

**UNIVERSIDADE DE LISBOA  
FACULDADE DE DIREITO**



**CONTRATOS DE DIREITOS DE PERSONALIDADE**

A pessoa humana como ser social perante o Direito e  
a possibilidade da sua tutela na Via Arbitral

**LIC. JOANA BIONE BOUSQUET**

**MESTRADO EM DIREITO  
ÁREA DE ESPECIALIZAÇÃO: CIÊNCIAS JURÍDICAS**

**DISSERTAÇÃO ORIENTADA PELO PROFESSOR  
DOUTOR JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO**

**2009**

Aos meus Pais, Avós, Bel e amigos,  
pelo apoio e amor incondicionais.

Mas, em especial, a Erika e a Thereza, mulheres  
tão próximas, que são exemplos da busca  
constante pelo conhecimento.

“.....  
Fundamental é mesmo o amor  
É impossível ser feliz sozinho...”  
(Antonio Carlos Jobim – 1967)

**RESUMO:** O presente trabalho busca realizar um estudo acerca da pessoa humana como uma ser social perante o Estado e o Direito. E assim prosseguimos ao apreciar a esfera de autodeterminação da pessoa, que no exercício do livre desenvolvimento da sua personalidade, celebra contratos que têm como objeto direitos de personalidade. Diante dessa realidade, procedemos a uma análise acerca das peculiaridades deste contrato, tendo em vista as características do direito envolvido. Por fim, apreciamos a possibilidade de submeter os litígios decorrentes destes contratos ao Tribunal Arbitral.

**PALAVRAS-CHAVE:** Pessoa humana, Estado e Direito. Direitos de personalidade. Limitação Voluntária. Tutela Arbitral. Brasil e Portugal.

**ABSTRACT:** The following essay addresses a study on the human being as a social creature, from the perspective of his relation to the State and the Law. We also examine the self-determination of the person, who on the exercise of the free development of his personality executes contracts that concerns personality rights. Facing this environment, we study the peculiarities of the referred contracts, regarding the aspects of the involved rights. Finally, we analyze the possibility of submitting disputes arising from these contracts to the Arbitration Court.

**KEY-WORDS:** Human being, State and Law. Personality Rights. Voluntary Limitation. Arbitration. Brazil and Portugal.

## ÍNDICE

<b>1. INTRODUÇÃO.....</b>	<b>PÁG. 07</b>
<b>2. O DIREITO E A PESSOA HUMANA</b>	
2.1. RECONHECIMENTO DOS DIREITOS DA PESSOA.....	PÁG. 10
2.2. O ESTADO SOCIAL DE DIREITO.....	PÁG. 48
2.3. DISTINÇÃO TERMINOLÓGICA DOS DIREITOS.....	PÁG. 59
2.4. DIREITO PÚBLICO E DIREITO PRIVADO.....	PÁG. 63
<b>3. TUTELA CIVIL DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE</b>	
3.1. PRINCÍPIO GERAL.....	PÁG. 71
3.2. DIREITO À PRIVACIDADE.....	PÁG. 74
3.3. DIREITO À IMAGEM.....	PÁG. 77
3.4. DIREITO À VOZ.....	PÁG. 80
3.5. DIREITO AO NOME.....	PÁG. 81
3.6. CARACTERÍSTICAS GERAIS DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE....	PÁG. 84
<b>4. DIREITOS DE PERSONALIDADE E AUTODETERMINAÇÃO</b>	
4.1. DIREITO OBJETIVO E SUBJETIVO DE PERSONALIDADE.....	PÁG. 88
4.2. O LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE.....	PÁG. 91
4.3. LIMITAÇÃO VOLUNTÁRIA.....	PÁG. 97
<b>5. CONTRATOS DE DIREITO DE PERSONALIDADE</b>	
5.1. REQUISITOS.....	PÁG. 105
5.2. REVOGABILIDADE.....	PÁG. 111
5.3. OBSERVÂNCIA ORDEM PÚBLICA.....	PÁG. 116
5.4. CONTRATOS DE DIREITOS DE PERSONALIDADE E TERCEIROS.....	PÁG. 118
<b>6. ARBITRAGEM</b>	
6.1. ORIGEM HISTÓRICA DO INSTITUTO DA ARBITRAGEM.....	PÁG. 125
6.2. NOÇÕES GERAIS.....	PÁG. 129
6.3. RELEVÂNCIA DA ARBITRAGEM NO CENÁRIO ATUAL.....	PÁG. 133
6.4. CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA.....	PÁG. 135
6.5. ARBITRABILIDADE.....	PÁG. 141
<b>7. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>PÁG. 149</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>PÁG. 151</b>

## **1. INTRODUÇÃO**

Os direitos de personalidade por estarem intimamente relacionados com a pessoa humana e conseqüentemente ao contexto social no qual estão inseridos consistem em uma matéria em constante evolução. Assim, não apenas o rol de direitos está relacionado aos padrões éticos e morais das sociedades, como também o seu grau de tutela.

A indisponibilidade e a não-patrimonialidade, como veremos mais adiante, é apontada por diversos doutrinadores como uma das principais características dos direitos de personalidade. No entanto, a realidade atual nos mostra uma disparidade entre a teoria e a realidade, pois como se explicariam as doações de órgãos, lícitas, legítimas e inclusive incentivadas pelo Estado? A interrupção voluntária da gravidez permitido em diversos países e recentemente legalizado em Portugal? Os contratos sobre direitos da imagem, voz, nome ou a vida privada?

Essas questões nos levaram a refletir sobre a disponibilidade e patrimonialidade desses direitos e mais especificamente sobre os contratos que tem como objeto a autorização de sua utilização por terceiros, mediante retorno financeiro ao seu titular. Diante desta problemática, ao percebermos que embora estes contratos tenham um relevante conteúdo econômico, nos preocupamos com o seu objeto: a pessoa.

Dessa forma, buscando demonstrar a importância do ser humano em seus diversos aspectos, traçamos algumas considerações históricas acerca da origem do Direito, da positivação dos direitos da pessoa no ordenamento jurídico e principalmente no que se refere à posição do homem perante o Estado ao longo da história da humanidade. Após uma incursão sobre esta evolução, chegamos ao Estado Social de Direito. Neste tópico, procuramos abordar questões atuais sobre a pessoa na sociedade.

Em seguida, ocupamo-nos da definição de alguns conceitos gerais de Direito, como: a distinção terminológica dos direitos hoje presentes nos ordenamentos jurídicos e a relação existente entre Direito público e Direito Privado. Já com uma visão geral dos direitos, passamos a tratar dos direitos de personalidade.

Iniciamos tecendo algumas considerações acerca da sua tutela civil dos direitos de personalidade para, em seguida, tratarmos da esfera de autodeterminação dos titulares do

direito. Só então chegamos aos contratos que tem como objeto a autorização concedida a terceiros para uso comercial dos direitos de personalidade mediante uma remuneração ao seu titular.

Após esta etapa, passamos à análise do instituto da arbitragem, iniciando com a definição de determinadas noções gerais para em seguida analisarmos a arbitrabilidade objetiva e ao fim demonstrarmos a possibilidade de submeter os conflitos decorrentes dos contratos de direitos de personalidade ao procedimento arbitral.

Como será demonstrado ao longo desse trabalho, os direitos de personalidade requerem um grau de tutela mais elevado, que garanta o máximo de proteção à dignidade da pessoa. E para tanto, muitas vezes, a jurisdição estatal pode não ser a opção mais adequada.

Isto porque, em razão da natureza da máquina estatal, embora exista a possibilidade de se atribuir sigilo de justiça a um processo, este muitas vezes não é suficiente a assegurar o sigilo necessário quando se trata de questões tão delicadas, como os direitos de personalidade. Tanto é assim que é muito comum vermos no noticiário pessoas de renome chegando a uma audiência no foro estatal acompanhadas de uma legião de jornalistas ávidos por notícia.

Além disso, é inegável que o Estado, no exercício de sua jurisdição, não tem sido capaz de compor com eficiência e qualidade os conflitos para os quais é provocado. A sociedade encontra-se diante de um Poder Judiciário sobrecarregado de processos, que tramitam de forma lenta e complexa, o que em geral agrava ainda mais eventuais ofensas aos direitos a serem tutelados.

Portanto, o atual desafio do Direito Processual Civil passa pelo fornecimento de mecanismos que garantam à população uma Justiça mais eficaz. Dessa forma, os ordenamentos jurídicos devem estar comprometidos com a garantia do acesso à justiça, seja pela mitigação das formalidades exigidas nos processos jurisdicionais, seja pela criação de métodos aptos a solucionar controvérsias paralelamente à intervenção do Estado.

Neste contexto, a arbitragem vem ao encontro dessa perspectiva contemporânea do Direito Processual, uma vez que através do Juízo Arbitral as partes poderão solucionar a lide de



forma sigilosa, célere e eficaz, assegurando-se, assim, um maior grau de proteção à dignidade da pessoa humana em seus diversos aspectos.

Note-se que todo este percurso foi necessário à desmistificação de determinadas características dos direitos de personalidade e a definição dos seus contornos, uma vez que apenas dessa forma é possível compreendermos as peculiaridades dos contratos objeto de análise e a possibilidade de submetê-los ao procedimento arbitral para assegurar o grau adequado de tutela que estes direitos reclamam.

Ademais, gostaríamos de salientar que esta dissertação foi desenvolvida com base em um estudo comparado das legislações portuguesa e brasileira, estando escrita conforme a língua portuguesa do Brasil.

## 2. O DIREITO E A PESSOA

### 2.1. RECONHECIMENTO DOS DIREITOS DA PESSOA

Como aprendemos nas lições de Introdução à Ciência do Direito e Teoria Geral do Estado, existem autores que defendem a existência de um período no qual o homem<sup>1</sup> vivia isolado, em uma economia de subsistência, tendo ampla liberdade para reger a sua vida da maneira que melhor lhe aprouvesse. Era o período denominado como “Estado de Natureza”. Segundo os defensores dessa teoria, apenas em um estágio posterior, o homem teria passado a viver em sociedade e celebrado um acordo, chamado “contrato social”<sup>2</sup>. Trata-se dos adeptos à teoria contratualista sobre a origem do Estado.

Não compartilhamos desta posição, pois nos filiamos às teorias não-contratualistas, que tem como grande precursor ARISTÓTELES. No século IV a.C., este filósofo já reconhecia que o homem naturalmente tende a viver em sociedade<sup>3</sup>, uma vez que este desde os primórdios sempre dependeu do outro para sobreviver, seja por necessidades físicas ou sócio-afetivas<sup>4</sup>. Dessa forma, tendo em vista que “a sociabilidade é inata ao homem”<sup>5</sup>, reconhecemos a existência de regras de conduta anteriores ao Direito<sup>6</sup>.

No entanto, há que se destacar que muito embora o homem necessite do outro, ele deve ser reconhecido por si só e não como uma parte integrante da sociedade. Ou seja, diferente do que pensava Aristóteles, “o estado de natureza é o estado de cada homem, considerado individualmente, antes de qualquer vínculo social”<sup>7</sup>.

---

<sup>1</sup> Utilizaremos neste trabalho as palavras pessoa, homem e ser humano como sinônimas, sem fazer qualquer distinção em razão de sexo, mas simplesmente para nos referirmos à raça humana como um todo.

<sup>2</sup> José de Oliveira Ascensão, *O Direito*, 13ª Edição, Lisboa: Almedina, 2005, pág. 24.

<sup>3</sup> “... É evidente, portanto, que toda a Cidade pertence à natureza e que o homem é naturalmente feito para a sociedade política... Também o homem é um animal político, mais social do que as abelhas e outros animais que vivem em comunidades.” Aristóteles, *Tratado de Política*. Tradução de M. De Campos, 2ª edição, Publicações Europa-América, págs. 07 e 08.

<sup>4</sup> Também neste sentido: Diogo Leite de Campos, *Nós – Estudos sobre o Direito das Pessoas*, Coimbra: Almedina, 2004, págs. 5-12.

<sup>5</sup> José de Oliveira Ascensão, *O Direito, op.cit.*, pág. 24.

<sup>6</sup> Ao mencionarmos o termo Direito, ao longo deste trabalho, estaremos o utilizando em seu sentido mais amplo, como uma ordem da sociedade, e não apenas ao conjunto normativo que exprime o ordenamento jurídico, direito objetivo.

<sup>7</sup> Diogo Leite de Campos, *A Génesis dos Direitos da Pessoa*, In: *Nós – Estudos sobre o Direito das Pessoas*, Coimbra: Almedina, 2004, pág. 43.

Mas, independente da posição que se adote, é certo que o Estado, a Sociedade e o Direito existem por causa e para o homem<sup>8</sup>. O Estado é expressão do poder político prevalente em uma sociedade, que com base na ordem jurídica pretende ordenar a vida social<sup>9</sup>. Por sua vez, o Direito consiste em um fenômeno humano e social<sup>10</sup>, que para além de reconhecer os direitos inatos do homem, é imprescindível para regular o viver do homem em sociedade.

Tanto é assim que desde as civilizações primitivas constatamos exigências feitas ao homem, como o respeito ao próximo, o não matarás. Reconhecia-se aos outros a mesma dignidade do próprio<sup>11</sup>. Deste modo, a pessoa naturalmente possui tanto direitos como deveres. E estes poderes-deveres não são apenas para com o outro, mas também em relação ao próprio. Por outro lado, como reflexo de um consenso sobre a importância do direito à vida, tínhamos que não se deve matar a si e nem o próximo. Veda-se assim o suicídio<sup>12</sup>.

Portanto, é certo que o Direito não surge com a civilização, mas sim com o viver em sociedade. Este fato é comprovado pela presença de diversas normas de conduta e meios de solução de controvérsias nas sociedades tradicionais ainda hoje existentes. Dessa forma, podemos dizer que existe o Direito dos povos tradicionais e o Direito dos civilizados<sup>13</sup>.

O Direito dos povos civilizados nada mais é que uma forma técnica de vida social fruto da evolução dos homens, que surgiu quando estes começaram a se especializar e acabou por tornar necessária a criação de instrumentos adequados a se viabilizar o desenvolvimento das relações de troca. A distinção aqui está em que o Direito dos povos tradicionais está relacionado ao instinto, enquanto o Direito dos civilizados está repleto de normas de conduta, que tem a sua origem no momento em que o homem começa a organizar a sua convivência além do instinto<sup>14</sup>.

---

<sup>8</sup> A. Barbosa de Melo, *Democracia e Utopia* (Reflexões), Porto, 1980, pág. 29. *Apud* Paulo Otero, *Instituições Políticas e Constitucionais*, 1ª Edição, Lisboa, Almedina, 2007, pág. 30.

<sup>9</sup> Para uma distinção precisa entre Estado e Direito: Fernando J. Bronze, Pessoa, Direito e Estado – algumas reflexões, In: *Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, vol. I, Lisboa: Almedina, 2008, págs. 291 e seguintes.

<sup>10</sup> José de Oliveira Ascensão, *O Direito*, *op.cit.*, pág. 23.

<sup>11</sup> António Maria M. Pinheiro Torres. *Acerca dos Direitos de Personalidade*, Lisboa: Editora Rei dos Livros, 2000, pág. 13.

<sup>12</sup> Diogo Leite de Campos, A Génese dos Direitos da Pessoa, In: *Nós*, *op. cit.*, pág. 15.

<sup>13</sup> José de Oliveira Ascensão, *O Direito*, *op.cit.*, págs. 147 e seguintes.

<sup>14</sup> Diogo de Figueiredo Moreira Neto. *Curso de Direito administrativo*, 14ª Edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006, pág. 16.

Em um primeiro momento, tivemos a sociedade nômade, composta por caçadores que viviam em grupo migrando de uma região a outra em busca de alimento, mas a sua organização era bastante primitiva. Posteriormente, surge na Grécia Antiga uma sociedade mais sofisticada, na qual há, inclusive, a divisão do trabalho.

Neste período, o Direito estava mais vinculado aos direitos patrimoniais<sup>15</sup>, pois o seu objetivo era assegurar a autonomia privada dos cidadãos livres, que clamavam por mecanismos que possibilitassem a obtenção da finalidade pretendida: as relações negociais. Prevalencia uma concepção mecanicista do homem<sup>16</sup>, em que ele era considerado apenas como parte de uma relação negocial e como tal era titular de direitos e obrigações estritamente relacionados com o respectivo negócio.

O homem enquanto pessoa dotada de individualidade só veio a aparecer muito recentemente. Até então, o ser humano era visto como um mero ser integrante da natureza e da sociedade<sup>17</sup>. Ainda não existia a noção de pessoa ou qualquer preocupação com esta em si ou com o complexo de necessidades vitais, direitos e valores que ela envolve. A noção acerca do indivíduo, como pessoa singular, que possui corpo e alma, veio surgindo muito lentamente na história da humanidade.

No período pré-socrático, a filosofia buscava explicar o mundo através de uma reflexão centrada na cosmologia, mas por volta do século VI antes de Cristo identificamos uma crescente preocupação com o homem. Aqui já era possível verificarmos uma tentativa de explicação racional da origem do homem e do mundo, bem como, da relação entre o homem e a divindade<sup>18</sup>.

No entanto, a idéia de liberdade inata ao homem existente neste período não é a mesma que temos hoje. A liberdade na Grécia antiga não é aquela que reconhece o homem como titular

---

<sup>15</sup> António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, Parte Geral, Tomo III, 2ª edição, Lisboa: Almedina, 2007, págs. 29 e seguintes.

<sup>16</sup> Roxana Cardoso Brasileiro Borges. *Disponibilidade dos Direitos de Personalidade e Autonomia Privada*, Ed. Saraiva, 2005, págs. 09 e 10.

<sup>17</sup> Diogo Leite de Campos, A Génese dos Direitos da Pessoa, In: *Nós, op. cit.*, págs. 13 e 14.

<sup>18</sup> É assim que podemos ver em Eurípedes a idéia de que o homem é livre por natureza e em Sócrates que este é dotado de razão. Paulo Otero, *Instituições Políticas e Constitucionais*, 1ª Edição, Lisboa, Almedina, 2007, págs. 62-64.

de direitos autônomos perante o Estado, mas apenas permite a participação do cidadão nos “negócios públicos da cidade”, subordinado às “leis da cidade”<sup>19</sup>.

As leis da cidade, por sua vez, não seriam únicas. Acreditava-se que além das leis criadas pelo homem, existiria “uma ordem natural, formada por leis não escritas dirigidas a todos os homens, as quais não são de hoje ou de ontem, antes sempre existiram, e em relação às quais nenhuma lei humana pode transgredir”<sup>20</sup>.

Ou seja, o poder não seria ilimitado, mas estaria sujeito a restrições impostas por uma ordem natural. Assim, na hipótese de ser desrespeitada essa ordem natural pelo poder político, os atos praticados não seriam considerados válidos e, conseqüentemente, os cidadãos não eram obrigados a respeitar essas normas. Portanto, o Direito não corresponderia apenas ao conjunto de regras escritas emanadas pelo poder político, mas também às leis não escritas que por natureza sempre existiram.

Assim, PAULO OTERO afirma que a democracia tem a sua origem na Grécia antiga, intimamente relacionada com a defesa dos direitos da pessoa. A liberdade era o seu fundamento, a igualdade entre as pessoas determinava a participação política e a maioria era o critério para determinar a vontade decisória<sup>21</sup>.

Segundo o professor, a democracia ateniense estava baseada nas idéias de (i) igualdade, na medida em que as leis conferiam tratamento idêntico a todos no âmbito de seus conflitos privados; (ii) liberdade, ao conferir a cada cidadão o direito de se expressar nas assembléias; e (iii) fraternidade entre os cidadãos. Já aqui o Estado teria começado a sofrer limitações em relação às pessoas, não podendo intervir nas relações privadas<sup>22</sup>.

Mas LEITE DE CAMPOS destaca que na sociedade grega apenas os nobres eram reconhecidos como indivíduos singulares. Estes considerados semi-deuses, enquanto os demais eram vistos como meros integrantes da coletividade, sem qualquer individualidade<sup>23</sup>. Além disso, não existia uma cisão entre o político e o religioso (Estado e igreja caminhavam

---

<sup>19</sup> Paulo Otero, *Instituições Políticas e Constitucionais*, *op.cit.*, págs. 66 e 67.

<sup>20</sup> *Ibidem*, pág. 67.

<sup>21</sup> *Ibidem*, págs. 255 e 256.

<sup>22</sup> *Ibidem*, págs. 71 e 73.

<sup>23</sup> Diogo Leite de Campos, A Gênese dos Direitos da Pessoa, In: *Nós, op. cit.*, pág. 17.

juntos). As cidades estavam repletas de deuses e o dever de respeito às leis da cidade tinham um fundamento divino<sup>24</sup>.

É assim que em PLATÃO, é possível percebermos que o Estado<sup>25</sup> não existe para o homem, não tem o objetivo de satisfazer as necessidades de seus cidadãos; muito pelo contrário, o indivíduo existe para o Estado. Não há direitos da pessoa humana, mas prevalece o interesse da coletividade em detrimento do individual. Assim, “Platão personifica a anticonstituição”.<sup>26</sup> Para ele as leis não decorrem da vontade do povo, mas sim do filósofo, pois este seria dotado de um poder absoluto<sup>27</sup>.

Note-se que em PLATÃO encontramos os alicerces ideológicos do nazismo, pois neste filósofo já está presente a preocupação com a conservação da pureza da raça. Mais tarde, ao proceder a uma análise crítica da influência da tradição judaico-cristã na sociedade, NIETZSCHE reforça esta concepção ao deixar claro que os homens não seriam iguais. Para ele os homens “mais fortes e independentes, preparados e predestinados para o comando”<sup>28</sup> se utilizam da religião como um meio para dominar os demais.

Como alerta PAULO OTERO, ao afastar a idéia de igualdade entre os homens, Nietzsche acaba por defender um modelo de Estado totalmente afastado de quaisquer limites morais, no qual não há o reconhecimento da dignidade dos homens<sup>29</sup>. Estão lançados aí os ideais que tanto influenciaram os Estados totalitários da primeira metade do século XX.

Não se distanciando tanto desta concepção, ARISTÓTELES afirma que o poder decorre da própria natureza, uma vez que “todos os seres, desde o primeiro instante do seu nascimento, estão, por assim dizer, marcados pela natureza, uns para mandar, outros para obedecer.”<sup>30</sup> E como reflexo de uma concepção segundo a qual o indivíduo apenas tem importância quando

---

<sup>24</sup> Diogo Leite de Campos, A Gênese dos Direitos da Pessoa, In: *Nós, op. cit.*, pág. 19.

<sup>25</sup> Segundo Fernando J. Bronze, ressaltado o precedente na fase do Império Romano, o Estado apenas teria surgido na Idade Moderna, pois até o século XVIII o poder político pertencia à sociedade civil organizada. Fernando J. Bronze, Pessoa, Direito e Estado – algumas reflexões, In: *Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, vol. I, Lisboa: Almedina, 2008.

<sup>26</sup> Paulo Otero, *Instituições Políticas e Constitucionais, op.cit.*, pág. 79.

<sup>27</sup> Michel Villey, *La Formation de la Pensée Juridique Moderne*. Paris: Presses Universitaires de France, 2003, págs. 73 -77.

<sup>28</sup> Friedrich Nietzsche, *Para Além do Bem e do Mal: prelúdio a uma filosofia do futuro*. Tradução Carlos Morujão. Círculo de Leitores, 1996, pág. 81.

<sup>29</sup> Paulo Otero, *Instituições Políticas e Constitucionais, op.cit.*, págs. 316.

<sup>30</sup> Aristóteles, *Tratado de Política, op. cit.*, pág. 12

integrado na sociedade, também é possível identificar neste filósofo a importância da lei, na medida em que esta representaria o interesse comum da coletividade. Portanto, as pessoas que cumprem a lei são consideradas justas<sup>31</sup> e ao jurista cabe apenas assegurar o justo<sup>32</sup>.

Em Esparta também não há qualquer idéia de direitos do homem e o Estado é extremamente intervencionista na vida privada das pessoas. O ser humano não é visto como titular de direitos individuais, mas é uma peça na sociedade, que possui apenas deveres em função da coletividade<sup>33</sup>.

Mas, na filosofia estóica, podemos perceber um rompimento com o pensamento grego clássico. Nesta, a individualidade do homem é reconhecida e a pessoa é vista como um ser essencialmente livre. Vigoram os princípios da liberdade e igualdade, decorrentes de um direito natural que tem como principal fundamento o homem, com suas características. Mas LEITE DE CAMPOS salienta que não seria possível atribuímos aos estóicos a descoberta da categoria de pessoa, uma vez a sua base metafísica apenas lhe foi atribuída pelo cristianismo<sup>34</sup>.

Sob clara influência da escola estóica, a idéia de um direito natural universal e imutável, uma lei que decorre da natureza do homem, também tem seu desenvolvimento em CÍCERO. No Período Romano já se entendia que o Direito não decorreria da vontade dos povos ou do poder, mas sim da própria natureza do homem. Portanto, CÍCERO entende que a lei natural jamais pode ser ignorada e todos são livres e iguais<sup>35</sup>.

No que se refere aos direitos de personalidade, é possível detectar a sua presença, no Direito Romano. Seria o reconhecimento da necessidade de se tutelar a pessoa, mas estes ainda não eram previstos nos moldes que hoje o concebemos<sup>36</sup>. Mas já notávamos o surgimento da

---

<sup>31</sup> Aristóteles, *Ética a Nicômacos*, 4ª edição, Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001, pág. 92.

