de expressão artística em cotejo com símbolos religioso, anexado ao processo nº 0566408-05.2017.8.05.001, em trâmite perante a 12ª Vara Cível e Comercial da Comarca de Salvador, Bahia.

FISS, Owen M. A ironia da liberdade de expressão. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FIUZA, César. Direitos da personalidade: esboço de teoria geral. FIUZA, César (org.). Autonomia privada: direitos da personalidade. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2015.

FOUCAULT, Michel. História da sexualidade: a vontade de saber. 20ª ed. São Paulo: Edições Graal, 2010.

FOUCAULT, Michel. História da sexualidade: o uso dos prazeres. 13ª ed. São Paulo: Edições Graal, 2009.

FOUCAULT, Michel. História da sexualidade: o cuidado de si. 9ª ed. São Paulo: Edições Graal, 2007.

FRANÇA, Rubens Limongi. Manual de direito civil. 4ª ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, v. 1.

GOMES, Fábio Rodrigues. A eficácia dos direitos fundamentais na relação de emprego: algumas propostas metodológicas para a incidência das normas constitucionais na esfera juslaboral. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, Brasília, v. 71, n. 3, set./dez., 2005.

GUEDES, Néviton. Uma decisão judicial que se tornou celebridade internacional. Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-ago-19/decisao-judicial-tornou-celebridade-internacional>.

GUSTIN, Miracy B. S. Das necessidades humanas aos direitos. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

HABERMAS, Jürgen. Between facts and norms, contributions to a discourse theory of law and democracy, Cambridge, MIT Press, 1998.

HALL, Stuart. A identidade cultural na pós-modernidade. Trad. Tomaz Tadeu da Silva e Guacira Lopes Louro. Rio de Janeiro: DP&A Editora, 2011.

HESSE, Konrad. Derecho constitucional y derecho privado. Madrid: Cuadernos Civitas, 1995.

HESSE, Konrad. Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, n. 291, p. 124-125, *apud* SILVA, Virgílio Afonso da. A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008.

ISTAMATI, Gisela Barroso. Liberdade de expressão: humor e política. Dissertação de mestrado apresentada na Faculdade de Direito da PUC-SP, em 2016.

JUNIOR, Nelson Nery. Direito de liberdade e a recusa de tratamento por motivo religioso. Revista dos Tribunais: Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional, vol. 8/2015, Ag./2015, p. 903-963.

KANT, Immanuel. Introduzione alla metafisica dei costumi. In: Primi principi metafisici della dottrina del diritto, a cura di F. Gonnelli. Roma-Bari: Editori Laterza, 2005.

LAFER, Celso. O caso Ellwanger: anti-semitismo como crime de prática de racismo. Parecer apresentado ao STF na condição de amicus curiae. Julgamento HC 82424/RS (dez/2002 a set. 2003).

LLOSA, Mario Vargas. Novas Inquisições – os que querem que a literatura seja inofensiva querem tornar a vida impossível de ser vivida. Estado de São Paulo, 18 de março de 2018.

LODDER, Matthew C. Body art: body modification as artistic practice. Tese submetida para a obtenção do título de doutor em filosofia pela Universidade de Reading, Inglaterra, 2010.

LOTUFO, Renan. Código civil comentado: parte geral (arts. 1º a 232). São Paulo: Saraiva.

MARTEL, Letícia de Campos Velho. Hierarquização de direitos fundamentais: a doutrina da posição preferencial na jurisprudência da Suprema Corte norte-americana. Revista Síntese, nº 48, 2004.

MARTINS, Leonardo. Direito constitucional à expressão artística. In: Direito da arte. MAMEDE, Gladston; FILHO, Marcílio Toscano Franca; JUNIOR, Otavio Luiz Rodrigues (orgs.). São Paulo: Atlas, 2015.

MATTIA, Fabio Maria de. Direitos da personalidade: aspectos gerais. In: ASCENSAO, Antonio (coord.). Estudos de direito civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

MAURER, Beátrice. Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana... ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central. In: SARLET, Ingo (org.). Dimensões da dignidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. Autonomia privada e dignidade humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais: eficácia das garantias constitucionais nas relações privadas. In: GRUNDMANN, Stefan; MENDES, Gilmar; MARQUES, Claudia Lima; BALDUS, Christian; MALHEIROS, Manuel (Org.) Direito privado, constituição e fronteiras: encontros de associação luso-alemã de juristas no Brasil. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MENEZES, Joyceane Bezerra; GONÇALVES, Camila Figueiredo Oliveira. A construção da identidade e os atos de disposição do próprio corpo. In: JUNIOR, Otávio Luiz Rodrigues; ROBERTO, Giordano Bruno Soares; e PINTO, Nelson Luiz (Org.). 1ª ed. Florianópolis – SC: FUNJAB, 2012.

MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. Liberdade de expressão e discurso de ódio. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MILL, John Stuart. A Liberdade; utilitarismo. São Paulo, Martins Fontes, 2000.

MIRANDA, Jorge. A constituição portuguesa e a dignidade da pessoa humana. In: Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo, v. 45, out./dez., 2003.

MIRANDA, Jorge. Notas sobre cultura, constituição e direitos culturais. Coimbra: Almedina, 2006.