<sup>32</sup> “*Aussi bien l’office du juriste, selon cette philosophie, n’est point le service de l’individu, la satisfaction de ses désirs, ...; le juriste est «prêtre de la justice» (sacerdotes justiae, dit Ulpian des jurisprudents). Il poursuit le juste,...*” Michel Villey, *La Formation de la Pensée Juridique Moderne*, op. cit., pág. 243.

<sup>33</sup> Paulo Otero, *Instituições Políticas e Constitucionais*, op.cit., págs. 75 e 76.

<sup>34</sup> Diogo Leite de Campos, A Gênese dos Direitos da Pessoa, In: *Nós*, op. cit., págs. 17 e 18.

<sup>35</sup> Paulo Otero, *Instituições Políticas e Constitucionais*, op.cit., págs. 90 a 94.

<sup>36</sup> Luiz Roldão de Freitas Gomes, Noção de Pessoa no Direito Brasileiro, In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. LXIX, Coimbra, 1993, pág. 31 e seguintes; e Gustavo Tepedino, A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-constitucional Brasileiro, In: *Temas de Direito Civil*, 4ª Edição, Renovar, 2008, pág. 26. Neste artigo, Tepedino esclarece que o Direito Romano concebia apenas “a ação contra a injúria

noção de dignidade da pessoa humana, que assegurava ao indivíduo a mais elevada conceituação. Esta concepção é introduzida pela tradição judaico-cristã<sup>37</sup>, que tem como base da sua doutrina a idéia de que o homem teria sido criado à imagem e semelhança de Deus<sup>38</sup>. Ocorre que, nesse período inicial, a dignidade estava relacionada com a divindade, apenas passando para o próprio homem tempos depois.

O cristianismo representou uma verdadeira ruptura com o pensamento grego. Nas culturas oriental e grega clássica, a pessoa era vista como mero integrante da sociedade, como objeto, mas com o cristianismo surge uma busca da individualidade autônoma, em que o homem passa a ser portador de valores<sup>39</sup>. A liberdade e a igualdade são reconhecidas como inatas a toda pessoa humana, sem distinção de classe social. Surgem os direitos do homem, que irão limitar o poder do Estado.

A liberdade é reconhecida quando Deus permite que Adão e Eva, no exercício de sua autodeterminação, optem por desobedecer à proibição estabelecida por ele e escolham o pecado. Então, se o próprio Deus respeita a liberdade da pessoa humana, é claro que o Estado deve estar limitado por ela. Por sua vez, a igualdade entre os homens também está presente, quando o cristianismo reconhece que todos os homens são filhos de Deus e Jesus Cristo é enviado para salvar a humanidade.

Assim estes ideais estarão refletidos nas obras clássicas dos grandes pensadores da Igreja. Em SANTO AGOSTINHO, encontramos as bases da dignidade do homem, na medida em que ao afirmar que os seres humanos são filhos de Deus por serem dotados de racionalidade e inteligência, reconhece a liberdade humana e a igualdade entre as pessoas<sup>40</sup>. Além disso, este

---

que, no espírito prático dos romanos, abrangia qualquer atentado à pessoa física ou moral do cidadão, hoje associado à tutela da personalidade”.

<sup>37</sup> António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, Parte Geral, Tomo III, 2ª edição, Lisboa: Almedina, 2007, págs. 31 e seguintes.

<sup>38</sup> Diogo Leite de Campos, O Direito e os Direitos da Personalidade, In: *Nós, op. cit.*, pág. 111. Também neste sentido, Manuel Duarte Gomes da Silva, Esboço de uma concepção personalista do direito: reflexões em torno da utilização do cadáver humano para fins terapêuticos e científicos, In: *Separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. XVII, 1965, pág. 133.

<sup>39</sup> Diogo Leite de Campos, A Génese dos Direitos da Pessoa, In: *Nós, op. cit.*, pág. 16.

<sup>40</sup> “O que a ordem natural prescreve é isto, pois foi assim que Deus criou o homem: ‘Domine sobre os peixes do mar, as aves do céu e todos os répteis que rastejam sobre a terra’. Não quis ele, ser reacional feito à sua imagem, dominasse senão sobre os irracionais – e não que o homem sobre o homem, mas o homem sobre o animal. Por isso é que os primeiros justos foram instituídos mais como pastores de gado do que como reis de homens. Era mesmo desta forma que Deus sugeria o que a ordem das criaturas reclamava e o que a sanções do pecado exige.” Santo Agostinho, *A Cidade de Deus*, vol. III, 2ª edição, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2000, Livro XIX, capítulo XV, pág. 1923.



filósofo deixa claro que a justiça é o fundamento de validade de todo o Direito. Percebemos esta concepção, quando ao buscar esclarecer as definições utilizadas por Cipião nos livros de Cícero acerca *Da República*, demonstra que em verdade não existiu o Estado Romano, uma vez que a república depende de uma ordem justa, mas isto não era o que prevalecia em Roma<sup>41</sup>.

Por sua vez, em SANTO ISIDORO percebemos o desenvolvimento da concepção sobre o ideal de justiça e acerca da existência de uma ordem natural. Deste modo, afirma que apenas poderá ser considerada lei aquela que estiver garantida pela razão e distingue o Direito Natural, o Direito Civil e o Direito das Gentes. O Direito Natural seria aquele “comum a todos os povos, que existe em todas as partes pelo simples instinto da natureza, e não por nenhuma promulgação legal”<sup>42</sup>, ou seja, não seria produto do legislador. O Direito das Gentes seria o que hoje entendemos por Direito Internacional Público, que trata de assuntos como guerra, paz e se aplica a quase todos os povos<sup>43</sup>.

Prosseguindo com uma preocupação em torno do homem, ao analisar o significado dos termos pessoa em geral e pessoa divina, SÃO TOMÁS DE AQUINO esclarece que pessoa em geral significa substância individual de natureza racional<sup>44</sup>. No entanto, acaba por justificar a escravatura e a desigualdade entre as pessoas, quando afirma que no estado de inocência não existia o domínio de um homem sobre o outro, mas em razão do pecado original este foi imposto.

Prosseguindo, SÃO TOMÁS DE AQUINO legitima o poder dos governantes, quando alega que como o indivíduo é por natureza um ser social<sup>45</sup>, a vida em sociedade exige que alguém

---

<sup>41</sup> “... E no diálogo explica o que entende por adoção de um direito, mostrando que a República não pode ser governada sem a justiça. Portanto, onde não houver verdadeira justiça, não pode haver direito. O que se faz conforme o direito faz-se com justiça; o que se faz injustamente não se pode fazer conforme o direito.” Santo Agostinho, *A Cidade de Deus*, vol. III, *op. cit.*, Livro XIX, capítulo XXI, pág. 1941.

<sup>42</sup> “*El derecho puede ser natural, civil o de gentes. Derecho natural es el que es común a todos los pueblos, y existe en todas las partes por el simple instinto de la naturaleza, y no por ninguna promulgación legal.*” San Isidoro de Sevilla, *Etimologias*, I, 2ª edição, Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1993, Livro V, 4., pág. 511.

<sup>43</sup> San Isidoro de Sevilla, *Etimologias*, I, *op. cit.*, Livro V, 6., pág. 513.

<sup>44</sup> “*En effet, la personne en général signifie, comme on l’a dit, la substance individuelle de nature raisonnable.*” Thomas D’ Aquin, *Somme Theologique*, Paris: Les Éditions du Cerf, 1984, Tome 1, Question 29, Article 4, pág. 373.

<sup>45</sup> “*Premièrement, parce que l’homme est par nature un animal social, si bien que dans l’état d’innocence les hommes auraient eu une vie sociale. Mais la vie sociale d’une multitude ne pourrait exister sans un dirigeat qui necessairement plusieurs buts, mais un seul n’en recherche qu’un.*” Thomas D’ Aquin, *Somme Theologique*, *op. cit.*, pág. 819.

esteja à frente dos demais para dirigi-la no sentido do bem comum<sup>46</sup>. E deste modo a posição do governante perante o seu povo é equiparada à relação entre Deus e o mundo, o que acaba por vincular o rei a buscar sempre o bem<sup>47</sup>. Além disso, tanto os seres humanos como as entidades criadas por estes no viver em sociedade seriam existentes em si mesmas, decorrentes da própria ordem natural<sup>48</sup>.

É neste contexto que distingue as leis dos homens em justas e injustas. As justas são aquelas que têm força obrigatória<sup>49</sup>, pois se destinam ao bem comum, mas as injustas são as que estão em desacordo com o comando divino. A estas o povo não estaria vinculado, não seria obrigado a respeitá-las<sup>50</sup>. Vê-se pois que o homem deixa de ser visto como componente do Estado e a ser considerado pessoa, titular de direitos, que goza de autonomia perante o poder<sup>51</sup>.

Em sentido contrário, GUILHERME DE OCCAM<sup>52</sup> nega a existência do universal. Apenas os indivíduos singulares são dotados de existência real. Dessa forma, surge o nominalismo em oposição ao realismo, e é demarcada a passagem do direito clássico para o direito moderno. A lei seria produto da criação do homem e de Deus, expressão da vontade do legislador e da vontade divina.

OCCAM<sup>53</sup> rejeita firmemente a existência de um direito natural. Apenas reconhece o direito positivo, que seria de dois tipos: as leis divinas e as leis humanas. Como o legislador positivo é legitimado através de numa delegação de poderes, o Direito teria como única fonte a vontade individual, seja ela a do indivíduo Deus, seja a dos indivíduos homens. E acrescenta

---

<sup>46</sup> Thomas D' Aquin, *Somme Theologique*, Paris: Les Éditions du Cerf, 1984, Tome 1, Question 96, Article 4, págs. 819 e 820.

<sup>47</sup> “Luego el rey debe conocer que ha asumido este cargo, que es en su reino como el del alma en el cuerpo y el de Dios en el mundo. Si observase esto con diligencia, se encendería en él, por un lado, el celo por la justicia, al considerarse colocado para ejercerla en su reino en lugar de Dios; por otro, adquiriría la benignidad de la mansedumbre y la clemencia al juzgar a cada uno de los que se hallan bajo su gobierno como miembros propios.” Santo Tomás de Aquino, *La monarquía*. Tradução de Laureano Robles y Ángel Chueca, 3ª Edição, Madrid: Editorial Tecnos, 1995, pág. 64.

<sup>48</sup> Michel Villey, *La Formation de la Pensée Juridique Moderne*, *op. cit.*, pág. 224.

<sup>49</sup> “Les lois que portent les hommes sont justes ou injustes. Si elles sont justes, elles tiennent leur force d'obligation,...” Thomas D' Aquin, *Somme Theologique*, Paris: Les Éditions du Cerf, 1984, Tome 2, Question 96, Article 4, pág. 606.

<sup>50</sup> *Ibidem*, págs. 606 e 607.

<sup>51</sup> Diogo Leite de Campos, A Génese dos Direitos da Pessoa, In: *Nós*, *op. cit.*, pág. 41.

<sup>52</sup> Michel Villey, *La Formation de la Pensée Juridique Moderne*, *op. cit.*, pág. 220 e seguintes.

<sup>53</sup> “... toute autorité procède du consentement originel des assujettis...” Michel Villey, *op. cit.*, págs. 240.

que todo o direito, no fim, é composto de poderes individuais<sup>54</sup>, na medida em que existiria uma cascata de poderes, todos decorrentes do poder absoluto divino, hierarquicamente, por uma série de concessões sucessivas<sup>55</sup>.

Rompendo com o pensamento exclusivamente cristão, MARSÍLIO DE PÁDUA se ocupa da separação entre o plano religioso e o mundano<sup>56</sup>. Como destaca PAULO OTERO, este filósofo antecipa a modernidade constitucional e tem grande importância no desenvolvimento do regime democrático<sup>57</sup>, pois a partir da idéia de que todos são iguais<sup>58</sup>, reconhece a supremacia do poder legislativo<sup>59</sup> e afirma que o povo é o único soberano legítimo<sup>60</sup>, sendo a eleição o método preferencial de escolha dos governantes.

Assim, temos que a razão de ser do Direito está no homem. Ou seja, o Direito existe por causa do homem e para o homem. No entanto, a verdade é que a centralidade da pessoa como instrumento a se limitar o poder do Estado se espalhou por todo o ocidente com a Revolução Francesa, mas o embrião deste ideal é identificado no século XIII, com a Magna Carta britânica. Esta Carta consagra a liberdade da pessoa humana, o devido processo legal, a inviolabilidade da propriedade privada, dentre outros direitos do homem.

Conforme destacado por PAULO OTERO, a evolução constitucional britânica é anterior e qualitativamente superior ao contributo francês “em matéria de direitos humanos na limitação do poder político”<sup>61</sup>. Isto porque, a liberdade pessoal e os direitos individuais são a base do Direito Constitucional britânico, os direitos são apenas reconhecidos na lei fundamental e não

---

<sup>54</sup> *De sorte que tout le droit, à la fin, se compose de pouvoirs individuels.* Michel Villey, *op. cit.*, pág. 265.

<sup>55</sup> *Telle est cette cascade de pouvoirs, tous découlant de la puissance absolue divine, hiérarchiquement, par une série de concessions successives.* Michel Villey, *op. cit.*, págs. 266.

<sup>56</sup> Diogo Leite de Campos, A Gênese dos Direitos da Pessoa, In: *Nós, op. cit.*, pág. 42.

<sup>57</sup> Paulo Otero, *Instituições Políticas e Constitucionais, op. cit.*, págs. 113-121 e 256.

<sup>58</sup> Vale destacar que esta igualdade não se aplica às crianças, escravos, estrangeiros e mulheres. Neste sentido, “Llamo ciudadano según Aristóteles, 3.º de la Política, caps. 1.º, 3.º y 7.º, a aquél que en la comunidad civil participa del gobierno consultivo o judicial según su grado. Por esta delimitación quedan fuera de la condición de ciudadano los niños, los esclavos, los forasteros y las mujeres, aunque por razones diversas”. Marsilio de Padua, *El defensor de la paz*. Tradução de Luis Martinez Gomez. Madrid: Editorial Tecnos, 1989, pág. 55.

<sup>59</sup> “§ 10. La elección de cualquier principado o de otro oficio que se ha de instituir por elección, principalmente del que tiene fuerza coactiva, depende de la sola voluntad expresada por el legislador. (...) § 25. A ningún obispo, ni colegial ni individualmente, en cuanto tal, corresponde conceder la licencia de enseñar o de ejercer en público un arte o disciplina, sino que esto pertenece al legislador, al menos si es fiel, o, con su autoridad, al gobernante. Marsilio de Padua, *El defensor de la paz, op. cit.*, pág. 536.

<sup>60</sup> “... el legislador o la causa eficiente primera y propia de la ley es el pueblo...” Marsilio de Padua, *El defensor de la paz, op. cit.*, pág. 54.

<sup>61</sup> Paulo Otero, *Instituições Políticas e Constitucionais, op. cit.*, pág. 59.

resultado do texto constitucional, como ocorreu nas demais experiências constitucionais européias.

Ocorre que, à exceção do contributo britânico, ainda não temos a sua positivação ou a noção de que todo o ser humano tem igual qualidade. Esta idéia foi se difundindo na Europa muito lentamente, através de uma longa evolução do pensamento ocidental.

É certo que a tradição judaico-cristã trouxe a noção de pessoa, de que os homens são igualmente livres e titulares de direitos. Todavia, esses ideais ficaram por muito tempo aprisionados aos interesses políticos da época. O Estado absoluto não tolerava a idéia de ter seus poderes limitados pela vontade soberana do povo. Assim, vemos “uma permanente contradição em toda a História da evolução do relacionamento entre o Poder e os direitos da pessoa nos Estados europeus cristãos”<sup>62</sup>.

Como exemplo dessa problemática, podemos citar a época das grandes navegações e a colonização do continente americano. Como compatibilizar a imposição da cultura européia e a escravidão dos nativos destes territórios, se o cristianismo prega a idéia de igualdade entre todos os homens, como filhos do criador? É certo que o debate em torno deste tema foi vasto: houve quem acreditasse na possibilidade de um homem dominar outro através da instituição da escravatura<sup>63</sup>, enquanto outros defendiam a liberdade como valor inato ao homem<sup>64</sup>.

Assim temos a conhecida doutrina de MAQUIAVEL<sup>65</sup>, segundo a qual os fins justificam os meios. A crueldade poderá ser praticada pelos titulares do poder político desde que necessárias à segurança e à ordem<sup>66</sup>. No entanto, os direitos de conteúdo patrimonial devem

---

<sup>62</sup> Paulo Otero, *Instituições Políticas e Constitucionais*, op.cit., pág. 132.

<sup>63</sup> Apenas como exemplo é possível citar Aristóteles. “O homem que, por natureza, não pertence a si próprio, mas a outro, é, por natureza, escravo: é um objecto de posse e um instrumento para agir separadamente e sob as ordens do seu patrão.” Aristóteles, *Tratado da Política*, op. cit., pág. 12.

<sup>64</sup> Neste sentido, apenas como exemplo, estão Santo Agostinho e Bartolomeu de las Casas: “Da liberdade, que é natural, e da servidão que tem como primeira causa o pecado – porque o homem de vontade má, mesmo que não seja propriedade de outro homem, é escravo das suas próprias paixões.” Santo Agostinho, *A Cidade de Deus*, vol. III, 2ª edição, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2000, Livro XIX, capítulo XV, pág. 1923; “*Desde el principio del género humano, todos los hombres, todas las tierras y todas las otras cosas, por derecho natural y de gentes, fueron libres y alodiales, o sea francas y no sujetas a servidumbre.*” Bartolomé de las Casas, *De Regia Potestate*, volume VIII do Corpus Hispanorum de Pace, Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1984.

<sup>65</sup> Paulo Otero, *Instituições Políticas e Constitucionais*, op.cit., págs. 136-139.

<sup>66</sup> É sob este fundamento que Maquiavel demonstra a importância do direito de acusação pública para a manutenção da liberdade em uma república. Nicolo Machiavelli, *Comentários sobre a primeira década de Tito Lívio*. Tradução de Sérgio Bath, Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1982, 2ª edição, pág. 41.

limitar a atuação do poder político, uma vez que estes seriam direitos de maior importância, inclusive, em relação a aqueles de natureza estritamente pessoal.

Em sentido oposto, podemos citar PICO DELLA MIRANDOLA, que valoriza a pessoa e a vê como um ser que naturalmente é dotado de razão e liberdade. Para ele, quando Deus concluiu a criação, desejou que alguém fosse capaz de compreender a razão de sua obra, então decidiu criar o homem<sup>67</sup>. Assim, a dignidade surge como uma “qualidade de valor natural, inalienável e incondicionado”<sup>68</sup>.

Embora o cristianismo difundisse a importância do homem e suas características essenciais, na ordem jurídica vigente até os séculos XVIII e XIX não havia a previsão dos direitos da personalidade. Eram os usos e costumes que determinavam os deveres do homem em relação a Deus, à família e aos demais. O Direito apenas intervinha nas hipóteses de graves violações à ordem social<sup>69</sup>.

Nesta época, o direito à privacidade era inconcebível, uma vez que a vida particular das pessoas a todos interessava. Tudo que hoje consideramos como privado era público, pois desse modo era possível que uns controlassem o comportamento dos demais com o objetivo de verificar se as normas sociais de conduta estavam sendo observadas. Estas normas de conduta nada mais eram que os usos e costumes, modelos de comportamento criados pela própria natureza humana<sup>70</sup>.

O Direito Romano<sup>71</sup>, que até hoje influencia a legislação do mundo ocidental, era o Direito Privado adotado em praticamente toda a Europa Continental. Em Roma, para ser pessoa não bastava ser homem, mas necessariamente deveria possuir existência física completamente autônoma, ser livre e cidadão romano. Os escravos eram vistos como meras coisas, que não possuíam quaisquer direitos e não tinham capacidade jurídica.

Os direitos positivados não eram assegurados a todos. Na verdade, o que existia eram liberdades e privilégios de apenas algumas pessoas, como eclesiásticos e nobres. Toda a

---

<sup>67</sup> Giovanni Pico Della Mirandola, *Discurso sobre a Dignidade do Homem*. Tradução de Maria de Lurdes Sirgado Ganho, Lisboa: Edições 70, pág. 51.

<sup>68</sup> Paulo Otero, *Instituições Políticas e Constitucionais*, *op.cit.*, pág. 136.

<sup>69</sup> Diogo Leite de Campos, O Direito e os Direitos da Personalidade, In: *Nós*, *op. cit.*, págs. 115 e 116.

<sup>70</sup> *Ibidem*, págs. 112 -117.

<sup>71</sup> Paulo Otero, *Instituições Políticas e Constitucionais*, *op.cit.*, págs. 144 e 145.

preocupação em torno da pessoa girava em torno de interesses de natureza patrimonial. Assim, o nascimento e a morte tinham importância para delimitar o momento da aquisição de direitos patrimoniais e o fim da personalidade jurídica, pois desse modo eram definidos os aspectos sucessórios. Não havia qualquer preocupação com os direitos do nascituro, que era visto como uma parte do corpo da mãe<sup>72</sup>.

Neste contexto, a tutela jurídico-civil da pessoa humana permaneceu por muito tempo baseada numa perspectiva patrimonial, imperava a desigualdade jurídica das pessoas. A escravatura era vista como algo natural. Tanto que até a Revolução de 1789, temos no direito francês a presença de três classes de homens: os livres, os servos (que eram vinculados ao sistema feudal) e os escravos. Em Portugal, até 1773, os seres humanos eram divididos entre livres e escravos. No Brasil, essa divisão só acabou muito mais tarde, em 1888, com a abolição da escravatura.

Note-se que esta não era a única distinção que vigorava no período, pois a mulher era tida como uma pessoa com capacidade diminuída e mesmo entre os homens livres existiam algumas diferenças que produziam reflexos em sua capacidade jurídica<sup>73</sup>. Não existia uma idéia universal de pessoa.

Além disso, as normas raramente eram criadas pelo indivíduo, mas sim determinadas por modelos de comportamento que regulavam todos os aspectos da vida das pessoas de acordo com o seu status social<sup>74</sup>. Estas regras tinham o seu fundamento no Direito Natural. E assim o indivíduo era conduzido em nome de mecanismos sociais. Prevalencia o coletivo em detrimento do individual. O outro não era visto como obstáculo ao exercício dos direitos de cada um, mas como elemento que o ajuda no caminho para a sua salvação<sup>75</sup>.

O Direito Penal foi ainda mais rígido às influências cristãs. Sob a influência da justiça de Talião, permaneceu repleto de ofensas à dignidade da pessoa humana até o século XIX, sendo cruel e desumano. Dentre as diversas violações a direitos da pessoa, admitia-se a tortura como

---

<sup>72</sup> Paulo Otero, *Instituições Políticas e Constitucionais*, *op.cit.*, págs. 152-156.

<sup>73</sup> *Ibidem*, págs. 151 e 152.

<sup>74</sup> Diogo Leite de Campos, O Direito e os Direitos da Personalidade, In: *Nós, op. cit.*, pág. 113.

<sup>75</sup> Diogo Leite de Campos, O cidadão-absoluto e o estado, o direito e a democracia, In: *Nós, op. cit.*, págs. 140 e seguintes.

meio de prova, a pena não era pessoal e a responsabilidade criminal poderia recair sobre um terceiro<sup>76</sup>.

Diante deste contexto, não poderíamos deixar de destacar o importante contributo de TOMÁS MORE e de THOMAS HOBBS, nos séculos XVI e XVII<sup>77</sup>. MORE foi muito influenciado por Santo Agostinho e Picco della Mirandola, podendo ser considerado um humanista. Na sua principal obra, *Utopia*, em decorrência de uma reflexão sobre as desigualdades sociais existentes, cria uma ilha imaginária, na qual não há propriedade privada, todos são iguais e o Estado, detentor da propriedade, deverá fornecer saúde, educação, alimentação e previdência social. Está lançada a idéia do Estado do bem-estar social, que em prol do bem comum poderá cercear a liberdade das pessoas.

Por sua vez, HOBBS, precursor da teoria contratualista da origem do Estado, reconhece a individualidade da pessoa e verifica que os homens possuem diversos direitos naturais que são inalienáveis, como a vida e a liberdade<sup>78</sup>. Mas possui uma visão extremamente pessimista com relação ao homem, pois entende que caso ele permaneça nesta liberdade natural, viverá em guerra. Assim, se dois homens desejam a mesma coisa e caso ambos não a possam tê-la ao mesmo tempo, irão se esforçar para destruir o outro. Portanto, seria necessário que as pessoas, com o objetivo de ter a paz, instituassem um poder comum, ou seja, o Estado<sup>79</sup>.

É dessa forma que HOBBS cai em um paradoxo que até hoje tem forte influência no mundo ocidental, pois ao mesmo tempo que assegura os direitos do homem, acaba por criar Estados totalitários<sup>80</sup>. Em busca de segurança a todos, justifica limites a liberdade individual e a criação de um poder soberano absoluto, ilimitado, indivisível, que está acima dos súditos<sup>81</sup>, exercendo a sua soberania fundado na força e no medo. Além disso, como a instituição do Estado foi uma necessidade do povo, o soberano seria o único legislador e as leis ditadas por este nunca seriam injustas<sup>82</sup>.

---

<sup>76</sup> Paulo Otero, *Instituições Políticas e Constitucionais*, *op.cit.*, págs. 156-159.

<sup>77</sup> *Ibidem*, págs. 160-170.

<sup>78</sup> Thomas Hobbes, *Leviatã*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. Imprensa Nacional-Casa da Moeda, Primeira Parte, Capítulo XIV, págs. 117.

<sup>79</sup> Thomas Hobbes, *Leviatã*, *op.cit.*, Primeira Parte, Capítulo XIII, págs. 109-113.

<sup>80</sup> Paulo Otero, *Instituições Políticas e Constitucionais*, *op.cit.*, págs. 170.

<sup>81</sup> Diogo Leite de Campos, *A Gênese dos Direitos da Pessoa*, In: *Nós*, *op. cit.*, págs. 43 e 44.

<sup>82</sup> “Não devemos todavia concluir que com essa liberdade fica abolido ou limitado o poder soberano de vida e de morte. Porque já foi mostrado que nada que o soberano representante faça a um súbdito pode, sob qualquer pretexto, ser propriamente chamado injustiça ou injúria. Porque cada súbdito é autor de todos os actos praticados pelo soberano, de modo que a este nunca falta o direito seja ao que for, a não ser na medida em que ele próprio é

Embora possamos identificar uma crescente preocupação com a tutela dos direitos do homem, a verdade é que a história da humanidade nos mostra que o seu real desenvolvimento geralmente está associado às grandes transformações políticas e a períodos marcados por graves ofensas a estes direitos. Tanto é assim que as normas jurídicas só passaram a se dirigir a todos com igualdade de condições com as revoluções liberais.

A Revolução Inglesa iniciada em 1640 alterou o quadro político dominante e lançou uma das bases do constitucionalismo moderno ao defender a igualdade política, com o voto universal, a separação entre Estado e Igreja, bem como, a idéia de um governo com uma base de comum acordo, que agisse para proveito e segurança de todos. É certo que esses ideais não foram imediatamente implementados, mas influenciou a História política do mundo ocidental dos últimos duzentos anos<sup>83</sup>.

Além disso, embora a concretização desses ideais tenha levado um longo tempo para ocorrer, vemos na Inglaterra que após a Magna Carta foram publicados diversos atos com o objetivo de garantir direitos à pessoa: *Petition of Right*, em 1628, lei de *Habeas Corpus*, em 1679, *Bill of Rights*, em 1689 e *Act of Settlement*, em 1701<sup>84</sup>.

Note-se que a tutela desses direitos estava intimamente relacionada com as necessidades da sociedade britânica da época, que tinha como características a tolerância cívica e a prosperidade material baseada numa inabalável fé na ciência, que faziam da liberdade um valor absoluto. Esse contexto além de justificar a preocupação com a tutela dos direitos do homem, dá origem aos principais precursores ideológicos do liberalismo<sup>85</sup>.

No restante da Europa, a positivação desses direitos individuais nos textos constitucionais só ocorreu mais tarde, com as revoluções dos séculos XVIII e XIX, que marcam o fim do Estado absoluto e o surgimento do Estado Constitucional. Estes direitos positivados e consagrados nas Constituições tiveram um papel altamente relevante na nova ordem política que se

---

subdito de Deus, e conseqüentemente obrigado a respeitar as leis de natureza. Thomas Hobbes, *Leviatã*, *op.cit.*, Segunda Parte, Capítulo XXI, pág. 177.

<sup>83</sup> Paulo Otero, *Instituições Políticas e Constitucionais*, *op.cit.*, págs. 175 e 176.

<sup>84</sup> *Ibidem*, pág. 177.

<sup>85</sup> *Ibidem*, pág. 178.



instaurava, uma vez que apesar de sujeitarem o poder político a determinadas limitações, o legitimava.

LEITE DE CAMPOS<sup>86</sup> divide os direitos da personalidade em públicos e privados. Estes compreenderiam os direitos à vida, à integridade física, dentre outros, e sempre teriam sido protegidos. Mas os direitos públicos apesar de já estarem presentes no século XVIII, encontravam-se em uma fase de reconhecimento menos avançada.

No que se refere ao liberalismo, PAULO OTERO<sup>87</sup> destaca que este teve como seus alicerces históricos: (i) a igualdade de todos perante a lei, (ii) as liberdades de ação, pensamento e divulgação de idéias, (iii) a defesa da propriedade privada, “sujeitando-se sempre qualquer intervenção às exigências de legalidade, necessidade e compensação”, e (iv) limitação do poder.

A burguesia, composta por letrados, comerciantes e industriais não nobres insatisfeitos por estarem privados do poder, se voltam contra o poder real e dos nobres através de um discurso baseado nos direitos da pessoa e mais especificamente nas idéias de liberdade e igualdade. A liberdade estaria associada à libertação do povo do poder absoluto do rei e da supremacia dos nobres, enquanto a igualdade de todos os cidadãos seria alcançada através da destruição dos privilégios. Todo esse discurso fundado nos direitos da pessoa e na vontade geral nada mais era do que uma justificativa à tomada do poder pela burguesia<sup>88</sup>.

Dentre os pensadores da segunda metade do século XVII e início do século XVIII, que viviam sob o Estado absolutista, podemos constatar que todos defendem a garantia de direitos do homem perante o Estado, em função da necessidade de o ser humano viver em sociedade e de ser dotado de razão. Ou seja, tendo em vista que o homem por natureza vive em sociedade<sup>89</sup>, estes estudiosos demonstram a importância de se impor limites ao Estado com o objetivo de assegurar os direitos individuais, como vida, propriedade e liberdades.

---

<sup>86</sup> Diogo Leite de Campos, Os Direitos da Personalidade: Categoria em Reapreciação, In: *Nós – Estudos sobre o Direito das Pessoas*, Coimbra: Almedina, 2004, pág. 155.

<sup>87</sup> Paulo Otero, *Instituições Políticas e Constitucionais*, *op.cit.*, pág. 179.

<sup>88</sup> Diogo Leite de Campos, Os Direitos da Personalidade: Categoria em Reapreciação, In: *Nós, op. cit.*, pág. 156.

<sup>89</sup> Apesar de Locke e Rousseau acreditarem que o homem nasceu livre e que enquanto vivia no estado de natureza não existiam desigualdades, com o surgimento da propriedade privada surge a necessidade do Estado para evitar as disputas em torno desta.

Seguindo esta lógica, SAMUEL PUFENDORF desenvolve a noção de liberdade eticamente vinculada a deveres para com os demais. Em outras palavras, tendo em vista que todos são livres e iguais, a liberdade de cada um é limitada pelas necessidades do outro. Mas o grande contributo de PUFENDORF está na introdução da idéia de dignidade da pessoa humana como algo decorrente da sua própria natureza. Assim, como todas as pessoas têm igual natureza humana, a todas deve ser reconhecida a mesma dignidade e todos devem ser tratados como iguais<sup>90</sup>.

Por sua vez, SPINOZA considera a democracia como o melhor modelo político<sup>92</sup> e afirma que todos deverão respeitar a vontade da sociedade, uma vez que esta é a vontade de todos<sup>93</sup>. Ao contrário de Maquiavel, entende que a obediência dos homens ao Estado não deve se fundar no medo, mas estes devem ser guiados de forma sutil, de maneira que acreditem ser livres e estarem vivendo de acordo com o seu livre arbítrio<sup>94</sup>. E ressalta que a paz e a segurança deverão ser os fins do Estado<sup>95</sup>.

Também no sentido de que todos devem se submeter ao Estado na medida em que este é expressão da vontade geral, ROUSSEAU já advertia “que quanto mais o Estado cresce, mais

---

<sup>90</sup> “... Nay, there seems to him to be somewhat of ‘Dignity’ in the Appellation of Man: so that the last and most efficacious Argument to curb the Arrogance of insulting Men, is usually, ‘I am not a Dog, but a Man as well as your self’. (...) It follows that, among those ‘Duties which Men owe to each other’, this obtains the ‘second’ Place, That ‘every Man esteem and treat another’, as naturally ‘equal to himself, or as one who is a Man as well as he’.” Samuel Pufendorf, *The Whole Duty of Man*, According to the Law of Nature. Tradução de Andrew Tooke, Indianapolis: Liberty Fund, 2003, Capítulo VII, I, pág. 100.

<sup>91</sup> Como assinala Ingo Sarlet, para Pufendorf “mesmo o monarca deveria respeitar a dignidade da pessoa humana, considerada esta como a liberdade do ser humano de optar de acordo com sua razão e agir conforme o seu entendimento e sua opção.” Ingo Wolfgang Sarlet, *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*, 6ª edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, pág. 33.

<sup>92</sup> Esta noção foi claramente demonstrada já no preâmbulo do seu Tratado Político: “*En que se demuestra de qué modo hay que construir una Monarquía y a una aristocracia para que no degeneren en tiranía, y para que la paz y libertad de los súbditos permanezcan intactas.*” Baruch Spinoza, *Tratado Político*. Tradução de Enrique Tierno Galván, 3ª edição, Madrid: Tecnos, 1985, pág. 137.

<sup>93</sup> “... Por consecuencia, la voluntad de la República es tenida por la voluntad de todos y los actos, declarados justos y buenos por la República, lo son también, por este hecho, por cada uno de los súbditos. Así, aunque uno de estos súbditos estimase las decisiones de la República perfectamente injustas, no por ello estaría menos obligado a obedecerlas.” Baruch Spinoza, *Tratado Político*, op. cit., Capítulo III, 5), pág. 158.

<sup>94</sup> “Desde luego, un Estado que sólo intentase gobernar a los hombres por el miedo, podría ser que no tuviera defectos, pero tampoco tendría virtudes. Los hombres tienen que ser gobernados de tal modo que no sientan conducidos e imaginen que viven a su gusto y en virtud de una libre decisión. De este modo, para guardarlos no habrá que recurrir más que el amor por la libertad, al deseo de aumentar sus bienes y la esperanza de lograr honores.” Baruch Spinoza, *Tratado Político*, op. cit., Capítulo X, 8), págs. 255 e 256.

<sup>95</sup> “Es fácil saber cuál sea la mejor forma de gobierno si conocemos el fin del estado político. Este fin no es otro que la paz y la seguridad de la vida. El mejor Estado, por tanto, es aquel en el cual los hombres viven en concordia y cuyas leyes no se vulneran.” Baruch Spinoza, *Tratado Político*, op. cit., Capítulo v, 2), págs. 171 e 172.

diminui a liberdade”<sup>96</sup>. Ao homem não era reconhecida qualquer individualidade, pois não seria nada mais que uma entidade numérica a integrar a sociedade<sup>97</sup>. Como a vontade geral é manifestada pelo soberano e esta é superior às vontades individuais, voltamos ao modelo de Hobbes, em que o governante está acima dos súditos<sup>98</sup>.

Para LOCKE, no estado de natureza, o homem vivia em perfeita liberdade e igualdade<sup>99</sup>, mas em razão da necessidade de defesa da propriedade, ele opta por se subordinar ao poder do Estado através do consenso. No entanto, além do dever de proteção da propriedade, também constitui finalidade do Estado a tutela da vida, integridade do corpo e das liberdades<sup>100</sup>, inclusive a religiosa<sup>101</sup>.

Assim, LOCKE traça uma separação nítida entre Estado e religião<sup>102</sup>, como também, afirma que o legislativo além de ser o poder supremo do Estado, é sagrado e não pode ser retirado das mãos de quem a comunidade elegeu, pois é este o responsável por expressar o consenso da sociedade<sup>103</sup>. Todavia, destaca que a lei produzida pelo legislativo deve ter como objetivo determinar os direitos e proteger a propriedade, não podendo ser arbitrária<sup>104</sup>.

---

<sup>96</sup> “D’où il suit que plus l’État s’agrandit, plus la liberté diminue.” Jean-Jacques Rousseau, *Du Contrat Social*. Paris: Garnier-Flammarion, 1966, pág. 99.

<sup>97</sup> “Ces clauses bien entendues se réduisent toutes à une seule, savoir l’aliénation totale de chaque associé avec tous ses droits à toute la communauté. Car, premièrement, chacun se donnant tout entier, la condition est égale pour tous, et la condition étant égale pour tous, nul n’a intérêt de la rendre onéreuse aux autres.” Jean-Jacques Rousseau, *Du Contrat Social*. Paris: Garnier-Flammarion, 1966, pág. 51.

<sup>98</sup> “...To avoid these inconveniencies, wich disorder men’s properties in the state of nature, men unite into societies, that they may have the united strenght of the whole society to secure and defend their properties, and may have standing roubles to bound it, by which every one may know what is his.” John Locke, *The Second Treatise of Government: An Essay Concerning the True Original Extent and End of Civil Government*, Great Britain: Basil Blackwell, 1976, capítulo XI, 136., pág. 69.

<sup>99</sup> John Locke, *The Second Treatise of Government, op. cit.*, capítulo II, 4., pág. 4.

<sup>100</sup> John Locke, *Carta sobre a Tolerância*. Tradução de João da Silva Gama Lisboa: Edições 70, pág. 92.

<sup>101</sup> *Ibidem*, pág. 105.

<sup>102</sup> “Mas, para que ninguém refira como pretexto para uma perseguição e uma crueldade pouco cristãs a preocupação do Estado e o respeito pelas leis; para que, em contrapartida, outros, em nome da religião, não busquem a licença dos costumes e a impunidade dos seus crimes; para que, digo eu, ninguém, quer como súbdito fiel do príncipe, quer como crente sincero, a imponha a si ou aos outros, julgo que é preciso, antes de mais nada, distinguir entre os assuntos da cidade e os da religião e definir os limites exactos entre a Igreja e o Estado.” John Locke, *Carta sobre a Tolerância. op. cit.*, pág. 92.

<sup>103</sup> “...This legislative is not only the supreme power of the commonwealth, but sacred and unalterable in the hands where the community have once placed it;...” John Locke, *The Second Treatise of Government, op. cit.*, capítulo XI, 134., pág. 67.

<sup>104</sup> John Locke, *The Second Treatise of Government, op. cit.*, capítulo XI, 135., pág. 68.

MONTESQUIEU defende a separação de poderes como a única forma de se limitar o poder<sup>105</sup> e destaca a importância do legislativo, pois será através de seus representantes que a vontade do povo será manifestada. No entanto, esta concepção acaba por transformar o indivíduo em súbdito de si mesmo<sup>106</sup>, pois a sua liberdade está restrita a fazer apenas o que a lei permite<sup>107</sup>, uma vez que esta reflete a vontade geral.

Também neste sentido, podemos destacar HUME, que não deixa dúvidas sobre a importância da sociedade para os homens<sup>108</sup> e assinala a relevância da obediência ao governo para a manutenção da sociedade. Mas admite uma resistência ao Estado em hipóteses extraordinárias, quando o povo estiver correndo risco de violência ou tirania<sup>109</sup>.

Seguindo os filósofos do seu tempo, KANT assinala a importância do Direito na sociedade<sup>110</sup> e afirma que o Estado deve se fundar nos princípios de liberdade, igualdade e independência de cada membro da nação<sup>111</sup>. O ser humano seria dotado de um único direito inato e inalienável, que seria a liberdade, na medida em que esta abrangeria os demais princípios como o da igualdade e de respeito ao próximo<sup>112</sup>.

---

<sup>105</sup> “Il y a dans chaque État trois sortes de pouvoirs: la puissance législative, la puissance exécutive des choses que dépendent du droit des gens, et la puissance exécutive de celles qui dépendent du droit civil. (...) La liberté politique dans un citoyen est cette tranquillité d’esprit qui provient de l’opinion que chacun a de sa sûreté; et pour qu’on ait cette liberté, il faut que le gouvernement soit tel qu’un citoyen ne puisse pas craindre un autre citoyen.(...) Tout seroit perdu si le même homme, ou le même corps des principaux, ou des nobles, ou du peuple, exercoient ces trois pouvoirs: celui de faire les lois, celui d’exécuter les résolutions publiques, et celui de juger les crimes ou les différends des particuliers. Dans la plupart des royaumes de l’Europe, le gouvernement est modéré, parce que le prince, que a les deux premiers pouvoirs, laisse à ses sujets l’exercice du troisième. Chez les Turcs, où ces trois pouvoirs sont réunis sur la tête du sultan, il règne un affreux despotisme.” Montesquieu, *De L’Esprit des lois*, Paris: Librairie Garnier Frères, Tomo I, Livro XI, capítulo VI, págs. 152 e 153.

<sup>106</sup> Diogo Leite de Campos, A Gênese dos Direitos da Pessoa, In: *Nós, op. cit.*, pág. 44.

<sup>107</sup> “Pour qu’on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir. Une constitution peut être telle que personne ne sera contraint de faire les choses auxquelles la loi ne l’oblige pas, et à ne point faire celles que la loi permet.” Montesquieu, *De L’Esprit des lois*, Paris: Librairie Garnier Frères, Tomo I, Livro XI, capítulo IV, pág. 151.

<sup>108</sup> “É somente por meio da sociedade que o homem é capaz de suprir aos próprios defeitos e elevar-se a um pé de igualdade com as outras criaturas, chegando mesmo a adquirir certa superioridade sobre elas.” David Hume, *Ensaio Político*. Tradução de E. Jacy Monteiro, São Paulo: Instituto Brasileiro de Difusão Cultural, Pág. 29

<sup>109</sup> David Hume, *Ensaio Político*. Tradução de E. Jacy Monteiro, São Paulo: Instituto Brasileiro de Difusão Cultural, pág. 64.

<sup>110</sup> “O direito é a limitação da liberdade de cada um à condição da sua consonância com a liberdade de todos, enquanto esta é possível segundo uma lei universal; e o direito público é o conjunto das leis exteriores que tornam possível semelhante acordo universal.” Immanuel Kant, *A Paz Perpétua e outros Opúsculos*, Lisboa: edições 70, Pág. 74

<sup>111</sup> Immanuel Kant, *A Paz Perpétua e outros Opúsculos*, Lisboa: edições 70, Pág. 75

<sup>112</sup> Immanuel Kant, *A Metafísica dos Costumes*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, pág. 56.

Mas seu principal contributo será em torno da construção do princípio da humanidade, que nada mais é que o reconhecimento da dignidade da pessoa humana<sup>113</sup>. Assim, KANT afirma que o homem nunca deve ser visto ou utilizado como meio, mas sempre como um fim em si mesmo, que tem o dever de respeito ao próximo, pois todos são iguais<sup>114</sup>. Outra consequência do princípio da humanidade que tem especial relevância no âmbito deste trabalho é a criação de um limite ao próprio homem, chamados pelo autor de “deveres para consigo próprio”<sup>115</sup>. Desse modo nem a própria pessoa poderá renunciar a sua dignidade.

Por sua vez, HEGEL assinala a importância do Estado. Isto porque, embora entenda que o homem seja um ser racional e livre, acredita que é neste que o homem tem uma vida ética<sup>116</sup>. Apenas no Estado esta liberdade inata se realiza e, portanto, os interesses individuais deverão integrá-lo, pois só terão sentido se estiverem de acordo com o interesse geral da sociedade tutelado pelo Estado<sup>117</sup>. Ou seja, voltamos ao governante de Hobbes, que está acima dos súditos. A vontade geral é a do Estado e esta é mais importante que as vontades individuais<sup>118</sup>.

Percebe-se em HEGEL traços característicos do totalitarismo que veio a ser implementado em diversos países na primeira metade do século XX, pois este acredita no Estado como uma instituição forte, absoluta, no qual o individual se dissolve no coletivo. Segundo este pensador, as pessoas são subordinadas ao Estado e este é o responsável por estabelecer os limites da liberdade dos indivíduos<sup>119</sup>. Esta concepção acaba por transformar o “indivíduo em súbdito de si mesmo”<sup>120</sup>, pois a sua liberdade estará limitada a fazer apenas o que a lei permite

---

<sup>113</sup> Complementa Ingo Sarlet que para Kant a “concepção de dignidade parte da autonomia ética do ser humano, considerando esta (a autonomia) como fundamento da dignidade do homem, além de sustentar que o ser humano (o indivíduo não pode ser tratado – nem por ele próprio – como objeto”. Ingo Wolfgang Sarlet, *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*, op. cit., pág. 33.

<sup>114</sup> Paulo Otero, *Instituições Políticas e Constitucionais*, op.cit., págs. 203-211.

<sup>115</sup> Immanuel Kant, *A Metafísica dos Costumes*, op. cit., pág. 339.

<sup>116</sup> *Ibidem*, pág. 120.

<sup>117</sup> “*L’État est la réalité en acte de la liberté concrète; or, la liberté concrète consiste en ceci que l’individualité personnelle et ses intérêts particuliers reçoivent leur plein développement et la reconnaissance de leur droits pour soi (dans les systèmes de la famille et de la société civile), en même temps que d’eux-mêmes ils s’intègrent à l’intérêt général, ou bien le reconnaissant consciemment et volontairement comme la substance de leur propre esprit, et agissent pour lui, comme leur but final.*” Hegel, *Princípios de la Philosophie du Droit*, 5ª edição, Librairie Gallimard, 1940, pág. 195.

<sup>118</sup> Diogo Leite de Campos, O Direito e os direitos da personalidade, In: *Nós*, op. cit., pág. 121.

<sup>119</sup> Paulo Otero, *Instituições Políticas e Constitucionais*, op.cit., págs. 317-319.

<sup>120</sup> Diogo Leite de Campos, O Direito e os direitos da personalidade, In: *Nós*, op. cit., pág. 121.

Discordando de HEGEL, SHOPENHAUER acredita que o Estado é uma representação, ou seja, foi criado pela pessoa e apenas existe em função desta, para ela<sup>121</sup>. Valoriza a individualidade, como sendo algo que jamais pode ser renunciado e considera que o homem é mais importante do que o Estado, já que este é abstrato e a pessoa é real. No entanto, ao afirmar que a individualidade de cada homem e a manifestação ou concretização de sua vontade livre dependerá das capacidades inatas e da personalidade de cada um, acaba por justificar a desigualdade entre raças e sexos<sup>122</sup>.

Analisando as Revoluções Francesa e Norte-America, THOMAS PAINE<sup>123</sup> constata que a soberania passou a pertencer ao povo, sendo a Constituição um ato do povo a instituir o Estado<sup>124</sup>. Dessa forma, assinala que o poder não deve estar nas mãos do soberano, mas sim na lei<sup>125</sup>.

Além disso, PAINE distingue os direitos em: naturais, que seriam aqueles que decorrem da própria existência dos seres humanos, e civis, que são os que a pessoa tem em razão de ser membro da sociedade<sup>126</sup>. Mas registra que no que se refere à história da criação, apesar de ser possível que haja uma variação de opinião ou crença sobre certas particularidades, todos concordam com a unidade do homem, ou seja, todos os homens são iguais, uma vez que todos nascem iguais e possuem os mesmos direitos naturais<sup>127</sup>.

JOHN STUART MILL foi um dos pensadores mais importantes do liberalismo inglês, que, em suma, defendia a democracia representativa, com a participação de todos em igualdade de

---

<sup>121</sup> “Tudo o que o mundo encerra ou pode encerrar está nesta dependência necessária frente ao sujeito, e apenas existe para o sujeito. O mundo é pois representação.” Arthur Schopenhauer, *O Mundo como Vontade e Representação*. Tradução de M.F.Sá Correia, Porto: Rés Editora, pág. 8.

<sup>122</sup> Paulo Otero, *Instituições Políticas e Constitucionais*, op.cit., págs. 222 e seguintes.

<sup>123</sup> *Ibidem*, págs. 227 e seguintes.

<sup>124</sup> “... A constitution is not the act of a government, but of a people constituting a government; and government without a constitution, is power without a right.” Thomas Paine, *Rights of Man*, United States of America: Penguin Books, Parte 2, Capítulo 4, pág. 185.

<sup>125</sup> “The government of a free country, properly speaking, is not in the persons, but in the laws.” Thomas Paine, *Rights of Man*, United States of America: Penguin Books, Parte 2, Capítulo 3, pág. 184.

<sup>126</sup> “A few words will explain this. Natural rights are those which appertain to man in right of his existence. (...) Civil rights are those which appertain to man in right of his being a member of society.” Thomas Paine, *Rights of Man*, op. cit., Parte 1, pág. 68.

<sup>127</sup> “Every history of the creation, and every traditional account, whether from the lettered or unlettered world, however they may vary in their opinion or belief of certain particulars, all agree in establishing one point, ‘the unity of man’; by which I mean, that men are all of ‘one degree’, and consequently that all men are born equal, and with equal natural right, in the same manner as if posterity had been continued by ‘creation’ instead of generation, ...” Thomas Paine, *Rights of Man*, op. cit., Parte 1, pág. 66.

condições, e um Estado reduzido, cuja única finalidade é proporcionar segurança<sup>128</sup>. Dessa forma, a única justificativa para que o Estado ou as pessoas pudessem intervir sobre a liberdade das demais é a ‘autoproteção’<sup>129</sup>.

Para este autor a liberdade de consciência, de pensamento, sentimento e opinião, como também, a liberdade de associação e o livre desenvolvimento da personalidade são garantias absolutas, que não podem sofrer qualquer intervenção, mesmo que pela decisão de uma maioria política<sup>130</sup>. O único limite que existe para essa liberdade é o outro, ou seja, para justificar uma restrição à liberdade individual “é necessário que se preveja que a conduta de que se deseja demovê-la cause um mal a outra pessoa”<sup>131</sup>.