MONTESQUIEU. O espírito das leis. Trad. de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1993. Livro XI, Capítulo II.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

MURPHY, Jeffrie G. A liberdade de expressão e as artes. In: Liberdade de expressão no século XXI. Coord. José Adércio Leite Sampaio. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

NOVAIS, Jorge. Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

PEREIRA, Cristiano Padial Fogaça. A liberdade artística é “sagrada”? Uma análise acerca dos limites da liberdade de expressão artística. Revista Eletrônica do Centro Universitário Newton Paiva. Belo Horizonte, n. 32, maio/ago 2017.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a aplicação das normas de direito fundamental das relações jurídicas privadas entre particulares. In: BARROSO, Luis Roberto (org.). A nova interpretação constitucional – ponderações, direitos fundamentais e relações privadas. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PERLINGIERI, Pietro. La personalità umana nell ordinamento giuridico. Lovene.

PERLINGIERI, Pietro. O direito civil na legalidade constitucional. Trad.: Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PERLINGIERI, Pietro. Perfis do direito civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PETRY, André. A favor da blasfêmia. Veja 15-2-2006. http://veja.abril.com.br/150206/andre_petry.html, *apud* DIMOULIS, Dimitri; e CHRISTOPOULOS, Dimitris. O direito de ofender. Sobre os limites da liberdade de expressão artística. In: Revista Brasileira de Estudos Constitucionais (RBEC). Belo Horizonte, 2009.

PONTES DE MIRANDA. Tratado de direito privado. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, v. 7.

POSNER, Richard. Fronteiras da teoria do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2011; e POSNER, Richard. Problemas de filosofia do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

REIS, Raquel Tavares dos. Liberdade de consciência e de religião e contrato de trabalho do trabalhador de tendência. Coimbra: Coimbra, 2004.

REIS, Thiago. Dogmática e incerteza normativa: crítica ao substancialismo jurídico do direito civil-constitucional. In: Revista de direito civil contemporâneo, RDCC 11, 2017.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa. O problema do contrato – as cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual. Coimbra: Almedina, 1999.

RIBON, Michael. A arte e a natureza. Campinas: Papyrus, 1991.

ROMITA, Arion Sayão. Direitos fundamentais nas relações de trabalho. São Paulo: LTr, 2009.

SANDEL, Michael J. O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado. 5ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

SANKIEVICZ, Alexandre. Liberdade de expressão e pluralismo: perspectivas de regulação. São Paulo: Saraiva, 2011.

SANTOS, Arthur Deucher Figueiredo. Princípios, cláusulas gerais e conceitos vagos: diferenças entre os institutos e critérios de colmatação dos respectivos conteúdos. Revista de Direito Privado. Vol. 85. Ano 19. São Paulo: RT, Jan. 2018.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Uma concepção multicultural de direitos humanos. Revista Lua Nova, vol. 39, São Paulo, 1997.

SARLET, Ingo. A eficácia dos direitos fundamentais. 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. Coord. Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do “hate speech”. Rio de Janeiro, 2006. Disponível em: <http://www.dsarmento.adv.br/content/3-publicacoes/19-a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech/a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech-daniel-sarmento.pdf>.

SARMENTO, Daniel. A vinculação dos particulares aos direitos fundamentais: o debate teórico e a jurisprudência do STF. In: SARLET, Ingo Wolfgang; SARMENTO, Daniel (Orgs.). Direitos Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SCHREIBER, Anderson. Direito civil e constituição. In: SCHREIBER, Anderson; e KONDER, Carlos Nelson. Direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Atlas, 2016.

SCHREIBER, Anderson. Direitos da personalidade. São Paulo: Atlas, 2011.

SCHREIBER, Anderson. Os direitos da personalidade e o Código Civil de 2002. In: Org. TEPEDINO, Gustavo; e FACHIN, Luiz Edson. Diálogos sobre direito civil, vol. II, Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SCHWARTSMAN, Hélio. Liberdade de expressão e pluralidade. In: Pensadores da Liberdade: a liberdade como princípio. Org. Patricia Blanco. São Paulo: Palavra Aberta, 2015.

SEGRE, Marco; GUZ, Gabriela. Bioética e direito na terminalidade da vida. Bioética, Brasília, v. 13, n. 2, 2005.

SILVA, Denis Franco. O princípio da autonomia: da invenção à reconstrução. In: MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). Princípios do direito civil contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SILVA, Júlia Alexim Nunes da. A liberdade de expressão artística. Trabalho publicado nos Anais do XVIII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em São Paulo – SP, nos dias 04, 05, 06 e 07 de novembro de 2009.

SILVA, José Afonso da. Ordenação constitucional da cultural. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, Virgílio Afonso da. A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares. São Paulo: Malheiros, 2008.

SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais e relações entre particulares. Revista Direito GV, v. 1, n. 1, Maio/2005.

SIMÕES, Luziana Sant'ana. Os conceitos de liberdade de Isaiah Berlin e a democracia. Dissertação de mestrado apresentada no Centro de Educação e Ciências Humanas da Universidade Federal de São Carlos, em 2010.

STEINMETZ, Wilson. A vinculação dos particulares a direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2004.

SUNSTEIN, Cass. Democracy and the problem of free speech. Free Press, 1995.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; KONDER, Carlos Nelson. Diálogos sobre direito civil. Org. TEPEDINO, Gustavo; e FACHIN, Luiz Edson. Vol. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade do ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: Temas de Direito Civil. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

THOMAS, Nicholas. Body art. London: Thames & Hudson Ltd, 2014.

TOMASEVICIUS FILHO, Eduardo. O conceito de liberdade em santo agostinho. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. V. 101, jan./dez. 2006.

TRABUCCHI, Alberto. Instituciones de derecho civil. Trad. da 15ª Ed. italiana Luis Martínez-Calcerrada: Editorial Revista Derecho Privado, 1967.

UBILLOS, Juan Maria Bilbao. La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.