No entanto, ao prosseguir acaba por afirmar que nem todas as pessoas são iguais, existindo aqueles que ainda necessitam do cuidado dos demais. É o que ocorre com crianças, jovens que não atingiram a maioridade civil e mulheres, como também, civilizações retrógradas, que ainda estejam em um estágio inicial da evolução. No que se refere a essas civilizações, STUART MILL chega a afirmar que o despotismo seria uma forma legítima de governo, pois o objetivo seria o desenvolvimento destes povos.<sup>132</sup>

Mas PAULO OTERO destaca que a liberdade individual defendida por este filósofo não compreende em si a faculdade de o seu titular se privar desta. Dessa forma, uma pessoa não pode se vender ou permitir que outro a venda<sup>133</sup>.

---

<sup>128</sup> “*En réalité, cette question repose sur une autre plus fondamentale encore: à savoir, quel est entre les deux types ordinaires de caractère celui qu’il est le plus désirable de voir prédominer pour le bien général de l’humanité, le type actif ou le type passif, celui qui se plie aux circonstances ou celui qui entreprend de les faire plier. Les lieux communs de la morale, et les sympathies générales de l’humanité sont en faveur du type passif.*” John-Stuart Mill, *Le Gouvernement Représentatif*. Tradução de M. Dupont-White, Paris: Guillaumin et C., 1877, Pág. 78

<sup>129</sup> “... É o princípio de que o único fim em função do qual as pessoas têm justificação, individual ou colectivamente, para interferir na liberdade de acção de outro, é a autoproteção. É o princípio de que o único fim em função do qual o poder pode ser correctamente exercido sobre qualquer membro de uma comunidade civilizada, contra a sua vontade, é o de prevenir dano a outros.” John-Stuart Mill, *Sobre a Liberdade*. Tradução de Pedro Madeira, Lisboa: Edições 70, págs. 39 e 40.

<sup>130</sup> Stuart Mill não utiliza o termo direito ao livre desenvolvimento à personalidade, mas fala na liberdade “de moldar o nosso plano de vida de modo a adequar-se ao nosso carácter; de fazer o que quisermos, sofrendo quaisquer consequências que daí resultem...” John-Stuart Mill, *Sobre a Liberdade*. Tradução de Pedro Madeira, Lisboa: Edições 70, págs. 43 e 44.

<sup>131</sup> John-Stuart Mill, *Sobre a Liberdade*. Tradução de Pedro Madeira, Lisboa: Edições 70, pág. 40.

<sup>132</sup> *Ibidem*, págs. 40 e 41.

<sup>133</sup> Paulo Otero, *Instituições Políticas e Constitucionais*, *op.cit.*, pág. 233.

BENJAMIN CONSTANT teve grande importância no regime liberal francês, uma vez que o seu discurso estava baseado na importância dos direitos individuais<sup>134</sup> e da independência que a pessoa deve conservar na sua vida privada<sup>135</sup>. E posiciona-se favoravelmente ao sufrágio eleitoral censitário<sup>136</sup>, mas a titularidade da propriedade seria uma condição para o exercício de direitos políticos<sup>137</sup>.

Por outro lado, CONSTANT defende a soberania do povo e não de uma única pessoa, mas mesmo esta soberania deve ser limitada pelos direitos da pessoa<sup>138</sup>. Direitos estes que não são criados pelo Estado, mas existem independentemente de qualquer autoridade social ou política. Assim, a justiça e os direitos fundamentais limitam a vontade popular<sup>139</sup>.

Percebemos uma grande influência do individualismo no discurso filosófico-político deste período, na medida em que há uma valorização da liberdade negativa do indivíduo, como consequência da sua própria natureza. Estes ideais constituíram as bases do liberalismo, pois com a evolução técnica, o crescimento do mercado capitalista e a extrema divisão do trabalho é interessante a construção de um ser humano isolado, sem características próprias, adaptado à produção mecânica. A religião, os usos e costumes tradicionais também darão lugar a uma uniformização cultural e lingüística<sup>140</sup>.

Embora já houvesse uma preocupação com a tutela dos direitos individuais e as Constituições contemplassem um rol de direitos, tratava-se do Estado Liberal, em que as partes eram livres para celebrar negócios jurídicos entre si, sem a interferência estatal. Prevalencia o livre jogo das forças de mercado, em que a vontade das partes determinava a vinculação aos contratos, mediante a prévia fixação das cláusulas e condições contratuais, ou seja, já estavam presentes os princípios clássicos do contrato, notadamente, a autonomia da vontade e a *pacta sunt servanda*.

---

<sup>134</sup> Benjamin Constant, *Cours de Politique Constitutionnelle*, Tomo I, Paris: Didier, págs. 124 e seguintes.

<sup>135</sup> Paulo Otero, *Instituições Políticas e Constitucionais*, *op.cit.*, pág. 234.

<sup>136</sup> Benjamin Constant, *Cours de Politique Constitutionnelle*, Tomo II, Paris: Didier, págs. 11 e seguintes.

<sup>137</sup> “II. Sont aptes à exercer les droits politiques tous les Français qui possèdent, soit une propriété foncière, soit une propriété industrielle, payant un impôt déterminé, soit une ferme, en vertu d’un bail suffisamment long et non résiliable, est qui, par cette possession, existent sans le secours d’un salire qui les rende dépendans d’autrui.” Benjamin Constant, *Cours de Politique Constitutionnelle*, Tomo I, Paris: Didier, pág. 116.

<sup>138</sup> Benjamin Constant, *Cours de Politique Constitutionnelle*, Tomo I, *op. cit.*, págs. 161 e seguintes.

<sup>139</sup> Paulo Otero, *Instituições Políticas e Constitucionais*, *op.cit.*, pág. 236.

<sup>140</sup> Diogo Leite de Campos, O Direito e os direitos da personalidade, In: *Nós*, *op. cit.*, págs. 119 e 120.



No que se refere às declarações de direitos da época, verificamos que estas têm em comum os seguintes valores constitucionais liberais: (i) a importância dos direitos à liberdade, propriedade e segurança como finalidade precípua do Estado, (ii) limitação do poder do Estado pela lei, (iii) legitimação do poder pelo povo, e (iv) igualdade de todos perante a lei. Assim, a democracia permanece ligada às idéias de liberdade e igualdade<sup>141</sup>.

Nos Estados Unidos, temos três instrumentos de grande relevância que seguem estes valores liberais<sup>142</sup>: (i) a Declaração de Direitos de Virgínia, em junho de 1776, que também assegura garantias ao processo criminal, bem como, as liberdades de imprensa e religiosa, (ii) o *Bill of Rights*, aprovados em 1789 e ratificados em 1791, mas antes deste está (iii) a Declaração de Independência dos Estados Unidos de julho de 1776. Este instrumento constitui o marco da primeira experiência constitucional gerada pelo liberalismo e consagra a idéia de que o Estado existe para servir e garantir os direitos do homem. Dentre os aditamentos à Constituição americana, merece destaque o IX, que traz a primeira cláusula aberta de direitos fundamentais e assim deixa claro que “as normas emergentes da Constituição formal não são a única fonte reveladora dos direitos fundamentais”<sup>143</sup>.

Na França, foi elaborada a tão emblemática Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que teve como objetivo reconhecer, através de uma declaração solene, os direitos naturais, inatos e inalienáveis do Homem e, seguindo o modelo da época, consagra os valores constitucionais liberais<sup>144</sup>. Note-se que esta declaração é apontada “como o fundamento de criação da personalidade”<sup>145</sup>.

Por sua vez, Constituição francesa de 1793 teve grande relevância ao consagrar que a pessoa não se pode vender ou ser vendida e que a liberdade de cada um esbarra em um limite moral que é o dever de não fazer aos outros o que não gostaria que fizessem a você mesmo. Mas nem esta Constituição ou a Declaração que a integrava chegaram a entrar em vigor. Diferente das demais declarações que valorizavam mais a propriedade, a francesa de 1793 estava centrada na pessoa humana<sup>146</sup>.

---

<sup>141</sup> Paulo Otero, *Instituições Políticas e Constitucionais*, op.cit., págs. 250 e 256.

<sup>142</sup> *Ibidem*, págs. 237-240, 242 e 243.

<sup>143</sup> *Ibidem*, pág. 243.

<sup>144</sup> *Ibidem*, pág. 240.

<sup>145</sup> Diogo Leite de Campos, A Gênese dos Direitos da Pessoa, In: *Nós*, op. cit., pág. 53.

<sup>146</sup> Paulo Otero, *Instituições Políticas e Constitucionais*, op.cit., págs. 245 e 246.

Embora os ideais liberais fossem comuns, há um traço distintivo relevante entre o modelo democrático da Europa continental e o norte-americano, influenciado pelo inglês. No primeiro, há a diluição da liberdade e dos direitos fundamentais na coletividade, o que veio a justificar regimes de governo totalitários. Enquanto o modelo norte-americano tem como pressuposto a tutela das liberdades e garantias do indivíduo perante o poder, sendo este o vigente no mundo Ocidental, desde a 2ª Guerra Mundial<sup>147</sup>.

Note-se que já nesta época os direitos do homem eram vistos como algo decorrente da sua própria natureza, inerentes aos seres-humanos. Os direitos não eram criados pelas Declarações, mas sim pré-existentes a elas, que apenas os reconhecia. No entanto, tratava-se do Estado mínimo, que para assegurar estes direitos deveria ser limitado. O poder seria limitado tanto no seu interior, através da separação de poderes (legislativo, executivo e judicial), como no seu aspecto externo, só podendo interferir sobre a esfera da sociedade mediante lei autorizativa. Mas é certo que o poder legislativo era aquele que tinha grande importância, pois representava a vontade coletiva<sup>148</sup>.

A propriedade também tinha especial importância, sendo a sua titularidade que determinava a possibilidade de participação política. O Estado tinha como principal finalidade proporcionar segurança, pois este era o pressuposto da garantia da liberdade e da propriedade. Em regra, o Estado não poderia intervir na propriedade e na liberdade das pessoas, mas caso isto tivesse que ocorrer deveria estar fundada em uma habilitação legislativa para tanto.

Apesar de ter fracassado em muitos pontos, não há como negar que o liberalismo representou uma evolução na tutela dos direitos da pessoa. Além do direito à liberdade, era difundida a idéia de igualdade entre todos. Mas o avanço parava no seu reconhecimento, na medida em que esta igualdade de todos perante a lei era utópica, pois existiam diferenças de tratamento em razão de raça, sexo, a escravatura ainda era legítima e o voto era censitário<sup>149</sup>.

As Revoluções Liberais pautadas nos ideais de liberdade e igualdade nada mais eram que uma justificativa para uma substituição no poder: assumia a burguesia e saiam o rei e a nobreza. O povo e as mulheres permaneciam oprimidos, pois não podiam eleger os soberanos absolutos e

---

<sup>147</sup> Paulo Otero, *Instituições Políticas e Constitucionais*, *op.cit.*, págs. 264 e 265.

<sup>148</sup> *Ibidem*, págs. 251, 252 e 253.

<sup>149</sup> *Ibidem*, págs. 254 e 255.

nem serem eleitos. Tratou-se de mero processo de transferência do poder e assim o Direito e os direitos da pessoa eram determinados pela classe dominante<sup>150</sup>.

Na segunda metade do século XIX, as falhas do modelo liberal começam a ficar evidentes. E diante de um quadro de super-exploração salarial, horas excessivas de trabalho, condições subumanas de alimentação e moradia, contratos excessivamente onerosos para uma das partes, restou evidente que as forças do mercado não eram suficientes para assegurar uma relação de igualdade. Surgem, então, os movimentos sociais, que deram origem ao dirigismo contratual e ao Estado Social intervencionista<sup>151</sup>. Da mesma forma, o individualismo vai perdendo força e a liberdade positiva do ser humano volta a ser destacada. A concepção em torno da existência de uma ordem natural, na qual o homem deve ser conduzido segundo mecanismos sociais, também volta a ser valorizada<sup>152</sup>.

Conforme destaca PAULO OTERO, existiram três principais grupos de críticas ideológicas ao liberalismo, que produziram reflexos constitucionais no que se refere aos direitos da pessoa humana: (i) “o pensamento contra-revolucionário”, (ii) “o socialismo”, e (iii) “a doutrina social da igreja”<sup>153</sup>.

O pensamento contra-revolucionário apresenta duras críticas ao modelo liberal, principalmente no tocante à separação de poderes através da limitação da autoridade do rei pelo parlamento e pelas leis. O monarca é o soberano natural, segundo as leis divinas, e o costume deve ter muito mais valor que a lei. Assim, a liberdade e os direitos das pessoas devem se fundar na Constituição natural existente nas nações e não em Constituições escritas pelos homens.

Na Carta Constitucional francesa de 1814 podemos perceber uma forte influência deste pensamento, com a retomada do trono pelos Bourbons e uma redução da importância do parlamento. Embora permaneça consagrando a separação de poderes, a Carta deixa claro que

---

<sup>150</sup> Diogo Leite de Campos, Os Direitos da Personalidade: Categoria em Reapreciação, In: *Nós, op. cit.*, págs. 157 e 158.

<sup>151</sup> Arnoldo Wald, *Obrigações e Contratos*, v. 2, 13ª Edição, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998, p. 185.

<sup>152</sup> Diogo Leite de Campos, O Direito e os direitos da personalidade, In: *Nós, op. cit.*, pág. 120.

<sup>153</sup> Paulo Otero, *Instituições Políticas e Constitucionais, op.cit.*, pág. 268 -275.

a soberania constituinte reside no monarca e não no parlamento. O rei, através do poder moderador, era o responsável por toda a organização política<sup>154</sup>.

Este modelo político chegou ao Brasil já no período de regência de D. João e foi positivado na Constituição de 1824, outorgada pelo imperador D. Pedro I. Esta carta constitucional representou um grande avanço, na medida em que contemplava um rol de direitos individuais, adotava a separação de poderes e mantinha o regime monárquico, que vigorou no Brasil até 1889<sup>155</sup>.

Mas a eleição por sufrágio direto da nação e maioria absoluta de votos só veio a substituir o voto censitário, na Constituição de 1891. Esta Carta Constitucional também foi responsável por instituir a República Federativa, como forma de governo, por positivizar as garantias constitucionais e suprimir as penas de galés, de banimento judicial e morte<sup>156</sup>.

O socialismo se subdivide em (i) cristão e não-matxista, destacando-se dentre os seus pensadores Henri de Saint-Simon, Pierre Joseph Proudhon e Ferdinand Lassale, (ii) marxista, cujos grandes ideólogos foram Karl Marx e Friedrich Engels, e, posteriormente, (iii) lenista, em razão do contributo de Lenine<sup>157</sup>.

Como será possível perceber, o discurso de SAINT-SIMON e LASSALE influenciaram no desenvolvimento da doutrina social da igreja. Isto porque, ao criticar o Estado abstencionista liberal, LASSALE<sup>158</sup> defende um modelo de Estado mais ativo, que intervenha mais nos aspectos sociais e econômicos da sociedade, com o objetivo de conduzir os indivíduos ao seu próprio desenvolvimento. E SAINT-SIMON<sup>159</sup> difunde a idéia de fraternidade, segundo a qual todas as pessoas e os monarcas devem ter uma atuação no sentido de implementar uma melhoria nas condições de existência física e moral da classe mais pobre.

---

<sup>154</sup> Paulo Otero, *Instituições Políticas e Constitucionais*, op.cit., págs. 275 e 277.

<sup>155</sup> Celso Ribeiro Bastos, *Curso de Direito Constitucional*, 20ª Edição, São Paulo: Saraiva, 1999, págs. 97 e seguintes.

<sup>156</sup> *Ibidem*, págs. 105 e seguintes.

<sup>157</sup> Paulo Otero, *Instituições Políticas e Constitucionais*, op.cit., pág. 278-287.

<sup>158</sup> *Ibidem*, pág. 283.

<sup>159</sup> “«Je travaille à la formation d’une société libre ayant pour objet de propager le développement des principes qui doivent servir de base au nouveau système. (...) Cette entreprise est de même nature que la fondation du christianisme: elle a pour objet direct d’améliorer le sort de la dernière classe de la société et pour but général de rendre tous les hommes heureux quels que soient leurs rang et leur position».” H. De Saint-Simon, *Le nouveau christianisme – et les écrits sur la religion*, Paris: Éditions du Seuil, 1969, pág. 40.

Tendo em vista que a Constituição francesa de 1793 não chegou a entrar em vigor<sup>160</sup>, a Constituição portuguesa de 1822 pode ser considerada como a primeira a romper com o modelo liberal, no qual o Estado apenas tinha o dever de proporcionar segurança. Na Constituição de 1822 além da presença dos direitos clássicos do liberalismo (liberdade, segurança e propriedade), foram consagrados direitos que exigiam uma atuação dos governantes, no sentido de assegurar direitos à saúde e à educação, por exemplo. Assim, o Estado deixava de ter uma postura meramente abstencionista perante os direitos individuais para ter deveres relacionados à construção e manutenção de escolas públicas e hospitais<sup>161</sup>.

Na França, estes ideais apenas entraram em vigor com a Constituição de 1848. Além de consagrar direitos que exigem uma atuação positiva do Estado, resultado da influência do pensamento de Saint-Simon, esta carta teve grande importância ao abolir a escravatura e a pena de morte em razão de questões políticas. E, assim como a Constituição portuguesa de 1822, proibiu qualquer tipo de censura à imprensa e reconheceu a liberdade de ensino<sup>162</sup>.

Por fim, segundo o marxismo-leninismo, a propriedade privada deve ser abolida, bem como o Estado e as leis liberais, pois estas nada mais são do que expressão da vontade da burguesia. Então, para que ocorra a ruptura com este modelo liberal, é necessária a intervenção do Estado, em um primeiro momento<sup>163</sup>.

Nesta primeira fase, teríamos um Estado extremamente intervencionista para destruir a sociedade burguesa e instituir uma sociedade de iguais. Na etapa seguinte a este período intervencionista, o Estado não mais seria necessário, uma vez que inexistiria propriedade privada, os meios de produção seriam coletivos e saúde, transporte, educação e moradia seriam disponibilizados a todos.

Ocorre que nos países que implementaram o socialismo, esta segunda fase não chegou a ser conhecida. A Rússia foi o primeiro país a adotar o marxismo-leninismo, logo após a Revolução de Outubro, em 1917, sendo mantido até fins do século XX. Em seguida, muitos países

---

<sup>160</sup> A Constituição francesa de 1793 já trazia em seu corpo direitos que exigiam uma atuação positiva do Estado, uma vez que previa direitos sociais como o dever de oferecer emprego e o direito à educação.

<sup>161</sup> Paulo Otero, *Instituições Políticas e Constitucionais*, *op.cit.*, págs. 246-248.

<sup>162</sup> *Ibidem*, págs. 249, 250 e 280.

<sup>163</sup> *Ibidem*, págs. 283-289.

aderiram ao socialismo, mas, hoje, apenas a Coréia do Norte, Cuba e China, sendo que esta com algumas alterações, permanecem a adotá-lo.

A experiência dos países que seguiram o socialismo marxista-lenista nos mostra a presença de Estados totalitários, que interferem e violam os direitos da pessoa, sob a alegação de que assim o fazem em prol da manutenção do socialismo e em benefício do próprio povo. Infelizmente, a sociedade de iguais almejada pelos ideólogos do marxismo, em que todos gozam de plena liberdade e os seus direitos individuais são observados, jamais chegou a ser implementada.

Por fim, a doutrina social da igreja, desenvolvida por influência de SAINT-SIMON e LASSALE, teve os seus ideais expostos nas Cartas Encíclicas dos Papas Pio IX, Leão XIII e Pio XI e exerceu um papel relevante na formação do Estado Social, na medida em que podemos perceber a preocupação com o bem-estar material dos cidadãos, principalmente com os mais pobres, conferindo-lhes o direito de exigir uma atuação do Estado no âmbito social, econômico e cultural<sup>164</sup>.

Esta doutrina propõe uma ruptura com o modelo liberal abstencionista, através da qual a livre concorrência deveria deixar de ser o princípio diretivo da economia para dar lugar a um corporativismo orgânico e social. Agora, o principal objetivo do Estado deveria ser primar pela dignidade da pessoa humana, bem como pela harmonia entre as classes e profissões, fixando regras trabalhistas como um salário justo e a limitação das horas de trabalho. A propriedade seria um direito natural do homem e como tal deve ser assegurado pelo Estado.

Na verdade, esta concepção no sentido da necessidade de uma atuação positiva do Estado para tutela dos direitos da pessoa já estava presente no pensamento de filósofos muito anteriores ao liberalismo. Assim, notamos a influência da democracia de Péricles na Grécia Antiga, de Marsílio de Pádua, Tomás More, Kant e Hegel<sup>165</sup>. No entanto, esses ideais apenas ganharam expressivo reflexo nos ordenamentos jurídicos do pós I Guerra Mundial, em razão da grande depressão econômica que a seguiu.

---

<sup>164</sup> Paulo Otero, *Instituições Políticas e Constitucionais*, *op.cit.*, págs. 290-300.

<sup>165</sup> *Ibidem.*, pág. 334.

A Constituição de Weimar, de 1919, sofreu clara influência da doutrina social da igreja, ao consagrar deveres prestacionais do Estado no tocante ao seu compromisso de assegurar o bem-estar público<sup>166</sup>. Esta Carta surgiu no auge da crise do modelo Liberal e representou a ascensão do Estado Social, na medida em que consagrou direitos sociais, como os à educação, à cultura, à previdência e no que se refere às relações de produção e de trabalho. Note-se, que o termo ‘direitos fundamentais’, para designar os direitos do homem positivados na Constituição, foi pela primeira vez utilizado em Weimar, passando, então, a ser largamente adotado.<sup>167</sup>

Em Portugal, esta doutrina encontrou acolhida na Constituição de 1933, que permaneceu vigente até 1974<sup>168</sup>. No Brasil, podemos notar a sua influência na Constituição de 1934, que sepultou a antiga democracia liberal e instituiu a democracia social, como também, o sufrágio feminino e o voto secreto. Tal era o prestígio da doutrina social da igreja nesta Carta Constitucional que o nome de Deus constava em seu preâmbulo<sup>169</sup>.

Podemos afirmar que o Estado Social é uma evolução do Estado Liberal, em termos de tutela dos direitos da pessoa humana. Ao rol de direitos individuais, também chamados de direitos de 1ª geração, são acrescidos os direitos sociais, ou de 2ª geração. Ocorre que essa evolução na tutela dos direitos da pessoa não foi linear. Após a falência do modelo econômico liberal, a necessidade de um Estado interventor acabou servindo como justificativa para a instauração de regimes totalitários, como o fascismo, nazismo e socialismo. Estes regimes utilizaram a vontade geral do povo para fundamentar as sucessivas violações aos seus direitos<sup>170</sup>, representando verdadeiro retrocesso na garantia e tutela dos direitos da pessoa humana e atirando “o indivíduo para uma fase do processo histórico anterior ao cristianismo”<sup>171</sup>.

---

<sup>166</sup> Paulo Otero, *Instituições Políticas e Constitucionais*, *op.cit.*, págs. 299 e 300.

<sup>167</sup> Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, Direitos Fundamentais, 3ª Edição, Coimbra Editora, 2000, pág. 51. No entanto, cabe destacar que a expressão já havia sido utilizada antes. Prova disso é a obra publicada por Lopes Praça, em 1826: *A Constituição de 22 no seu artigo 1º mantinha igualmente e pela mesma ordem a liberdade, segurança e propriedade de todos portugueses, mais prudente nos parece a Constituição de 38 em quanto, nem incidentalmente, classifica os direitos fundamentais*. Lopes Praça. *Direito Constitucional Portuguez – Estudos sobre a Carta Constitucional de 1826*, Parte I, Coimbra: Imprensa Literária, 1878, págs. 25 e 26.

<sup>168</sup> Paulo Otero, *Instituições Políticas e Constitucionais*, *op.cit.*, págs. 301 e 302.

<sup>169</sup> Celso Ribeiro Bastos, *Curso de Direito Constitucional*, *op. cit.*, pág. 113.

<sup>170</sup> Diogo Leite de Campos, *A Génese dos Direitos da Pessoa*, In: *Nós, op. cit.*, pág. 45.

<sup>171</sup> Paulo Otero, *Instituições Políticas e Constitucionais*, *op.cit.*, pág. 307.

O Estado totalitário rompe com a tradição liberal e rejeita o valor universal e inviolável da dignidade da pessoa humana. O indivíduo passa a ser visto como mero integrante da sociedade, diluído nesta, privado de liberdade e dos direitos fundamentais de natureza pessoal e de participação política. O interesse geral tutelado pelo Estado tem maior importância e se sobrepõe aos interesses particulares dos indivíduos. Assim, a pessoa deixa de ser entendida como fim em si mesmo e passa a ser um meio à serviço dos fins do Estado, torna-se mero objeto<sup>172</sup>.

A ofensa à dignidade da pessoa humana, na primeira metade do século XX, foi tão grave, que inspirada nas idéias de Platão e Nietzsche sobre a importância de uma raça pura, a Alemanha nazista justificava a manutenção de campos de concentração e o extermínio dos judeus. Por outro lado, apesar dessas graves ofensas, não há como negar que o Estado nazista assumiu preocupações sociais e culturais.

O positivismo jurídico, inicialmente desenvolvido por Augusto Comte, foi utilizado como base dos regimes totalitários, na medida em que pregava uma obediência cega à norma, consequentemente reflexo da vontade de quem exercia o poder. Dessa forma, utilizando o próprio ordenamento jurídico, expressão da vontade geral, os governos totalitários encontravam a sua legitimidade e aniquilavam o fundamento ético do Direito<sup>173</sup>.

Mas, foi BENITO MUSSOLINI<sup>174</sup> quem, conjugando os ideais totalitaristas já presentes em Platão, Hobbes, Hegel e Nietzsche, criou a mais completa formulação conceitual do totalitarismo. MUSSOLINI<sup>175</sup> rejeita os ideais liberais e aqueles desenvolvidos pela Doutrina Social da Igreja para defender o Estado como um valor absoluto perante o indivíduo. A Igreja não tinha qualquer relevância, pois os governantes seriam a entidade máxima, que está acima do bem e do mal. É no mínimo intrigante verificar que um regime que envolve uma oposição radical a uma religião tenha surgido em sociedades cristãs.

---

<sup>172</sup> Paulo Otero, *Instituições Políticas e Constitucionais*, op.cit., págs. 303-310.

<sup>173</sup> Diogo Leite de Campos, Os Direitos da Personalidade: Categoria em Reapreciação, In: *Nós*, op. cit., pág. 159.

<sup>174</sup> Paulo Otero, *Instituições Políticas e Constitucionais*, op.cit., págs. 311 e 312.

<sup>175</sup> Benito Mussolini, *La Dottrina del Fascismo*, Milão: Treves-Treccani-Tumminelli, 1933, págs. 1-7. Cabe destacar alguns trechos das idéias fundamentais do fascismo, segundo Mussolini: “5. – *Il fascismo è una concezione religiosa (7), in cui l’uomo è veduto nel suo immane rapporto con una legge superiore, con una Volontà obiettiva che trascende l’individuo particolare e lo eleva a membro consapevole di una società spirituale. Chi nella politica religiosa del regime fascista si è fermato a considerazioni di mera opportunità, non ha inteso che il fascismo, oltre a essere un sistema di governo, è anche, e prima di tutto, un sistema di pensiero. “7.- Antiindividualistica, la concezione fascista è per lo Stato; ed è per l’individuo in quanto esso coincide con lo Stato, coscienza e volontà universale dell’uomo nella sua esistenza storica...”*”



Conforme salienta PAULO OTERO, o totalitarismo se baseia nas seguintes premissas: “(i) preferência do colectivo face ao individual, (ii) da autoridade perante a liberdade, (iii) da soberania das elites em relação à democracia, (iv) do instinto face à razão e (v) da violência perante o humanismo”<sup>176</sup>. Há ainda a hipervalorização do Estado, a concentração de poderes nas mãos de uma pessoa e uma desigualdade natural entre os homens.

Registre-se ainda que o domínio sobre o povo não era feito unicamente através do medo e da força, mas também com o uso das novas tecnologias e o controle integral das instituições de educação e meios de comunicação. Dessa forma, o Estado uniformizava as consciências e convicções pessoais da população<sup>177</sup>.

No Brasil, a influência fascista esteve presente na Constituição de 1937, que representou um grande retrocesso, na medida em que põe fim ao Estado democrático e adota um regime extremamente autoritário. Na verdade, esta constituição não chegou a vigor, uma vez que dependia de um plebiscito que nunca veio a ocorrer. Vigorava o Estado Novo, no qual prevalecia a vontade do ditador Getúlio Vargas<sup>178</sup>.

Mas com o término da II Guerra Mundial e a vitória dos Aliados, há uma retomada da preocupação com a tutela dos direitos da pessoa humana. Assim, os ideais difundidos pela doutrina social da igreja têm forte impulso, sendo apenas neste momento que os direitos de personalidade ganham os seus contornos atuais.

Após um período de graves violações aos direitos da pessoa, passamos a um modelo de Estado voltado ao bem-estar social, empenhado na realização da justiça social e da solidariedade. As Constituições, refletindo estes ideais, passam a prever a implementação dos direitos sociais como incumbência prioritária dos governos e para tanto é instituído um sistema fiscal.

Através do sistema fiscal implantado nos países é possível promover a redistribuição da riqueza e obter recursos para a implementação das políticas sociais previstas nas

---

<sup>176</sup> Paulo Otero, *Instituições Políticas e Constitucionais*, *op.cit.*, pág. 304.

<sup>177</sup> *Ibidem*, págs. 326 e 327.

<sup>178</sup> Celso Ribeiro Bastos, *Curso de Direito Constitucional*, *op. cit.*, pág. 118 e seguintes.

Constituições. No entanto, o princípio do bem-estar social não está atrelado apenas a aspectos materiais, mas também a uma vertente imaterial da qualidade de vida. Ou seja, para que se alcance o pleno desenvolvimento da pessoa, o Estado não é mais responsável apenas pela promoção de saúde, educação, moradia e trabalho, mas deve assegurar os direitos políticos, culturais e ambientais<sup>179</sup>.

Além disso, como reflexo dos direitos fundamentais assegurados a categorias determinadas de pessoas, são adotadas políticas estatais de interferência no Direito Privado. Cite-se como exemplos: as Leis Trabalhistas, do Inquilinato, Securitárias, os Códigos de Defesa do Consumidor dentre outros.

Agora, ao contrário do que ocorria no Estado Liberal, o legislativo perde a sua posição de protagonista para o executivo, pois será este o responsável pela implementação das políticas relativas ao bem-estar social. Neste sentido, PAULO OTERO afirma que “a satisfação dos direitos sociais torna o ser humano mais dependente da actuação do poder administrativo do que de qualquer acção do legislador”<sup>180</sup>.

E assim o mencionado autor<sup>181</sup>, ao analisar os textos constitucionais do Estado Social, aponta três fases na evolução do rol de direitos fundamentais (i) os textos proclamados nos anos quarenta do século XX já contemplavam uma formulação da função social da propriedade e tinham como característica a preocupação com os direitos ao trabalho, da segurança social, saúde, educação e cultura; (ii) aqueles dos anos setenta e oitenta do século XX, acrescentam ao rol de direitos matérias relacionadas à preocupação com as gerações futuras, como os deveres de proteção do ambiente, ecologia e do patrimônio artístico e cultural; (iii) nos textos publicados nos anos noventa do século XX é acrescentada uma nova geração de direitos fundamentais, que surgem em razão do progresso científico e tecnológico nas áreas da genética e biomedicina.

Neste contexto, temos a Constituição francesa de 1946 como a primeira carta europeia a consagrar uma cláusula de bem-estar social. Após, veio a Constituição italiana de 1947 e a Lei Fundamental de Bona de 1949, encontrando-se nesta os alicerces do Estado Social de

---

<sup>179</sup> Paulo Otero, *Instituições Políticas e Constitucionais*, *op.cit.*, pág. 342.

<sup>180</sup> *Ibidem*, pág. 345.

<sup>181</sup> *Ibidem*, págs. 359-361.

Direito<sup>182</sup>. Em Portugal, o modelo de Estado Democrático de Direito, baseado na dignidade da pessoa humana, no respeito pela vontade popular e compromissado a promover o bem-estar social e garantir os direitos fundamentais, apenas veio a ser previsto na Constituição de 1976.

No Brasil, com a queda de Getúlio Vargas em 1945, a Constituição de 1946 rompe com o regime totalitário do Estado Novo para retornarmos a um regime democrático, que conciliava um pensamento libertário no plano político, sem deixar de se preocupar com o campo social e com a tutela dos direitos individuais<sup>183</sup>.

Mas em 1964, as Forças Armadas tomam o poder e após sucessivas emendas à Constituição e Atos Institucionais, é elaborada a Carta Constitucional de 1967. Com esta retornamos ao regime autoritário, no qual houve a redução da autonomia individual, voltou a ser possível a suspensão de direitos e garantias constitucionais e notou-se uma extrema concentração de poderes nas mãos do Executivo<sup>184</sup>.

É somente na Constituição brasileira de 1988 que retornaremos ao Estado Democrático de Direito, baseado na dignidade da pessoa humana, nos moldes das Constituições europeias do pós Segunda Guerra Mundial, mas já com a presença dos deveres de proteção do ambiente, ecologia e do patrimônio artístico e cultural no rol de direitos fundamentais<sup>185</sup>.

Paralelamente à preocupação dos Estados em refletir nos seus textos constitucionais a preocupação com a tutela dos direitos da pessoa humana, após a Segunda Guerra Mundial, verificamos uma universalização dos direitos individuais, com a proclamação de instrumentos normativos de âmbito global e com a criação de estruturas internacionais de controle<sup>186</sup>.

Dentre os instrumentos normativos internacionais, que refletiram claras preocupações sociais, podemos citar a Carta das Nações Unidas, de 26.06.1945, e a Declaração Universal dos Direitos do Homem, proclamada em 10.12.1948, no âmbito da Assembléia Geral das Nações

---

<sup>182</sup> Paulo Otero, *Instituições Políticas e Constitucionais*, op.cit., págs. 348 e 349.

<sup>183</sup> Celso Ribeiro Bastos, *Curso de Direito Constitucional*, op. cit., pág. 126.

<sup>184</sup> *Ibidem*, pág. 132 e seguintes.

<sup>185</sup> Artigo 5º, LXXIII, da Constituição Federal brasileira.

<sup>186</sup> António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, op. cit., págs. 133 e 134.

Unidas. Tal é a importância desta declaração que ela possui uma força hierárquico normativa superior aos demais atos internos ou internacionais<sup>187</sup>.

Além destes textos internacionais, foram aprovados diversos outros também dotados de aplicação universal e heterovinculativos relativamente aos Estados: Convenção Internacional para Supressão do Tráfico de Seres Humanos e da Exploração de Outrem, em 1950, Convenção Internacional para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, em 1965, Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos do Homem, em 1997, dentre outros.

Note-se que ainda surgiram instrumentos regionais com o objetivo de assegurar os direitos da pessoa humana. Nas Américas, podemos citar a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem e a Carta Americana das Garantias Sociais, ambas em 1948, como também, o Pacto de São José da Costa Rica, em 1969.

No Brasil, até recentemente muito se discutia sobre a hierarquia normativa dos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos. Muitos afirmavam que teriam a mesma hierarquia de norma constitucional, enquanto outros entendiam que seriam equivalentes a leis ordinárias, e por fim havia os que defendiam a posição dos tratados acima das leis ordinárias, mas abaixo da Constituição.

Com a Emenda Constitucional n.º 45 e a introdução do artigo 5º, parágrafo 3º, da Constituição Federal, restou estabelecido que os tratados aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por maioria de três quintos dos votos dos respectivos membros, adquirem status constitucional. Ou seja, para que os Tratados Internacionais sejam considerados normas constitucionais deverão se submeter à mesma sistemática de aprovação de emendas.

Mas ainda restava por ser definida a posição no direito interno dos Tratados que não houvessem se submetido ao referido sistema de votação. Assim, o Plenário do Supremo Tribunal Federal brasileiro pacificou a questão no sentido de se filiar à corrente que defende o status supralegal dos Tratados Internacionais sobre direitos humanos. Esta posição foi adotada

---

<sup>187</sup> Paulo Otero, *Instituições Políticas e Constitucionais*, *op.cit.*, pág. 36.

pelo Supremo ao concluir pela impossibilidade de prisão civil de alienante fiduciário infiel, uma vez que esta é veda pelo Pacto de São José da Costa Rica e o Brasil é seu signatário<sup>188</sup>.

Todavia, hoje ganham maior relevância os acordos que surgiram no âmbito regional, com o objetivo de incentivar a atividade econômica dos Estados. Dentre eles, podemos citar, no continente Americano, temos a Área de Livre Comércio das Américas e, na América do Sul, o MERCOSUL. Todavia, ambos estão em estágio de desenvolvimento integracionista muito inferior ao que encontramos no continente Europeu.

Na Europa, merece destaque a Convenção Européia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, em 1950, a Carta Social Européia, em 1961, e a Convenção sobre os Direitos do Homem e da Biomedicina, todos no âmbito do Conselho da Europa.

Registre-se que os instrumentos regionais que surgiram neste continente tinham uma característica especial, pois tratava-se do passo mais relevante no longo caminho de construção de uma Europa. Esta intenção apesar de estar presente nos tempos mais remotos, ganha forte impulso no pós II Guerra Mundial, numa Europa devastada pela guerra em todos os setores e que sofria a ameaça de invasão soviética.

Neste quadro, temos o nítido objetivo de reconstrução dos Estados Europeus, através da criação de mecanismos de cooperação nos planos político, econômico e de defesa, que culminaram com a constituição, em 1947, do Comitê Internacional de Coordenação dos Movimentos para a Unidade Européia e a realização de um Congresso, em Haia, no período de 07 a 10 de maio do mesmo ano.

Já no Congresso de Haia, temos duas tendências integracionistas marcadamente distintas<sup>189</sup>: a corrente federalista, que defendia a criação de uma federação política, e a pragmática<sup>190</sup>, que

---

<sup>188</sup> Notícia veiculada na página eletrônica do Supremo Tribunal Federal, em 03.12.2008, e acessada por nós em 25.05.2009: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=100258>. Vale também citar a liminar concedida pelo Ministro Celso de Mello no Habeas Corpus n.º 98893, para suspender a prisão civil de depositário judicial infiel - notícia acessada em 10.06.2009, no site: [http://www.editoramagister.com/noticia\\_ler.php?id=36864](http://www.editoramagister.com/noticia_ler.php?id=36864). Note-se que este entendimento já foi adotado em decisão monocrática no Tribunal Regional do Trabalho da 23ª Região: Habeas Corpus n.º 00161.2009.000.23.00-4, Relator Desembargador Tarcísio Valente, notícia acessada em 28.05.2009 no site: [http://www.editoramagister.com/noticia\\_ler.php?id=36539](http://www.editoramagister.com/noticia_ler.php?id=36539); e no Tribunal de Justiça de Mato Grosso: Habeas Corpus n.º 112573/2008, Relator Juiz Substituto Marcelo Souza de Barros, notícia acessada em 01.06.2009 no site: [http://www.editoramagister.com/noticia\\_ler.php?id=36621](http://www.editoramagister.com/noticia_ler.php?id=36621).

defendia a criação de organismos intergovernamentais, com a manutenção da soberania dos Estados-membros.

Inicialmente, tanto no Tratado de Paris<sup>191</sup>, de 1951, como nos Tratados de Roma<sup>192</sup>, de 1957, vemos que o modelo pragmático vingou. No entanto, em Maastricht temos a criação de uma dupla via de unificação europeia<sup>193</sup>, marcada pelo sistema dos pilares: comunitário, no qual os Estados-membros limitam parte de sua soberania e a delegam para a União Europeia; e intergovernamentais, nos quais permanece assegurada a soberania dos Estados-membros.

Note-se que desde a fase inicial da integração europeia até os dias atuais o principal ponto de divergência dos Estados Europeus está nos limites de delegação de parte da sua soberania para uma entidade comum. A recente tentativa de ratificação do Tratado que instituiu uma Constituição para a Europa (TECE) demonstra claramente esta tensão<sup>194</sup>.

Por fim, é fundamental esclarecer que não consideramos os Tratados institutivos que surgiram no âmbito europeu como Tratados Internacionais. E o principal motivo para tanto está na limitação da soberania dos Estados-membros. Isto porque, estes instrumentos acabaram por delegar determinadas matérias a União Europeia (UE), de onde decorre o princípio do primado, através do qual a norma comunitária prevalece sobre a nacional. Tal fato, jamais poderia ocorrer no âmbito do Direito Internacional Público.

---

<sup>189</sup> João Mota de Campos e João Luiz Mota de Campos. *Manual de Direito Comunitário*, 5ª Edição, Coimbra Editora, 2007, Pág. 37 e 38; e Ana Maria Guerra Martins, *Curso de Direito Constitucional da União Europeia*, Almedina, 2004, pág. 47.

<sup>190</sup> Maria Luísa Duarte fala em corrente “unionista” para se referir ao grupo que propunha a cooperação intergovernamental. A autora entende que a criação do Conselho da Europa seria resultado das aspirações dessa corrente e que os “federalistas” teriam adotado uma posição mais flexível a fim de priorizar a idéia de integração econômica, o que teria culminado na criação das Comunidades Europeias. *Direito da União Europeia e das Comunidades*, 2001, vol. I, Tomo I, Lex, págs. 34 e 35.

<sup>191</sup> Tratado da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA).

<sup>192</sup> Tratados da Comunidade Econômica Europeia (CEE) e da Comunidade Europeia de Energia Atômica (CEEa).

<sup>193</sup> Neste sentido, Maria Luísa Duarte afirma que o 1º pilar seria marcado pela integração das soberanias e os demais pilares seriam relativos à cooperação intergovernamental. *Direito da União Europeia e das Comunidades*, *op. cit.*, pág. 72.

<sup>194</sup> Em razão do resultado negativo dos referendos realizados na França e nos Países Baixos, Estados membros da UE, o TECE não chegou a ser ratificado, sendo portanto necessária a elaboração de um novo Tratado. Deste modo, em 13.12.2007, foi assinado o Tratado de Lisboa, hoje em vigor. Maria José Rangel de Mesquita, Sobre o mandado da Conferência Intergovernamental definido pelo Conselho Europeu de Bruxelas: É o Tratado de Lisboa um Novo Tratado?, In: *Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, vol. I, Lisboa: Almedina, 2008, págs. 551 e seguintes.

Por outro lado, por razões óbvias, os Tratados institutivos não podem ser considerados como uma Constituição formal. Trata-se, deste modo, de uma Constituição material<sup>195</sup>, porque (i) além de os tratados institutivos criarem a UE e estabelecerem o seu modo de funcionamento, são hierarquicamente superiores tanto na ordem jurídica da UE, como com relação ao direito dos Estados-membros; e (ii) o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE) atua como um tribunal constitucional<sup>196</sup>, na medida em que possui competência para fiscalizar a constitucionalidade e a legalidade comunitárias.

Pelo exposto, foi possível perceber que ao longo da evolução do Direito, tivemos uma fase na qual a pessoa era absorvida pelo coletivo, não lhe sendo reconhecida qualquer individualidade. O poder do soberano era incontestável, pois estava fundado na vontade divina. Com o advento do Estado Liberal passamos a um modelo completamente individualista, no qual prevalecia uma ampla liberdade. O único limite à liberdade estava no outro. Em seguida, temos a ascensão dos Estados totalitários, com o retorno da predominância completa do social sobre o individual.

Por fim, chegamos ao Estado Social de Direito, no qual são assegurados direitos individuais e sociais. Neste, podemos afirmar que há o reconhecimento do indivíduo, mas que como ser naturalmente dependente do outro está inserido na sociedade. Busca-se aqui um equilíbrio entre o individual e o social. Ocorre que, como veremos a seguir este modelo de Estado já vem apresentando diversos problemas.

Paralelamente ao reconhecimento dos direitos no plano interno, vimos a sua presença em diversos instrumentos internacionais, inclusive com a criação de organismos próprios para atuar na sua tutela, como o Tribunal Penal Internacional, a Organização das Nações Unidas e outros.

Neste âmbito, é preciso fazermos uma ressalva no que se refere às intervenções de um Estado em outro, sob o fundamento de salvaguardar os Direitos do Homem. Mais especificamente, estamos aqui a nos referir à presença dos Estados Unidos, com tropas militares, nos países

---

<sup>195</sup> Para maiores aprofundamentos sobre a natureza constitucional dos tratados institutivos: Ana Maria Martins, *Curso de Direito Constitucional da União Europeia*, op. cit., págs. 121 e seguintes; e Fausto de Quadros, *Direito da União Europeia*, Lisboa: Almedina, 2004, págs. 23, 78, 79, 80 e 337.

<sup>196</sup> Para uma análise do Tribunal de Justiça como tribunal constitucional: Nuno Piçarra, A Justiça Constitucional da União Europeia, In: *Estudos jurídicos e económicos em homenagem ao Professor Doutor António de Sousa Franco*, vol. 3, Lisboa: 2006.

árabes, que adotam a religião muçumana. Esta ocupação tem sido feita sob o argumento do combate ao terrorismo e na defesa dos direitos da pessoa.

Neste ponto, encontramos dificuldades em aferir a possibilidade dessas intervenções face à soberania dos Estados e ao direito à identidade cultural. E assim questionamos se seria justa ou legítima a imposição de valores do mundo ocidental a aquelas sociedades. Por outro lado, como admitir as flagrantes violações aos direitos da mulher ocorridas naqueles Estados<sup>197</sup>? Confessamos que não temos uma resposta a esses questionamentos tão atuais, mas registramos que esta é uma questão que merece reflexão. Todavia, não temos dúvidas em afirmar que a proteção dos direitos da pessoa não pode servir de pretexto para o domínio de um país sobre o outro<sup>198</sup>.

Por fim, destacamos que outro fenômeno muito atual é a tendência integracionista, com a criação de blocos regionais voltados principalmente ao desenvolvimento econômico dos Estados-membros. Mas no continente europeu tal é o estágio de integração, que não mais estão envolvidos apenas aspectos econômicos, como também diversas outras matérias, que acabam por colocar em questão a soberania dos Estados.

Deste modo, passaremos a analisar no tópico seguinte este modelo de Estado Social de Direito predominante no cenário atual e adotado por Portugal e Brasil, que tem a pessoa humana como fundamento de seus respectivos ordenamentos jurídicos.

## 2.2. O ESTADO SOCIAL DE DIREITO

O Estado Social de Direito, sob o prisma jurídico, apenas guarda sentido quando a serviço da dignidade da pessoa humana, expressamente prevista nos artigos 1º das Constituições brasileira e portuguesa. Constitui premissa máxima a inspirar todo o ordenamento jurídico<sup>199</sup>.

---

<sup>197</sup> No romance *A Thousand Splendid Suns*, o médico afegão Khaled Hosseini naturalizado estadunidense busca demonstrar as constantes violações aos direitos da mulher ocorridas em países muçulmanos e mais especificamente no Afeganistão.

<sup>198</sup> Sobre o tema: José de Oliveira Ascensão, Pessoa, Direitos Fundamentais e Direito da Personalidade, In: *Revista Mestrado em Direito*, Ano 6, n.º 1, Osasco: 2006, pág. 151 e seguintes.

<sup>199</sup> Sobre a dignidade da pessoa humana: J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 5ª Edição, Coimbra: Almedina, 2002, págs. 225 e 226, e Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, *op. cit.*, págs. 180 e seguintes.



Assim, a pessoa é colocada como valor supremo, como sujeito, fundamento e fim do Direito<sup>200</sup>.

Mas o que seria a dignidade da pessoa humana? Para responder a este questionamento, tomamos de empréstimo os ensinamentos do professor PAULO OTERO, que afirma: “a palavra homem envolve já, por si, a idéia de dignidade”<sup>201</sup>. Ou seja, não é por ser cidadão, membro de um determinado Estado que a pessoa deve ser tutelada, mas sim por ser humano é que a pessoa tem dignidade, devendo o Direito e o Estado se ocupar de fornecer à pessoa as condições necessárias ao seu pleno desenvolvimento e bem-estar.

Vale também destacar os dizeres de INGO SARLET no sentido de que a dignidade consiste em uma “qualidade intrínseca e indissociável de todo e qualquer ser humano”, devendo a observância desta constituir uma meta permanente e contínua de toda a humanidade, do Estado e do Direito<sup>202</sup>.

Esse dever de proteção da dignidade da pessoa humana implica na atribuição de direitos que representem ao mesmo tempo um mínimo, a assegurar um espaço de liberdade ao seu titular, e um máximo, tendo em vista que está em causa a pessoa<sup>203</sup>. Todavia, além desses direitos, as pessoas também possuem deveres, que estão relacionados ao respeito ao próximo e ao exercício dos direitos de forma solidária<sup>204</sup>.

Neste sentido, vale citar os esclarecimentos dos constitucionalistas brasileiros BARROSO e A.P. BARCELLOS acerca da dignidade da pessoa humana. Para eles, “a dignidade relaciona-se tanto com a liberdade e valores do espírito como com as condições materiais de subsistência”<sup>205</sup>.

---

<sup>200</sup> José de Oliveira Ascensão, Pessoa, Direitos Fundamentais e Direito da Personalidade, In: *Revista Mestrado em Direito*, Ano 6, n.º 1, Osasco: 2006, pág. 166.

<sup>201</sup> Paulo Otero, *Instituições Políticas e Constitucionais*, *op.cit.*, págs. 363-365.

<sup>202</sup> Ingo Wolfgang Sarlet, *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*, *op. cit.*, pág. 27.

<sup>203</sup> José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil, Teoria Geral*, Vol. I, Introdução, As pessoas. Os Bens, 2ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2000, pág. 72.

<sup>204</sup> Sobre o tema: José de Oliveira Ascensão, Pessoa, Direitos Fundamentais e Direito da Personalidade, *op. cit.*, págs. 159 e seguintes.

<sup>205</sup> Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos, O Começo da história. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro, In: *Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro*, v. 6, n. 23, 2003, pág. 60.

Por sua vez, a intervenção do Estado na esfera particular dos indivíduos deve ser vista com muita cautela, pois não podemos nos esquecer das origens do Direito: assegurar o direito do homem ao seu livre desenvolvimento<sup>206</sup>. Ou seja, o Direito existe para satisfazer as necessidades do homem e por isso ao longo do tempo vai sofrendo alterações para se adaptar ao desenvolvimento humano.

Vale aqui transcrever as precisas palavras do professor ASCENSÃO neste sentido:

“Pelo contrário, o Direito pretende ordenar os aspectos fundamentais da convivência, criando as condições exteriores que permitam a conservação da sociedade e a realização pessoal dos seus membros. O Direito porém não pode nem pretender arcar directamente com esta realização pessoal, e por isso ele não assenta na ordem interna das acções humanas.”<sup>207</sup>

O Direito deverá tutelar a pessoa na complexidade de aspectos que esta envolve, pois é a “dignidade de cada pessoa humana viva e concreta o fundamento de validade de toda a ordem jurídica e a razão de ser do Estado”<sup>208</sup>. Portanto, não deve ser a vontade soberana popular que determina quais os direitos que merecem tutela, mas sim o valor do próprio ser humano<sup>209</sup>. Como o homem é anterior e superior à sociedade, a sua dignidade deve ser total e incondicionalmente respeitada, independentemente da conjuntura histórica, política, econômica ou social da época<sup>210</sup>.

Ocorre que, a dignidade humana não depende apenas da atividade do Estado, mas antes envolve uma tarefa da própria pessoa, pois é esta que se constrói e traça as características de sua dignidade. Assim, na sua construção, a pessoa deve ter em vista valores éticos e o respeito a si própria<sup>211</sup>.

---

<sup>206</sup> A preocupação com a intervenção do Estado nos contratos já estava presente em obra produzida por VAZ SERRA, em 1958: “As expressões «intervenção do Estado nos contratos», «contrato forçado» e outras traduzem com maior ou menor rigor, uma tendência do direito moderno para o enfraquecimento, quer da liberdade das partes na formação das suas convenções, quer no respeito da sua vontade na execução delas.” Adriano Paes da Silva Vaz Serra. Efeitos dos Contratos: Princípios Gerais, In: *Separata do Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 74, Lisboa: 1958, pág. 35.

<sup>207</sup> José de Oliveira Ascensão, *O Direito*, *op.cit.*, pág. 102.

<sup>208</sup> Paulo Otero, *Instituições Políticas e Constitucionais*, *op.cit.*, pág. 28.

<sup>209</sup> Uma ordem jurídica válida é aquela que compreende cada homem como pessoa, ou seja, “como um ser ético, comum carácter relacional, aberto à historicidade da *praxis*, em contínuo processo de realização”. Fernando J. Bronze, Pessoa, Direito e Estado – algumas reflexões, In: *Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, vol. I, Lisboa: Almedina, 2008, págs. 317 e 318.

<sup>210</sup> Diogo Leite de Campos, A Génese dos Direitos da Pessoa, In: *Nós*, *op. cit.*, pág. 45.

<sup>211</sup> Diogo Leite de Campos, A Relação da Pessoa consigo Mesma, In: *Nós*, *op. cit.*, págs. 92.

No que concerne à consagração dos direitos da pessoa humana nos textos formais da atualidade, assistimos a um empolamento no rol de direitos. As garantias fundamentais que deveriam ter como objetivo regular o viver em sociedade, acabam por ter em seu rol a consagração de direitos que exprimem os interesses de determinados grupos e classes, mas que nada tem a ver com o que é verdadeiramente constitucional<sup>212</sup>.

Tal situação também ocorre no âmbito da lei civil, quando são incluídos como direitos de personalidade situações que não estão relacionadas com a pessoa humana. Como veremos na seção seguinte, “o direito de personalidade é a projecção da personalidade”<sup>213</sup> e como a personalidade é “a qualidade de ser pessoa”<sup>214</sup>, estes direitos deverão ter como único objetivo a pessoa concreta. Ao alargar esta proteção à pessoa jurídica<sup>215</sup> e aos bens imateriais, por exemplo, acabamos por desvirtuar o instituto e por enfraquecer a tutela que o ser humano merece.

Na doutrina brasileira, os autores chegam a falar em direitos da personalidade no âmbito intelectual, como sendo aqueles que têm como objetivo a “proteção conferida ao elemento criativo, típico da inteligência humana”<sup>216</sup>. Ora, a produção intelectual da pessoa não está relacionada a sua personalidade, devendo ser objeto de proteção pelo ramo do Direito que lhe é próprio, a Lei de Proteção da Propriedade Intelectual e não pelos Direitos de Personalidade.

Baseado na doutrina predominante no Brasil, o Superior Tribunal de Justiça chega a falar em direito à “personalidade comercial para proteger a marca”. Foi este o entendimento adotado pela Terceira Turma daquele Tribunal, ao considerar cabível indenização por dano moral à empresa que teve marca copiada por outra. “Para os ministros, a usurpação da marca alheia viola direito essencial à personalidade comercial do titular, pela diluição da identidade do

---

<sup>212</sup> José de Oliveira Ascensão, *Pessoa, Direitos Fundamentais e Direito da Personalidade*, *op. cit.*, págs. 150 e seguintes.

<sup>213</sup> José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil, Teoria Geral*, *op. cit.*, pág. 77.

<sup>214</sup> Pedro Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. I, 3ª Edição, Lisboa: Almedina, 2005, págs. 35 e seguintes.

<sup>215</sup> Em defesa pela extensão dos direitos de personalidade à pessoa jurídica: Alexandre Ferreira de Assunção Alves, *A Pessoa Jurídica e os Direitos de Personalidade*, Rio de Janeiro: Renovar, 1998. No sentido contrário, rejeitando-a, Danilo Doneda acertadamente esclarece que o direito de personalidade é exclusivo da pessoa humana: Danilo Doneda. Os Direitos da Personalidade no Código Civil, In: *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Ano VI, n.º 6, junho de 2005, págs. 90 e seguintes; como também, António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, *op. cit.*, págs. 111 e seguintes.

<sup>216</sup> Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, *Direito Civil – Teoria Geral*, 7ª Edição, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008, págs. 150 e seguintes.

produto junto aos consumidores.” A relatora do processo, Ministra Nancy Andrighi, chegou a afirmar que no atual sistema legal brasileiro, “o dano moral da pessoa jurídica corresponde à lesão ao direito de personalidade”<sup>217</sup>.

Registre-se, no entanto, que muitas situações jurídicas acabam por atingir os direitos de personalidade. Isto ocorre quando atingem a imagem, honra, nome e integridade física da pessoa humana. Nestas hipóteses, o instituto dos direitos de personalidade deve ser aplicado com o objetivo de proteger a pessoa. Como exemplo, podemos citar o caso das biografias não autorizadas, em que um terceiro publica fatos da vida privada de pessoas públicas sem o seu consentimento. Há aqui uma clara violação ao direito à privacidade e à imagem da pessoa e, portanto, as regras de direitos de personalidade devem ser aplicadas.

Ocorre que esta problemática não está apenas no texto formal, mas também quando o aplicador do direito acaba por considerar como direito fundamental situações da vida privada das pessoas que estão longe de ter tal relevância. Neste sentido, vale aqui destacar o importante voto divergente do juiz *Grimm* no julgamento do caso *Reiten im Walde* perante o Tribunal Constitucional Federal alemão<sup>218</sup>.

No mencionado caso discutia-se eventual ofensa à liberdade geral de ação do reclamante por Lei Estadual que disciplinava o acesso e utilização de determinada área florestal. Esta lei limitava as cavalgadas a determinadas ruas e caminhos próprios para tal finalidade. Analisando a questão, o juiz *Grimm* entendeu que o ato de cavalgar não merece uma proteção de direito fundamental. Isto porque não deve ser considerado direito fundamental qualquer comportamento humano, mas apenas aquele que tenha especial relevância, que esteja relacionado à integridade do indivíduo em suas relações básicas.

Consideramos acertadas as considerações feitas pelo juiz *Grimm*, pois de fato o desenvolvimento da personalidade individual não depende da possibilidade de cavalgar na floresta. Os direitos da pessoa devem se ocupar daquilo que realmente lhe é essencial, sob pena de banalizarmos o instituto.

---

<sup>217</sup> Notícia acessada em 21.06.2009, na página eletrônica: [http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/engine\\_wsp?tmp.area=398&tmp.texto=92418](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine_wsp?tmp.area=398&tmp.texto=92418).

<sup>218</sup> Jürgen Schwabe, *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Organização e Introdução de Leonardo Martins. Tradução de Beatriz Henning, Leonardo Martins, Mariana Bigelli de Carvalho, Terza Maria de Castro e Vivianne Geraldês Ferreira. Editora Konrad-Adenauer-Stiftung E.V., 2005, págs. 228 - 233.

Não bastasse a problemática em torno da dificuldade de definirmos quais seriam os direitos que merecem tutela, assistimos a uma inversão de valores na sociedade moderna. As pessoas que são referência na atualidade deixaram de ser os intelectuais e filósofos do passado para dar lugar a modelos e atletas profissionais<sup>219</sup>. O culto ao corpo parece ter maior importância que a educação. O direito à privacidade perde cada vez mais importância diante das demais demandas da sociedade, como segurança ou mesmo na busca por dinheiro. As leis deixaram de refletir a vontade popular, pois o legislativo é cada vez mais influenciado por interesses políticos resultado dos *lobbies* das grandes empresas<sup>220</sup>. Deste modo, determinar o que está de acordo com a ordem pública torna-se uma questão de difícil definição.

Por outro lado, se ao indivíduo devem ser assegurados uma infinidade de direitos, não se admite a criação de deveres. Vivemos a era do ‘é proibido proibir’! As normas de conduta jurídicas e morais teriam desaparecido, pois não seria possível impor limites à liberdade humana, mas apenas direitos.

Como alerta, LEITE DE CAMPOS, A pessoa teria deixado de ser vista como um ser ético-jurídico integrado na sociedade, passando a constituir um ser individual, que tem a vontade como característica comum a todos os outros. Os valores sociais teriam desaparecido ou se transformado em valores individuais absolutos de proteção de cada indivíduo, que nada mais seriam que interesses<sup>221</sup>. E o Direito teria deixado de limitar a vontade do sujeito. Ocorre que como a vontade de um naturalmente esbarra na do seu semelhante, na ausência de qualquer fundamento ético, o que acaba por prevalecer é a vontade do mais forte, de quem detém o poder<sup>222</sup>.

Assim, as sociedades modernas estariam diante de um discurso do poder, no qual o legislador começa a perder sentido e eficácia social, pois o Direito não mais se apresenta como ordem

---

<sup>219</sup> Neste sentido, Diogo Leite de Campos, O Direito e os direitos da personalidade, In: *Nós, op. cit.*, págs. 122 e 123.

<sup>220</sup> *Ibidem*, pág. 123.

<sup>221</sup> Diogo Leite de Campos, O cidadão-absoluto e o estado, o direito e a democracia, In: *Nós – Estudos sobre o Direito das Pessoas*, Coimbra: Almedina, 2004, pág. 137.

<sup>222</sup> Diogo Leite de Campos, Os Direitos da Personalidade: Categoria em Reapreciação, *op.cit.*, págs. 161 e 162.

prévia fundada nos ideais de justiça, mas reflete a vontade do mais forte com decisões diante do caso concreto<sup>223</sup>.

Abordando questões acerca da disponibilidade do próprio corpo, PAULO OTERO<sup>224</sup> demonstra que a sociedade atual de origem cristã está em contradição com a sua evolução histórica cultural. Isto porque, em sendo o dever de respeito à vida e ao próprio corpo um dos preceitos fundamentais da igreja católica, como se justificariam as discussões acerca da interrupção voluntária da gravidez<sup>225</sup> e do direito à eutanásia.

E assim demonstra que em alguns setores políticos e intelectuais, é possível verificar a defesa por uma total disponibilidade do corpo humano de acordo com a vontade do respectivo sujeito. Dessa forma, a liberdade acaba por ser considerada um valor absoluto e a dignidade da pessoa humana um direito determinado segundo a autonomia da vontade do seu titular, sem quaisquer limites.

Ora, como visto o indivíduo é um ser social, que depende do outro para se desenvolver. Portanto, deve existir um justo equilíbrio entre o individual e o social, no qual cada um deve exercer os seus direitos de forma ética, respeitando a si e o próximo. Do contrário, estaríamos retornando a períodos da história, em que o homem era visto como um mero meio a serviço da sociedade e não como um fim em si mesmo.

No aspecto econômico, estamos em plena crise mundial. A sociedade norte-americana que inspirou o mundo com o seu *way of life* começa a mostrar as suas falhas. O consumo acelerado incentivado pela concessão de crédito entra em colapso. Grandes bancos e empresas anunciam a sua péssima situação financeira. E a solução dos governos em todo o mundo tem consistido na injeção de recursos dos Estados no sistema financeiro.

---

<sup>223</sup> Diogo Leite de Campos, Os Direitos da Personalidade: Categoria em Reapreciação, In: *Nós – Estudos sobre o Direito das Pessoas*, Coimbra: Almedina, 2004, págs. 153 e seguintes.

<sup>224</sup> Paulo Otero, Disponibilidade do Próprio Corpo e Dignidade da Pessoa Humana, In: *Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, vol. I, Lisboa: Almedina, 2008, págs. 117 e seguintes.

<sup>225</sup> No que se refere ao aborto, o direito de autodeterminação da mulher atinge diretamente direitos de terceiros, como o direito à vida do feto e o direito à paternidade do progenitor. Sobre os direitos do progenitor: Pedro Pais de Vasconcelos. A Posição Jurídica do Pai na Interrupção Voluntária da Gravidez, In: *Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, vol. I, Lisboa: Almedina, 2008, págs. 139 e seguintes. Neste artigo o autor demonstra que diante da decisão da mulher em interromper a gravidez, o pai poderá se opor através do exercício de um direito próprio de personalidade, que designa como direito à paternidade, e ainda poderá, no exercício do poder paternal, representar o nascituro na defesa do seu direito à vida. Mas destaca que estes direitos deverão ser exercidos de acordo com o interesse do menor.

Desse modo, assim como ocorreu após a crise do liberalismo, vemos a intervenção dos governos para regular a economia. Está mais do que demonstrado que a iniciativa privada exige uma participação ativa do Estado, no entanto, a justa medida dessa intervenção é algo que ainda está por ser definida.

Além do importante papel do executivo, também prevalece o sistema de concentração no Estado do poder de julgar controvérsias dos particulares, por meio de magistrados a quem o Poder Público investe deste poder jurisdicional. Todavia, buscaremos demonstrar ao longo dessa dissertação que este muitas vezes não se mostra o meio mais adequado à solução de determinadas controvérsias.

É inegável que a jurisdição estatal passa por uma crise. No Brasil, o Tribunal Constitucional vem exercendo um papel de centralidade no cenário econômico político, deixando de ser um mero guardião da Constituição para atuar como protagonista. Isto porque o Supremo Tribunal Federal passou a ser o responsável pela última palavra nas questões de maior relevância no país<sup>226</sup>, seja na interpretação do texto constitucional, na supressão de lacunas ou mesmo atuando como legislador positivo em diversos casos.

Apenas a título de exemplo da intervenção do poder judiciário na esfera do executivo, podemos citar as diversas decisões sobre o fornecimento de medicamentos<sup>227</sup>. Tal é o volume de casos submetidos aos magistrados que, em abril e maio de 2009, o Supremo Tribunal Federal promoveu uma audiência pública durante seis dias, na qual pessoas e entidades ligadas ao setor de saúde pública se manifestaram sobre as decisões judiciais que obrigam a

---

<sup>226</sup> Como casos recentes da mais alta relevância que envolveram acirradas discussões, podemos citar a demarcação de terras na região da Raposa Serra do Sol. Neste caso, o Supremo teve que decidir o conflito entre os direitos indígenas à demarcação contínua da região, com a retirada dos não índios e o direito à propriedade privada de diversos produtores agrícolas, que se destinam principalmente à produção de arroz. Em março de 2009, o STF acabou por determinar pela demarcação contínua da região. No entanto, em brilhante voto divergente elaborado pelo Ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello foram suscitadas questões da mais alta relevância, como a importância da atividade exercida pelos produtores rurais para a sustentabilidade da região (Petição n.º 3388, Relator Ministro Carlos Ayres Britto). Além deste caso, também foi submetido ao perante o STF Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental no que se refere à possibilidade da realização de aborto em fetos anencéfalos. Neste processo, está em causa o direito à vida, à dignidade da pessoa humana, da saúde, da liberdade, da autonomia da manifestação da vontade e da legalidade. (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 54, Relator Ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello).

<sup>227</sup> Suspensão de Tutela Antecipada n.º 328, pedente de distribuição no Supremo Tribunal Federal brasileiro. Notícia acessada em 10.06.2009, no site: [http://www.editoramagister.com/noticia\\_1er.php?id=36828](http://www.editoramagister.com/noticia_1er.php?id=36828).

União, Estados e Municípios a fornecer medicamentos de alto custo a pacientes do Sistema Único de Saúde (SUS).

O artigo 196 da Constituição Federal brasileira garante a saúde como direito de todos e dever do Estado, ocorre que muitas vezes não há recursos suficientes para o fornecimento de todos os medicamentos e tratamentos necessários à população. Dessa forma, como compete ao poder executivo o gerenciamento do sistema público de saúde, muitos pedidos acabam sendo negados e diante desta resposta, a população recorre ao judiciário para obtê-los.

Ora, esta freqüente intervenção do poder judiciário coloca em risco o sistema da separação de poderes, o princípio da legalidade, a cláusula da reserva do financeiramente possível e, conseqüentemente, o próprio sistema público de saúde, pois cabe ao executivo definir os critérios de necessidade e prioridade no atendimento à população.

Assim, ao deferir o fornecimento de tratamentos e/ou medicamentos, muitas vezes de altíssimo custo, o correto gerenciamento das contas públicas acaba sendo prejudicado, na medida em que obriga o agente público encarregado de administrar o SUS a remanejar a verba destinada a determinado serviço para outras áreas, reduzindo a possibilidade de serem fornecidos serviços de saúde básicos ao restante da coletividade.

Não bastasse esta problemática, o crescimento acelerado do judiciário apresenta diversos riscos. Dentre eles podemos citar a saturação dos mecanismos estatais de tutela. O número de magistrados e funcionários nunca é suficiente para atender às demandas da população, em tempo razoável. A quantidade de recursos previstos na lei processual em nome do acesso à jurisdição acaba tornando absurdo o tempo de duração de um processo.

E ainda há que se falar nas constantes ofensas à segurança jurídica. Isto porque em razão do número de recursos o processo é submetido a diversos magistrados, sendo frequentes as mudanças de entendimento. Além disso, o constante recurso aos direitos fundamentais acaba justificando as mais diversas decisões, mesmo contrárias à lei.

Por outro lado, apesar da criação de Tribunais especializados, como a Justiça do Trabalho, Federal e Estadual e dentro desses com a subdivisão em Varas Criminais, Cíveis, Empresariais, de Família, dentre outras, muitas vezes falta aos magistrados uma



especialização para julgar casos especiais, o que sequer seria exigível. Assim, causas envolvendo questões muito específicas (como *downstream*, grandes operações financeiras e outras) acabam não tendo o julgamento mais adequado.

Neste contexto, o instituto da arbitragem voluntária ressurge como uma alternativa para a composição de litígios sem necessidade do crivo do Judiciário. Cresce vertiginosamente a demanda por um instrumento mais célere e eficiente de pacificação social, diante da notável incapacidade do Estado de suprir esta função. E coube justamente à arbitragem preencher essa lacuna estatal, como será demonstrado na seção 6.

Note-se, que o papel central do Tribunal Constitucional brasileiro está intimamente relacionado à posição que a Constituição ocupa no ordenamento jurídico daquele país. A quase que unanimidade da doutrina brasileira aderiu à teoria de um Direito segundo a Constituição, quando na verdade a preocupação deveria ser com a centralidade da pessoa. Assim fala-se em Direito Civil Constitucional, Direito Administrativo Constitucional, Direito Processual Civil Constitucional etc<sup>228</sup>.

Na Europa, esta questão vem sendo superada. Com a criação do Conselho da Europa e da União Européia, os tribunais constitucionais nacionais deixaram de exercer um papel central, deixando de ser os únicos responsáveis pela última palavra em matéria de direitos humanos. Agora, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, os Tribunais Comunitários e os Tribunais Nacionais possuem o objetivo comum de tutelar os direitos fundamentais da pessoa humana. Fenômeno este denominado pela professora Maria Luísa DUARTE como: “triângulo judicial europeu”<sup>229</sup>.

Assim, no cenário europeu passou a prevalecer a idéia de um diálogo aberto, de caráter plural e internormativo entre os Tribunais, no qual os juízes comunitários fazem concessões recíprocas para permitir uma cooperação entre eles, não existindo uma relação de hierarquia, mas uma idéia de subsidiariedade e cooperação judicial<sup>230</sup>.

---

<sup>228</sup> Desenvolveremos melhor o tema no tópico ‘Direito Público e Direito Privado’.

<sup>229</sup> Terminologia sugerida por Maria Luísa Duarte em O Direito da União Europeia e o Direito Europeu dos Direitos do Homem – Uma Defesa do “Triângulo Judicial Europeu”. In: *Estudos de Direito da União e das Comunidades Européias*, vol. II. Lisboa: Coimbra Editora, 2000.

<sup>230</sup> Maria Luísa Duarte, *União Européia e Direitos Fundamentais: No Espaço da Internormatividade*. Lisboa: AAFDL, 2006, págs. 374 e 375.

No entanto, também podemos encontrar constitucionalistas portugueses a alegar um suposto “Tendencial vazio do Direito Civil”, que estaria restrito a uma preocupação com o conteúdo econômico do direito. Neste sentido, podemos citar PAULO OTERO, que apesar de admitir a existência de princípios gerais na legislação civil<sup>231</sup>, salienta que as questões sobre a validade ou invalidade dos atos civis podem ser colocadas em causa, na hipótese de ser extraída da Constituição um fundamentação de posição contrária.

Ora, como desenvolveremos melhor no tópico 2.3. *infra*, a centralidade da pessoa humana deve ser aplicada em todo ordenamento jurídico, não sendo necessário irmos à Constituição para retirarmos os direitos relativos à pessoa, como aquele que assegura o livre desenvolvimento da personalidade<sup>232</sup>, por exemplo. Estes decorrem da própria natureza da espécie humana, são inatos, não dependem de positivação, pois sempre existiram. Dessa forma, não é a Constituição que determina a interpretação do Direito, mas sim a própria natureza das coisas.

Portanto, como veremos no tópico relativo aos Contratos de Direitos de Personalidade é perfeitamente possível afastarmos regras gerais de Direito Civil e mais especificamente de Direito das Obrigações, quando está em causa a pessoa. E isto não representa um desvio às regras do instituto<sup>233</sup>, mas sim uma interpretação deste de acordo com a centralidade da pessoa humana no ordenamento jurídico.

Registre-se, por fim, que não estamos aqui desconsiderando a importância dos Tribunais estatais na garantia dos direitos do homem. Muito pelo contrário, reconhecemos a relevância do seu papel na formação do Estado Social de Direito brasileiro e português<sup>234</sup>.

---

<sup>231</sup> Princípios estes que, segundo Paulo Otero, conduzem à extracomercialidade do corpo humano, à proibição de atos em que reste configurado o abuso de direito, como também, à invalidade dos negócios jurídicos que representem ofensas aos bons costumes. Paulo Otero, Disponibilidade do Próprio Corpo e Dignidade da Pessoa Humana, *op. cit.*, págs. 120 e seguintes.

<sup>232</sup> Cabe observar aqui que o direito ao livre desenvolvimento da personalidade sequer está previsto na Constituição, mas não é por este motivo que deixa de ser tutelado no ordenamento jurídico deste país, como demonstraremos no tópico 4.2.

<sup>233</sup> Em sentido contrário, Paulo Otero, Disponibilidade do Próprio Corpo e Dignidade da Pessoa Humana, *op. cit.*, pág. 138.

<sup>234</sup> Merece especial destaque a presença recorrente dos direitos humanos na atuação do Superior Tribunal de Justiça brasileiro, que em diversos precedentes tem reafirmado os valores fundamentais consagrados na Declaração Universal dos Direitos Humanos pela Organização das Nações Unidas, de 10.12.1948. Neste sentido, notícia consultada em 16.06.2009, na página eletrônica: <http://www.stj.gov.br/portal/stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=92435>.

A compreensão destas noções é essencial para o desenvolvimento deste trabalho, pois apenas percebendo a centralidade da pessoa humana no Direito é que será possível delimitarmos o espaço de disponibilidade dos direitos de personalidade e a importância de assegurar meios efetivos à tutela desses, que inegavelmente estão profundamente vinculados à pessoa e, portanto, são aqueles de maior importância em nosso ordenamento jurídico.

### 2.3. DISTINÇÃO TERMINOLÓGICA DOS DIREITOS

Como vimos, a preocupação com a tutela dos direitos de personalidade está presente na história da civilização desde o Direito Romano até os dias atuais. O Direito só existe em função da pessoa, portanto, a dignidade da pessoa humana é a premissa máxima a inspirar todo o ordenamento jurídico, sendo desta que surgiram os direitos do homem, originários, fundamentais e, finalmente, os de personalidade.

Tendo em vista essa origem comum dos direitos e o fato de que o surgimento de um novo direito não exclui o outro, ao confrontarmos os catálogos de direitos do homem com os direitos fundamentais e com os direitos de personalidade, percebemos que alguns direitos são coincidentes. Dessa forma, cumpre esclarecer o que entendemos por direitos do homem, fundamentais e de personalidade, bem como, a relação existente entre eles.

Apesar de alguns autores utilizarem as expressões direitos do homem e direitos fundamentais como sinônimas, entendemos que os direitos do homem se referem a aqueles direitos inerentes a pessoa humana, reconhecidos pelo Direito Natural e pelo Direito Internacional; enquanto os direitos fundamentais constituem o acervo de direitos constitucionalmente positivados e garantidos pelos ordenamentos jurídicos nacionais, sendo certo que este acervo não se limita aos direitos decorrentes do direito natural, mas incluem outros positivados pelo legislador<sup>235</sup>.

No que se refere aos direitos fundamentais e aos direitos de personalidade, JORGE MIRANDA, apesar de reconhecer a existência de largas zonas de coincidência, diferencia-

---

<sup>235</sup> Neste sentido está a doutrina majoritária portuguesa: Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, Direitos Fundamentais, *op. cit.*, págs. 52 e ss.; J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, *op. cit.*, pág. 391; José de Melo Alexandrino, *Direitos Fundamentais – Introdução Geral*, Principia, 2007, págs. 33 e seguintes; e António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, *op. cit.*, pág. 130.

os.<sup>236</sup> Os direitos fundamentais teriam uma incidência predominantemente publicista, no qual predomina uma relação direta com o Estado, enquanto os direitos de personalidade não possuiriam uma projeção especial face ao poder público, mas pressuporiam uma relação de igualdade, incidindo nas relações entre particulares.

Seguindo o entendimento adotado por Jorge Miranda, ALEXANDRINO<sup>237</sup> afirma que diante dessa identidade, temos que quando o direito está previsto na Constituição seria um direito fundamental e quando está previsto no Código Civil trata-se de um direito da personalidade. Para o autor um direito da personalidade não consta na constituição, assim, um direito não pode ser fundamental e da personalidade, ao mesmo tempo.

No mesmo sentido, o professor ASCENSÃO<sup>238</sup> entende que não existe equivalência entre os direitos da personalidade e os direitos fundamentais, uma vez que a abordagem seria feita de forma diferente. Os direitos fundamentais tutelam a posição do cidadão perante o Estado, se ocupam da “conformação de relações que se desenvolvem na sociedade politicamente organizada”<sup>239</sup>.

Enquanto os direitos da personalidade têm como objeto a tutela da pessoa e o atendimento das “às emanções da personalidade humana em si, prévias à estruturação política”<sup>240</sup>. No entanto, o professor não deixa de registrar que embora os direitos fundamentais apenas lateralmente tenham como objeto a pessoa, este não se ocupa apenas de tutelar a posição do cidadão perante o Estado, mas também são aplicáveis às relações privadas.

E acrescenta que embora o artigo 16.º, n.º 1, da Constituição portuguesa contemple catálogo aberto de direitos fundamentais, nem todos os direitos da personalidade previstos em leis ordinárias devem ser considerados direitos fundamentais, uma vez que a preocupação constitucional é diferente e mais restrita que a das leis ordinárias<sup>241</sup>.

---

<sup>236</sup> Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, *op. cit.*, pág. 58. “Os direitos fundamentais pressupõem relações de poder, os direitos de personalidade relações de igualdade. Os direitos fundamentais têm uma incidência publicística imediata, ainda quando ocorram efeitos nas relações entre os particulares (...); os direitos de personalidade uma incidência privatística, ainda quando sobreposta ou subposta à dos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais pertencem ao domínio do Direito constitucional, os direitos de personalidade ao do Direito civil.”

<sup>237</sup> José de Melo Alexandrino, *Direitos Fundamentais – Introdução Geral*, *op. cit.*, págs. 23 e seguintes.

<sup>238</sup> José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil, Teoria Geral*, *op. cit.*, pág. 75.

<sup>239</sup> José de Oliveira Ascensão, *Pessoa, Direitos Fundamentais e Direito da Personalidade*, *op. cit.*, pág. 150.

<sup>240</sup> José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil, Teoria Geral*, *op. cit.*, pág. 75.

<sup>241</sup> *Ibidem.*, pág. 104.

Em sentido contrário, CANOTILHO admite uma coincidência entre estes direitos, pois para ele “muitos dos direitos fundamentais são direitos de personalidade, mas nem todos os direitos fundamentais são direitos de personalidade”<sup>242</sup>. Em sentido similar, PAIS DE VASCONCELOS afirma que “os direitos de personalidade estão consagrados na Constituição da República e no Código Civil”.<sup>243</sup>

MENEZES CORDEIRO distingue duas categorias de direitos fundamentais: públicos e privados, considerando que os direitos fundamentais privados seriam os “direitos fundamentais de personalidade”<sup>244</sup>. Para o autor, quando um direito de personalidade é previsto na Constituição dentro do acervo de direitos fundamentais a sua tutela é reforçada.

No Direito brasileiro, LUIZ ROLDÃO e J. MARINHO falam em previsão de direitos de personalidade na Constituição Federal Brasileira, mais especificamente, no artigo 5.º, ou seja, onde estão previstos os direitos fundamentais na Constituição brasileira<sup>245</sup>.

PAULO LOBO<sup>246</sup>, entende que os direitos da personalidade são pluridisciplinares, uma vez que situam-se no direito civil, no direito constitucional ou na filosofia do direito, com exclusividade. Prosseguindo, afirma que o reconhecimento desses direitos na Constituição os assegurou maior visibilidade, mas isto não significa que tenha ficado restrito aos direitos fundamentais.

Do mesmo modo, a previsão em capítulo próprio no Código Civil não os restringem ao âmbito do direito civil. Para ele, deverá prevalecer “o estudo unitário da matéria, em suas dimensões constitucionais e civis”, notadamente no âmbito do direito civil constitucional, uma vez que tem sido melhor sistematizado, na medida em que harmoniza o seu estudo de forma integrada.

---

<sup>242</sup> J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, *op. cit.*, pág. 394.

<sup>243</sup> Pedro Pais de Vasconcelos. *Teoria Geral do Direito Civil*, *op. cit.*, págs. 38 e 39.

<sup>244</sup> António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, *op. cit.*, págs. 137 e 138.

<sup>245</sup> Luiz Roldão de Freitas Gomes, Noção de Pessoa no Direito Brasileiro, *op. cit.*, pág. 342; e Josaphat Marinho, Os Direitos da Personalidade no Projeto de Novo Código Civil Brasileiro, In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Portugal-Brasil - Ano 2000, Coimbra Editora, 1999, pág. 250 e 251.

<sup>246</sup> Paulo Luiz Netto Lobo, Danos morais e direitos da personalidade. In: *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, n. 119, 31 out. 2003. Acessado em 21.06.2009, no site: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4445>>.

Para nós os direitos do homem, fundamentais e da personalidade têm como objetivo a tutela da pessoa humana, mas cada um se ocupa de uma ótica distinta. Os direitos do homem possuem um escopo mais amplo, pois pretende tutelar as necessidades mais básicas do indivíduo em um contexto extraterritorial. Os direitos de personalidade se ocupam da pessoa em si, das suas necessidades mais íntimas, enquanto os direitos fundamentais têm como objeto o cidadão, a pessoa enquanto membro da sociedade, nas suas relações com o Estado.

É no âmbito dos direitos fundamentais que estarão consagrados além dos direitos individuais, os direitos políticos, sociais, econômicos, ambientais e culturais, devendo o Estado atuar não apenas numa perspectiva passiva de mero garantidor de ofensa, mas assumir também um papel ativo, no sentido de fornecer as condições básicas para que o indivíduo possa deles usufruir<sup>247</sup>. Trata-se do binômio imperativo de tutela e da proibição de intervenção, defendido na doutrina alemã por CANARIS<sup>248</sup>. Como veremos em seguida, a obrigação do Estado neste sentido não pode ser repassada ao particular.

À iniciativa privada cabe um direito-dever, no sentido de usufruir desses direitos de forma solidária. Ou seja, o indivíduo deve exercer os direitos que lhe são assegurados de forma a não violar os interesses do outro e sempre de acordo com a moral e os bons costumes prevalentes no contexto em que está inserido. Dessa forma, não vemos porque estabelecer uma nítida separação entre os direitos.

A importância está em interpretar todo o ordenamento jurídico tomando a pessoa como o seu fundamento. E aqui vale citar as palavras de CAIO MARIO, no sentido de que “a finalidade precípua do direito que se positiva e se afirma no propósito de garantir e proteger o bem-estar do indivíduo *in concreto*...”<sup>249</sup>. É segundo esta perspectiva que passamos a análise do Direito Público e do Direito Privado.

---

<sup>247</sup> Em uma abordagem sobre as dificuldades do Estado em promover estes direitos, em razão da escassez de recursos públicos, Ana Paula de Barcellos faz uma análise da teoria de Robert Alexy. Segundo esta, na ponderação dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade real perante a separação de poderes, sempre prevalecerá a garantia de um mínimo existencial, pois esta seria uma regra constitucional. Ana Paula de Barcellos, *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, págs. 117 e seguintes.

<sup>248</sup> Claus-Wilhelm Canaris, *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto, Coimbra: Almedina, 2006, págs. 68, 106 e seguintes.

<sup>249</sup> Estamos de acordo com o autor sobre a finalidade do Direito de garantia do bem-estar do indivíduo, mas discordamos do seu entendimento acerca de uma “tendência à publicização da norma jurídica”. Para nós as interações do Estado em matérias que cabiam apenas aos particulares decorre da tendência humanitária do Direito, da sua interpretação sob a ótica da pessoa. Mas isto não é reflexo de uma publicização do Direito

#### 2.4. DIREITO PÚBLICO E DIREITO PRIVADO

A divisão clássica entre Direito Público e Direito Privado era bastante rígida no Estado Liberal, em que as partes regulavam com ampla liberdade as relações privadas<sup>250</sup>. Mas com o advento do Estado Social de Direito, percebemos o crescimento de um movimento no sentido da aproximação desses ramos do Direito, principalmente em razão da necessidade de intervenção do poder público nas relações entre particulares no sentido de assegurar que estas estejam de acordo com os princípios norteadores da nova ordem jurídica<sup>251</sup>.

Dentre os diversos critérios utilizados para distinguir o Direito Público do Privado, seguiremos a solução apontada pelo professor ASCENSÃO, que considera o Direito Público como aquele relacionado com a constituição e organização do Estado e outros entes públicos, destinado a regular a sua atividade como entidade dotada de *ius imperii*; enquanto o Direito Privado se ocuparia das “situações em que os sujeitos estão em posição de paridade”<sup>252</sup>.

Na doutrina brasileira, CAIO MARIO considera satisfatória a definição dada por Ruggiero no sentido de que o direito público é aquele que tem como objeto regular as relações entre Estados e entre estes e os seus súditos, enquanto o Direito Privado se encarrega de disciplinar as relações entre particulares<sup>253</sup>.

Embora o Direito Privado não seja composto apenas pelo Direito Civil, este constitui a sua parte fundamental, sendo aquele que abrange o relacionamento comum entre particulares e, portanto, tradicionalmente conceituado como direito comum. Neste ramo do direito, temos como idéia central o poder de autodeterminação das pessoas, que possuem a liberdade de

---

Privado. Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, volume I, 22ª Edição revista e atualizada por Maria Celina Bodin de Moraes, Rio de Janeiro: Forense, 2007, pág. 18.

<sup>250</sup> Daniel Sarmento, *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, 2ª edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, págs. 70 e seguintes.

<sup>251</sup> Assim como o professor Caio Mário da Silva Pereira, Daniel Sarmento fala em uma publicização do direito privado. Concepção esta da qual ousamos discordar. Daniel Sarmento, *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, *op. cit.*, págs. 71 e seguintes.

<sup>252</sup> José de Oliveira Ascensão, *O Direito*, *op.cit.*, pág. 335.

<sup>253</sup> Ruggiero, *Instituições*, I, § 8º, pág. 59, *apud* Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, *op. cit.*, págs. 17 e 18. Também neste sentido, Sílvio de Salvo Venosa, *Direito Civil: parte geral*, 4ª edição, São Paulo: Atlas, 2004, pág. 90.

reger a sua vida e estabelecer regras entre si<sup>254</sup>. Portanto, a autonomia privada é tida como a idéia central no Direito Privado, pois é este “o domínio natural da liberdade de agir”<sup>255</sup>.

No Brasil, como ocorre em diversos outros países, vemos que o Direito Civil, ao contrário da Constituição, é muito mais sólido e menos influenciável pelas forças políticas<sup>256</sup>. Então, as novas concepções oriundas do Estado Social, como os princípios sociais do contrato, levaram muito mais tempo para serem introduzidas no Código Civil. Dessa forma, diante do antigo Código, que datava de 1916 e ainda estava impregnado pelas já superadas concepções do Estado Liberal, tivemos uma inflação normativa, que pretendia suprir estas falhas<sup>257</sup>.

É neste contexto que, por inspiração italiana, a teoria desenvolvida por Pietro Perlingieri sobre a Constitucionalização do Direito Civil<sup>258</sup> chega ao Brasil e conquista o mundo acadêmico<sup>259</sup>. Assim, como ocorreu na Itália, enquanto o Código Civil ainda refletia os ideais do liberalismo, a Constituição já contemplava os novos ideais do Estado Social de Direito. Dessa forma, a Carta Constitucional brasileira de 1988 se apresentava como um importante instrumento unificador e de tutela da dignidade da pessoa humana.

Entre os constitucionalistas brasileiros, podemos destacar o renomado jurista BARROSO, que defende o pós-positivismo como uma terceira via entre as concepções positivistas e jusnaturalista<sup>260</sup> e afirma que a Constituição teria deixado de ser apenas um sistema em si, para passar a consistir em um “modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito”. E assim prossegue afirmando que “este fenômeno, identificado por alguns autores como

---

<sup>254</sup> “O Direito Civil representa um núcleo, dentro do Direito Privado, que é positivamente caracterizado e justificado. Funda-se na necessidade de assegurar um espaço em que o homem desenvolva livremente a sua personalidade.” José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil, Teoria Geral, op. cit.*, pág. 12.

<sup>255</sup> *Ibidem*, pág. 12.

<sup>256</sup> Em sentido diametralmente oposto, Sarmiento afirma que “a rigidez da Constituição torna-a, sob o ângulo normativo, mais estável do que a legislação ordinária”. Daniel Sarmiento, *Direitos Fundamentais e Relações Privadas, op. cit.*, pág. 83.

<sup>257</sup> Gustavo Tepedino, Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil, In: *Temas de Direito Civil*, 3ª Edição, Rio de Janeiro: 2004, págs. 03 e seguintes.

<sup>258</sup> Pietro Perlingieri, Perfis do Direito Civil – Introdução ao Direito Civil Constitucional. Tradução de Maria Cristina de Cicco, Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

<sup>259</sup> Gustavo Tepedino, Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil, *op. cit.*, págs. 01 e seguintes. Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil, op. cit.*, págs. 20 e seguintes. Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal, *Direito Civil, op. cit.*, págs. 18 e seguintes.

<sup>260</sup> Luís Roberto Barroso, A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil, In: *A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil*. Organizador Luís Roberto Barroso, Rio de Janeiro: Renovar, 2007, pág. 06.



‘filtragem constitucional’, consiste em que toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados<sup>261</sup>.

Seguindo os seus caminhos, SARMENTO afirma que a constitucionalização do Direito Privado não é sequer uma escolha do intérprete, uma vez que o próprio constituinte optou por disciplinar inúmeros institutos do Direito Privado<sup>262</sup>.

Dentre os civilistas, podemos citar TEPEDINO. Ao analisar o texto liberal do Código Civil de 1916 e a inflação normativa que o seguiu, o doutrinador afirma que diante da incorporação dos ideais do Estado Social de Direito na Constituição de 1988, tornou-se necessária uma reformulação do direito civil à luz da nova lei maior<sup>263</sup>.

Especificamente no que se refere aos direitos de personalidade, TEPEDINO chega a afirmar que como estes direitos teriam sido criados sob o paradigma dos direitos patrimoniais, acabam por representar um mecanismo de proteção da parte mais forte<sup>264</sup>, sendo portanto necessária a interpretação do Direito Civil segundo a Constituição. Registre-se desde já que não é esta a nossa posição.

Diante do Código Civil de 1916, uma interpretação segundo a Constituição tinha a sua razão de ser, pois era necessário adaptar o Direito Privado à nova ordem política e social instituída. Ocorre que, com o advento do Código Civil de 2002, a constitucionalização do Direito Civil perde sentido<sup>265</sup>.

Apesar de existirem críticas relativas ao fato de o Código já ter nascido velho, é certo que ele reflete as concepções do Estado Social de Direito, pois trouxe regras e princípios próprios à

---

<sup>261</sup> Luís Roberto Barroso, Fundamentos Teóricos e Filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro, In: *Temas de Direito Constitucional*, Tomo II, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pág. 43.

<sup>262</sup> Daniel Sarmento, Eficácia Privada dos Direitos Fundamentais, In: *A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil*. Organizador Luís Roberto Barroso, Rio de Janeiro: Renovar, 2007, pág. 341.

<sup>263</sup> “Diante do novo texto constitucional, forçoso parece ser para o intérprete redesenhar o tecido do direito civil à luz da nova Constituição.” Gustavo Tepedino, *Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil*, *op. cit.*, pág. 13.

<sup>264</sup> Gustavo Tepedino, A Incorporação dos Direitos Fundamentais pelo Ordenamento Brasileiro: sua eficácia nas relações jurídicas privadas, In: *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul*, Ano XXXII, n.º 100, dezembro de 2005, págs. 155 e 156.

<sup>265</sup> Em sentido contrário, Sarmento afirma que “o advento do novo Código Civil, recentemente editado, não teve o condão de reunificar sob a sua égide todo o Direito Privado, deslocando a Constituição do centro do sistema. Para isso faltariam poderes ao legislador ordinário, que não teria como subverter a hierarquia do ordenamento” Daniel Sarmento, *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, *op. cit.*, pág. 76. Como também, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, *Direito Civil*, *op. cit.*, págs. 28 e seguintes.

tutela da pessoa nas relações privadas. Como exemplos podemos citar a função social do contrato e da propriedade, a boa fé objetiva, os direitos de personalidade etc.

Com o advento do Código Civil de 2002, não há mais que se falar em Direito Civil Constitucional, mas sim em uma leitura de acordo com o preceito da dignidade da pessoa humana. Todavia, esta leitura deve ser feita utilizando-se das regras e características que lhe são próprias. Registre-se, que não estamos aqui rejeitando o fundamento constitucional do Direito Civil. Na medida em que a lei maior “consagra os princípios considerados nucleares numa ordem jurídica”<sup>266</sup>, todos os ramos do Direito possuem fundamento constitucional.

Para nós, as normas constitucionais podem e devem nortear o aplicador do direito na interpretação e definição de conceitos e normas de Direito Privado, bem como, oferecer os parâmetros de ponderação perante o conflito de direitos da pessoa humana. E não poderia ser diferente, pois se a dignidade da pessoa humana consagrada na Constituição inspira todo o ordenamento jurídico, os ramos do direito deverão estar de acordo com esta.

Mas não é por este motivo que deveria ocorrer uma constitucionalização do Direito Privado. Em cada ramo do Direito devem ser desenvolvidos mecanismos próprios para a tutela da pessoa. E isto foi o que ocorreu com o advento no Código Civil de 2002, com a introdução das cláusulas gerais da boa-fé, função social do contrato, dentre outras.

Entretanto, como se tratam de cláusulas gerais o seu conteúdo deve ser preenchido de acordo com os valores consagrados na constituição<sup>267</sup>, mas sempre tendo em vista as características do Direito Privado, como a autonomia da vontade, por exemplo. Como vimos, nas relações privadas o grau de autonomia assegurado às partes é de suma relevância.

Deste modo, embora a pessoa seja o valor máximo de todo o Direito, devendo ser protegida tanto nas suas relações com o Estado, como nas com os particulares, a interferência na vida privada das pessoas deve se limitar a hipóteses extremamente necessárias, sob pena de

---

<sup>266</sup> José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil, Teoria Geral, op. cit.*, pág. 29.

<sup>267</sup> Estamos aqui nos referindo a uma interpretação que tome como base fundamental a pessoa nos diversos aspectos que esta envolve, através de uma leitura moral das relações jurídicas privadas, com base nos princípios do Estado Social de Direito. Trata-se de uma dogmática que muito se aproxima da concepção pós-positivista, defendida por Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos no artigo O Começo da história. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro, *op. cit.*, pág. 60.

violarmos o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e chegarmos a um totalitarismo.

E aqui nos aproximamos de um tema que já foi objeto de diversos estudos doutrinários: a chamada eficácia horizontal dos direitos fundamentais na esfera privada<sup>268</sup>. Embora não seja a nossa intenção nos alongar sobre o tema, cumpre destacar que temos algumas restrições à eficácia horizontal dos direitos fundamentais, principalmente a direta defendida pela doutrina majoritária brasileira<sup>269</sup>.

Mas também não somos favoráveis a um retorno ao Estado Liberal, que já se mostrou fracassado. Hoje, está mais do que claro que o poder público deve assumir um papel ativo na garantia e promoção dos direitos da pessoa, mesmo na esfera privada. Os direitos da pessoa, em geral, sejam eles considerados direitos humanos, fundamentais ou de personalidade, devem ser obrigatoriamente observados nas relações entre particulares. Todavia não nos afigura admissível uma transferência das obrigações do poder público ao particular.

Ao Estado cabe a promoção dos direitos fundamentais sociais, econômicos, ambientais e culturais. Deste modo a insuficiência de recursos ou mesmo uma falta de estrutura pública jamais poderá ser utilizada como argumento a justificar uma transferência dessas obrigações aos particulares.

Por outro lado, não se mostra adequado um modelo intervencionista/paternalista de Estado. O poder público deve sim regular as relações privadas, mas precisa estar atento aos limites impostos pela autonomia privada. Portanto, aproximamo-nos mais da concepção predominante no direito alemão, que defende a aplicação mediata dos direitos fundamentais nas relações privadas<sup>270</sup>.

Tratando do direito geral de personalidade que perante o ordenamento jurídico alemão decorre da dignidade humana e do direito ao livre desenvolvimento da personalidade,

---

<sup>268</sup> Conforme esclarece Marcelo Schenk, esta expressão foi utilizada por Alexy para se referir à intensidade e ao modo de vinculação dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Marcelo Schenk Duque, *Direitos Fundamentais e Direito Privado: a busca de um critério para o controle do conteúdo dos contratos*, In: *A Nova Crise do Contrato*. Organidora Cláudia Lima Marques, Revista dos Tribunais, 2007, pág. 93.

<sup>269</sup> Daniel Sarmento, *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, *op. cit.*; Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, *Direito Civil*, *op. cit.*, págs. 30 e seguintes.

<sup>270</sup> Neste sentido, podemos citar: Marcelo Schenk Duque, *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, *op. cit.*, pág. 93; e Claus-Wilhelm Canaris, *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, *op. cit.*, págs. 52 e seguintes.

consagrados nos §§ 1º e 2º de sua Constituição, o Tribunal Constitucional Federal<sup>271</sup> já deixou claro que este direito possui aplicação direta apenas em face do Estado, constituindo seu dever a proteção do indivíduo das ameaças à personalidade provenientes de terceiros.

Assim, caso os aplicadores do direito não observem os parâmetros decorrentes dos direitos fundamentais, restará configurada violação não apenas ao direito constitucional objetivo, como também aos direitos subjetivos fundamentais do indivíduo. Mas, destaque-se, os direitos fundamentais e nem o direito geral de personalidade possuem aplicação direta em face dos particulares.

Por sua vez, MANUEL FRADA afirma que, “como regra, é certamente de concordar ser impossível transformar os direitos fundamentais em deveres para os seus titulares”, uma vez que isto representaria uma exclusão do estado de liberdade. O imperativo de proteção dos direitos da pessoa humana cabe ao Estado e não aos particulares. A este cabe tão somente o poder-dever de exercê-los de acordo com a moral e os bons costumes, sempre respeitando o próximo<sup>272</sup>.

E, por fim, SOUSA RIBEIRO esclarece que “a qualificação do direito civil como direito constitucional concretizado não retrata, com fidelidade, a complexidade das relações entre ambos os complexos normativos.” Para o civilista português, os direitos fundamentais não constituem uma ordem fechada e acabada, da qual seja possível inferirmos regulações concretas a moldar as relações civis. As garantias constitucionais possuem uma textura normativa aberta, que acaba por deixar margem para delicadas tarefas de compatibilização e de desenvolvimento de seus preceitos, por instrumentos de direito civil<sup>273</sup>.

Para nós, as garantias constitucionais devem ser utilizadas como vetores interpretativos de todo ordenamento jurídico, como “linhas diretivas de interpretação” das cláusulas gerais de

---

<sup>271</sup> Caso *Scientology*, BVERFG 99, 185. Jürgen Schwabe, *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*, *op. cit.*, págs. 202 e 203.

<sup>272</sup> Manuel A. Carneiro da Frada, *A própria vida como dano? : dimensões civis e constitucionais de uma questão-limite*, In: *Estudos em honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, vol. I, Coimbra, 2008, págs. 189 e 190.

<sup>273</sup> Joaquim de Sousa Ribeiro, *Constitucionalização do Direito Civil*, In: *Direito dos Contratos – estudos*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, pág. 32.

direito civil, “clarificando-as, acentuando ou desacentuando determinados elementos do seu conteúdo”<sup>274</sup>. Mas esta tarefa deve ser feita sempre dentro do espírito do Direito Privado.

Além disso, cumpre destacar que estamos de acordo com a dogmática pós-positivista<sup>275</sup> no tocante à aproximação entre o Direito e a ética, quando esta determina uma leitura moral das normas jurídicas, e também, no que se refere ao reconhecimento da normatividade dos princípios e da essencialidade dos direitos da pessoa<sup>276</sup>. Mas apenas divergimos no que se refere à constitucionalização do Direito<sup>277</sup> e portanto nos afastamos da concepção neoconstitucionalista tão defendida na doutrina brasileira<sup>278</sup>.

Retomando a dicotomia entre Direito Público e Privado, apesar de considerarmos salutar uma aproximação entre eles, acreditamos que esta deve ser feita com cautela. Como a pessoa humana é o fundamento e a finalidade do Direito, a sua dignidade deve informar todos os seus ramos, não devendo prevalecer uma distinção rígida entre eles. Desse modo, cada ramo do Direito deve se preocupar com a sua respectiva esfera, mantendo um diálogo aberto em que um pode emprestar preceitos que lhe são próprios ao outro, desde que respeitadas as características básicas de cada um.

Assim, vemos que alguns institutos essencialmente patrimoniais, como os negócios jurídicos e patrimoniais, passam a estar vinculados a determinados princípios como a função social, a boa-fé objetiva e o equilíbrio das prestações. Nesta relação entre o público e o privado, o principal objetivo está em garantir a própria liberdade das partes, dando a elas os instrumentos

---

<sup>274</sup> Marcelo Schenk Duque, *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, *op. cit.*, pág. 133.

<sup>275</sup> Conforme esclarecem BARROSO e A.P. BARCELLOS, “pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem o resgate dos valores, a distinção qualitativa entre princípios e regras, a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre o Direito e a Ética. A estes elementos devem-se agregar, em um país como o Brasil, uma perspectiva do Direito que permita a superação da ideologia da desigualdade e a incorporação à cidadania da parcela da população deixada à margem da civilização e do consumo. É preciso transpor a fronteira da reflexão filosófica, ingressar na prática jurisprudencial e produzir efeitos positivos sobre a realidade.” Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos, *O Começo da história. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro*, *op. cit.*, pág. 60.

<sup>276</sup> Luís Roberto Barroso, *Fundamentos Teóricos e Filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro*, *op. cit.*, pág. 43.

<sup>277</sup> Luís Roberto Barroso, *A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil*, *op. cit.*, págs. 21 e seguintes.

<sup>278</sup> O neoconstitucionalismo é o termo utilizado pelos constitucionalistas para se referir ao conjunto de transformações que consideram ter ocorrido no Estado e no direito constitucional atual. Dentre elas detacam: (i) a formação do Estado constitucional de Direito; (ii) o pós-positivismo, que reaproxima o Direito da ética e confere centralidade aos direitos fundamentais; (iii) a força normativa da Constituição; e (iv) o desenvolvimento de uma nova dogmática de interpretação constitucional. E em razão dessas transformações, teriam resultado duas consequências: a constitucionalização do Direito e a judicialização das relações sociais e de questões políticas. Luís Roberto Barroso, *A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil*, *op. cit.*, págs. 21 e seguintes.

necessários a se assegurar, por exemplo, uma relação de igualdade, essencial para qualquer negócio jurídico.

Pelo exposto, não defendemos uma supressão da distinção entre Direito Público e Privado, mas reconhecemos como positiva essa aproximação entre esses ramos do Direito, que tem em comum a pessoa humana como valor máximo. Para nós, a distinção entre Público e Privado ainda existe e deve permanecer a existir, na medida em que tendo objetivos, fundamentos e princípios distintos, é essencial à organização das normas e condutas<sup>279</sup>.

---

<sup>279</sup> Tepedino entende que a distinção entre direito público e privado teria deixado de ser qualitativa para passar a ser quantitativa, sendo impossível “definir qual exatamente é o território do direito público e qual o território do direito privado”. Gustavo Tepedino, *Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil*, *op. cit.*, pág. 20.

### 3. TUTELA CIVIL DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE

#### 3.1. PRINCÍPIO GERAL

Feitas estas considerações acerca da pessoa humana perante o Direito, já é possível perceber que para nós os direitos de personalidade surgem com a pessoa, ou seja, a personalidade é “a qualidade de ser pessoa”<sup>280</sup>. Trata-se de direito inato do homem, direito natural reconhecido pelo ordenamento jurídico<sup>281282</sup>, que pertence ao homem pelo simples reconhecimento de sua dignidade e humanidade. Assim, os direitos de personalidade estão consagrados nas Leis Civis brasileira e portuguesa.

Na doutrina brasileira, Francisco AMARAL conceitua os direitos de personalidade como sendo “direitos subjetivos que têm por objeto os bens e valores essenciais da pessoa, no seu aspecto físico, moral e intelectual”<sup>283</sup>. E BITTAR<sup>284</sup> os define como sendo aqueles que se referem às relações da pessoa consigo mesma, às características intrínsecas do ser e suas qualificações psíquicas e morais.

Ora, se o direito da personalidade tem como titular a pessoa, sendo ela una, entendemos que existe um único e específico direito<sup>285</sup>, que oferece uma tutela geral à dignidade da pessoa humana e se desdobra em direitos especiais para proteger os bens da personalidade<sup>286</sup>, que nada mais são que manifestações desta. O homem é um ser complexo e portanto a sua personalidade envolve múltiplos aspectos a exigir tutela.

---

<sup>280</sup> Pedro Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral do Direito Civil, op. cit.*, págs. 35 e seguintes: “A personalidade é uma qualidade: a qualidade de ser pessoa. É uma qualidade que o Direito se limita a constatar e respeitar e que não pode ser ignorada ou recusada. É um dado extrajurídico que se impõe ao direito”.

<sup>281</sup> Neste sentido, Adriano de Cupis, *Os Direitos de Personalidade*, tradução portuguesa de A. Vera Jardim e M. Caeiro, Lisboa: 1961 Lisboa: 1961, Livraria Moraes Editora; José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil, Teoria Geral, op. cit.*, pág. 44: “Todo o estudo da pessoa deve assim partir da análise desta realidade fundamental. Será ela que iluminará a noção de personalidade jurídica e não vice-versa. Não se parte da regra para a pessoa mas da pessoa para a regra, porque aquela é prévia à valoração positiva.”; Luiz Roldão de Freitas Gomes, *Noção de Pessoa no Direito Brasileiro, op. cit.*, pág. 330; Diogo Leite de Campos, *A Gênese dos Direitos da Pessoa*, In: *Nós, op. cit.*, pág. 54.

<sup>282</sup> Em sentido contrário, Gustavo Tepedino, *A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-constitucional Brasileiro*, In: *Temas de Direito Civil*, 4ª Edição, Renovar, 2008, págs. 42 e seguintes. Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, *Direito Civil, op. cit.*, págs. 110 e seguintes.

<sup>283</sup> Francisco Amaral, *Direito Civil: introdução*, 6ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pág. 247.

<sup>284</sup> Carlos Alberto Bittar, *Direito de autor*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003, p.2.

<sup>285</sup> Pedro Pais de Vasconcelos, *Direitos de Personalidade*, Lisboa: Almedina, 2006, pág. 64.

<sup>286</sup> José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil, Teoria Geral, op. cit.*, págs. 90 e 91.

Desse modo, à pessoa una e concreta corresponde a tutela geral, enquanto os vários bens da personalidade darão lugar aos direitos especiais de personalidade, como os direitos à vida, à honra, à privacidade, à imagem, dentre muitos outros. Estes aspectos fazem parte da pessoa, mas são abstratamente passíveis de autonomização, tornando-se bens da personalidade.

É sob esta ótica que interpretamos o critério adotado nos Códigos Civis português e brasileiro para a tutela dos direitos da personalidade: existe em ambos dispositivo legal de tutela genérica, ou seja, para que um direito da personalidade seja reconhecido não é necessária previsão legal específica, uma vez que o rol de direitos não é taxativo, mas exemplificativo.

No entanto, a legislação civil não se limitou à regra geral prevista nos artigos 70.º, n.º 1, do Código Civil português e 12 do Código Civil brasileiro, mas cuidou de prever os direitos especiais de personalidade: direito à vida, direito à integridade física e psíquica, direito à identidade pessoal, direito ao nome, direito à honra, direito à voz, direito à privacidade, direito à imagem, dentre outros.

Ao reconhecermos a existência de uma regra geral, não estamos nos referindo ao Direito Geral de Personalidade, que sob a influência do direito alemão é defendido pela doutrina brasileira<sup>287</sup> e na portuguesa por CAPELO DE SOUSA<sup>288</sup> e LEITE DE CAMPOS<sup>289</sup>.

O Direito Geral de Personalidade foi desenvolvido na Alemanha, uma vez que a sua lei civil estabelece um rol taxativo de direitos de personalidade. Deste modo, eventuais ofensas a bens da personalidade não positivados, ficavam a carecer de tutela. Diante desta problemática, foi necessário desenvolver a partir do preceito da dignidade da pessoa humana e do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, previstos nos §§ 1º e 2º de sua Constituição, uma cláusula geral, da qual fosse possível retirar novos direitos sempre que necessário: o Direito Geral de Personalidade<sup>290</sup>.

---

<sup>287</sup> Francisco Amaral, *Direito Civil, op. cit.*, pág. 251. Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, *Direito Civil, op. cit.*, págs. 114 e seguintes. Danilo Doneda também defende a existência de uma cláusula geral a se tutelar os direitos de personalidade, mas a extrai da Constituição Federal, notadamente da cidadania, da dignidade da pessoa humana e das garantias de igualdade material e formal, previstas nos artigos 1º, II e III, 3º, III, e 5º da Constituição Federal. Danilo Doneda. Os Direitos da Personalidade no Código Civil, In: *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Ano VI, n.º 6, junho de 2005, pág. 82.

<sup>288</sup> Rabindranath V. A. Capelo de Sousa, *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, págs 513 e seguintes.

<sup>289</sup> Diogo Leite de Campos, Lições de Direitos da Personalidade, In: *Separata do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Vol. LXVI, 2ª edição, 1992, págs. 49 e seguintes.

<sup>290</sup> Pedro Pais de Vasconcelos, *Direitos de Personalidade, op. cit.*, págs. 61 e 62.



No Tribunal Constitucional Federal alemão são diversos os julgados sobre o tema. Dentre eles podemos citar o caso *Scientology*, julgado em 10.11.1998<sup>291</sup>, em que o reclamante alegava que o seu direito geral de personalidade teria sido ofendido em razão de artigo publicado pela revista “Celebrity”. Isto porque, segundo o mencionado artigo, o reclamante seria líder e sacerdote de determinada seita religiosa, que foi objeto de muita polêmica na Alemanha, pois a mesma foi acusada de ter pretensões políticas totalitárias. E assim esta afirmação ocasionou diversos prejuízos ao reclamante.

Analisando a questão, o Tribunal julgou procedente a reclamação para reformar a decisão impugnada, pois esta teria violado o direito geral de personalidade do reclamante quando divulgou informação equivocada relativa a sua filiação à seita religiosa<sup>292</sup>, já que essa atribuição produziu repercussões negativas para a personalidade e para a imagem pública do reclamante.

Ocorre que, conforme alerta ASCENSÃO, perante os ordenamentos jurídicos brasileiro e português, não é necessária a criação de um Direito Geral de Personalidade, na medida em que da regra geral prevista em ambos os códigos podemos retirar direitos especiais a tutelar os bens da personalidade, conferindo um maior grau de segurança jurídica<sup>293</sup>. Todavia, como alerta PAIS DE VASCONCELOS, o liame é tênue<sup>294</sup>.

Por fim, vale citar a crítica feita por TEPEDINO à teoria pluralista dos direitos de personalidade<sup>295</sup>, defensora da existência de diversos direitos da personalidade, e monista, que foi a adotada por nós. Para ele ambas as teorias estariam muito preocupadas com a estrutura subjetiva e patrimonialista das relações jurídicas e, dessa forma, afirma que a personalidade

---

<sup>291</sup> Art. 28. A atividade do atleta profissional, de todas as modalidades desportivas, é caracterizada por remuneração pactuada em contrato formal de trabalho firmado com entidade de prática desportiva, pessoa jurídica de direito privado, que deverá conter, obrigatoriamente, cláusula penal para as hipóteses de descumprimento, rompimento ou rescisão unilateral.

<sup>292</sup> O reclamante não mais era filiado à seita religiosa.

<sup>293</sup> José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil, Teoria Geral*, *op. cit.*, pág. 87.

<sup>294</sup> Pedro Pais de Vasconcelos, *Direitos de Personalidade*, *op. cit.*, pág. 64.

<sup>295</sup> Podemos afirmar que Caio Mário da Silva Pereira adota a teoria pluralista, na medida em que ao tratar dos direitos de personalidade esclarece que este não constitui ‘um direito’ e considera equivocado afirmar que o homem tem direito à personalidade. Mas se aproxima da concepção por nós adotada, quando entende que da personalidade “irradiam-se direitos” e considera correta a afirmação no sentido “de que a personalidade é o ponto de apoio de todos os direitos e obrigações”. Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, *op. cit.*, pág. 241.

deve ser tida “como valor máximo do ordenamento, modelador da autonomia privada, capaz de submeter toda a atividade econômica a novos critérios de validade”<sup>296</sup>.

Ora, ao falarmos em uma cláusula geral a tutelar a pessoa concreta e da qual decorrem os direitos especiais de personalidade para a garantia dos bens de personalidade, que nada mais são do que o reflexo dos múltiplos aspectos que a pessoa humana envolve, não estamos retirando esta da centralidade que ocupa no ordenamento jurídico. Muito pelo contrário, a estamos reconhecendo.

Feitas estas considerações, passamos à análise dos direitos especiais de personalidade. Como delimitamos o presente trabalho ao estudo dos contratos que tenham como objeto os direitos à privacidade, imagem, voz e nome, buscaremos traçar os contornos desses direitos apenas na sua ótica positiva.

### 3.2. DIREITO À PRIVACIDADE

O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada e familiar ou direito à privacidade, como denominado no Brasil, em Portugal, está previsto nos artigos 26.º, n.º 1, da Constituição e 80.º do Código Civil. No Brasil, temos a sua previsão nos artigos 5º, X e LX, da Constituição e 21 do Código Civil.

A delimitação do âmbito deste direito é algo de difícil determinação, na medida em que varia de acordo com os costumes de cada sociedade e com a pessoa objeto de tutela. Dessa forma, a esfera de privacidade de cada pessoa é relativa, pois, como demonstraremos adiante, dependerá do comportamento do titular no exercício do seu direito ao livre desenvolvimento da personalidade.

No caso das pessoas públicas, por exemplo, como políticos, artistas, cantores, a definição dos limites dessa privacidade tem suscitado diversas discussões. Mas desde já destacamos que estas pessoas com notoriedade pública continuam a ser homens privados, não sendo admissível que alguém interfira na sua esfera privada.

---

<sup>296</sup> Gustavo Tepedino, A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-constitucional Brasileiro, In: *Temas de Direito Civil*, op. cit., págs. 53 e seguintes.

Para nós, o direito à privacidade não se resume ao direito à intimidade da vida privada, que se refere à intimidade do espaço familiar, da casa onde a família reside, mas também não chega a configurar o *privacy*<sup>297</sup>, norte-americano, pois este se ocupa apenas dos valores não patrimoniais da personalidade.

A privacidade se refere ao direito à intimidade não apenas quando o seu titular está dentro de sua residência, mas também nas suas relações cotidianas, ou seja, seria o direito conferido à pessoa de impedir o acesso e a divulgação por terceiros de fatos que digam respeito a sua vida privada.

ASCENSÃO destaca que o direito à reserva sobre a intimidade da vida privada não deve ser resumido ao *right to be alone*, afastado de qualquer justificação substancial, mas deve ser interpretado de acordo com um conteúdo ético e não como um direito absoluto. Prosseguindo, esclarece que “a vida privada cessa pois onde começa a vida pública”. Mas salienta que as pessoas de grande notoriedade não deixam de ter assegurado o direito à vida privada.

Na doutrina brasileira, o direito à vida privada é definido por C. CHAVES e ROSENVALD como sendo “o refúgio impenetrável pela coletividade”. Ou seja, refere-se ao legítimo interesse da pessoa de preservar do conhecimento dos demais todas as questões que sejam relativas a sua esfera íntima. E acrescenta que é perfeitamente possível ocorrer uma violação do direito à privacidade, sem que seja atingido o direito à imagem ou à honra<sup>298</sup>.

Por fim, apenas para ilustrar hipóteses de ofensa a este direito, podemos citar um caso que foi objeto de apreciação pelo Superior Tribunal de Justiça. Tratava-se do pedido de indenização por danos morais formulado por uma vítima de estupro, que teve o seu nome divulgado por uma das empresas do Grupo Gazeta de Mato Grosso, sem a sua autorização.

Em sua decisão, a relatora do processo, Ministra Nancy Andrigli, condenou a empresa pagar indenização por danos morais à autora da ação, tendo ressaltado que o direito à informação é um dos pilares do Estado democrático de direito. Mas, o direito à informação não se sobrepõe

---

<sup>297</sup> David Fernandes de Oliveira Festas, *Do Conteúdo Patrimonial do Direito à Imagem – Contributo para um Estudo do seu Aproveitamento Consentido Inter Vivos*, Lisboa: Coimbra Editora, 2009, págs. 30 e seguintes.

<sup>298</sup> Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, *Direito Civil, op. cit.*, págs. 146 e seguintes.

a quaisquer das outras garantias individuais, principalmente a honra e a intimidade. E concluiu no sentido de que cabe ao jurista delimitar a fronteira entre o legítimo e o abusivo exercício da liberdade de informação<sup>299</sup>.

Também merece destaque para a posição adotada pelo Tribunal Constitucional Federal alemão, no julgamento do caso *Scientology*<sup>300</sup>, no que se refere aos limites da liberdade de expressão. O Tribunal buscou esclarecer que o direito geral de personalidade e a liberdade de expressão não são garantidos sem reservas, mas encontram limites nas leis gerais e no direito à honra pessoal. Assim, apenas se admite declarações ofensivas à honra, caso estas representem interesses justificados.

Portanto, diante do caso concreto, o magistrado deverá proceder a uma ponderação de interesses entre a gravidade do prejuízo causado ao titular do direito de personalidade pela declaração e as perdas sofridas pela liberdade de expressão, caso proibida a declaração. Ao exercer tal tarefa o aplicador do direito deverá ter em vista as circunstâncias especiais do caso concreto e o contexto dos elementos típicos do direito infraconstitucional a serem interpretados<sup>301</sup>.

Mas mesmo após destacar que esta ponderação deverá ser feita diante do caso concreto, o Tribunal destacou que já existe jurisprudência dominante no que se refere à prevalência de determinadas regras. Dentre elas, menciona que o direito de personalidade irá prevalecer sobre a liberdade de expressão sempre que esta configurar um ataque à dignidade humana, uma crítica degradante ou uma ofensa formal.

Por outro lado, as informações verdadeiras sobre fatos<sup>302</sup>, em regra, devem ser toleradas, mesmo quando prejudiciais à pessoa. Mas destaca que os direitos de personalidade podem

---

<sup>299</sup> Notícia acessada em 16.01.2009, no site: <http://www.stj.gov.br/portal/stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=92435>.

<sup>300</sup> Jürgen Schwabe, *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*, op. cit., págs. 203 e 204.

<sup>301</sup> Para maiores desenvolvimentos sobre o tema: Jónatas E.M. Machado, *Liberdade de Expressão: Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social*, Coimbra Editora, 2002, págs. 743 e seguintes. Especificamente sobre os limites à liberdade de expressão perante o direito à privacidade: J.J. Gomes Canotilho e Jónatas E.M. Machado, *“Reality Shows” e Liberdade de Programação*, Coimbra Editora, 2003, págs. 50 e seguintes.

<sup>302</sup> Nos Tribunais brasileiros é frequente a condenação das empresas de telecomunicação ao pagamento de indenização por danos morais, quando veiculadas informações inverídicas sobre determinadas pessoas. Apenas como exemplo podemos citar dois casos (i) nos autos do processo n.º 1.0479.08.146161-4/001, a 13ª Câmara

excepcionalmente prevalecer sobre a liberdade de expressão, mesmo tratando-se de fatos verdadeiros, quando as declarações atingem as esferas íntima, privada ou confidencial e esta ofensa não é justificada pelo interesse de informação da opinião pública ou ainda quando o dano ao direito de personalidade é desproporcional ao interesse na divulgação da verdade.

### 3.3. DIREITO À IMAGEM

Na Lei Brasileira, o direito à imagem está previsto nos artigos 5º, V, X e XXVIII, ‘a’ da Constituição e no artigo 20 do Código Civil, enquanto, na lei portuguesa, encontramos a sua previsão nos artigos 26.º, n.º 1 da Constituição e no artigo 79.º do Código Civil.

Embora muitos autores afirmem que o direito à imagem tenha surgido do direito à intimidade, é certo que possuem enfoques distintos. O direito à imagem tutela a projeção do eu, refere-se à imagem individual e cognoscível da pessoa singular. Assim, é possível que ocorra uma ofensa à intimidade sem que haja uma ofensa ao direito de imagem e vice-versa.

Na doutrina brasileira, SYDNEI GUERRA que o direito à imagem consiste no direito que a própria pessoa tem sobre a projeção de sua personalidade física ou moral em face da sociedade, incidindo assim sobre um conjunto de caracteres que vai identificá-la no meio social em que vive.

Para PAIS DE VASCONCELOS<sup>303</sup> este direito tem como objetivo a tutela da “pessoa contra a exposição, reprodução, comercialização do seu retrato, sem o seu consentimento”. Mas

---

Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais condenou empresa jornalística a indenizar W.C.C., por danos morais, no valor de R\$ 8 mil, em razão de uma matéria publicada no jornal da cidade, em que seu nome foi inserido em um rol de grandes traficantes apreendidos após uma operação da polícia local. Mas como restou demonstrado nos autos que W.C.C. não esteve envolvido no ocorrido, como também os danos morais sofridos ao ter seu nome associado ao tráfico de drogas, foi imposta a mencionada condenação - notícia veiculada em 10.06.2009, no site [http://www.editoramagister.com/noticia\\_ler.php?id=36874](http://www.editoramagister.com/noticia_ler.php?id=36874); (ii) nos autos da apelação cível n.º 2009.017935-7, a 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Santa Catarina confirmou a condenação da Rádio Sociedade Oeste Catarinense Ltda. e do seu apresentador ao pagamento de indenização por danos morais a um militar aposentado no valor de R\$ 5 mil, uma vez que o radialista teria dirigido ofensas pessoais ao militar em seu programa naquela rádio, não tendo usado de impessoalidade jornalística e feito críticas pessoais que foram além dos limites da razoabilidade, ultrapassando o poder de repassar a informação. Além de afirmar que o aposentado havia estuprado uma adolescente, imputou a ele palavras que lhe agrediram a moral e a reputação dentro da cidade, já que é conhecido por muitos na região, atingindo diretamente a sua honra – notícia veiculada em 05.06.2009, no site [http://www.editoramagister.com/noticia\\_ler.php?id=36772](http://www.editoramagister.com/noticia_ler.php?id=36772).

<sup>303</sup> Pedro Pais de Vasconcelos, *Direitos de Personalidade, op. cit.*, pág. 83.

ASCENSÃO<sup>304</sup> destaca que a imagem da pessoa também poderá restar atingida através de representações plásticas.

Nos termos do artigo 79.º, n.º 1, do Código Civil português, a divulgação, reprodução e comercialização do retrato<sup>305</sup> de uma pessoa dependerá do seu prévio consentimento, mas no n.º 2 deste artigo estão previstas as hipóteses de dispensa do consentimento<sup>306</sup> e o n.º 3 veda a divulgação de retratos que possam resultar em prejuízo a honra, reputação ou simples decoro da pessoa retratada.

Registre-se que a proibição prevista no artigo 79, n.º 3, suscita divergências na doutrina<sup>307</sup>, no que se refere a sua aplicabilidade aos n.ºs 1 e 2 ou apenas ao n.º 2. Ou seja, a vedação à divulgação de retratos que representem ofensa ao direito à honra da pessoa retratada se aplica apenas às hipóteses em que não é necessário o consentimento para a divulgação das mesmas ou também nos demais casos, mesmo que diante de autorização expressa do titular do direito.

Para nós, o artigo 79, n.º 3, apenas se aplicaria às situações previstas no n.º 2, em que é dispensável o consentimento da parte para a divulgação do retrato, pois, caso não haja ofensa à ordem pública e aos bons costumes, o titular do direito poderá autorizar a exposição de sua imagem. Isto porque, como demonstraremos mais adiante, esta faculdade está situada na esfera de autodeterminação da pessoa<sup>308</sup>.

Dessa forma, mesmo nas hipóteses previstas no artigo 79, n.º 2, o retrato apenas poderá ser divulgado, caso não haja o risco de acarretar prejuízos à honra, reputação ou decoro da pessoa retratada. Do contrário, sempre se exigirá o consentimento do titular do direito.

---

<sup>304</sup> José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil, Teoria Geral, op. cit.*, pág. 116.

<sup>305</sup> Sobre retrato e direito à imagem, David Fernandes de Oliveira Festas, *Do Conteúdo Patrimonial do Direito à Imagem, op. cit.*, págs. 51, 52, 53, 240 e seguintes.

<sup>306</sup> Não dependerá de autorização a divulgação da imagem de uma pessoa, num grupo, em local público, quando a sua presença seja meramente acessória. Como exemplo, podemos citar as fotografias publicadas em jornais e revistas de pessoas participando de manifestações políticas. Também é considerada lícita a divulgação da imagem de uma pessoa quando esta tenha caráter informativo, como é o caso das fotografias de crianças desaparecidas, por exemplo. Este artigo ainda menciona a notoriedade pública da pessoa, no entanto, esta exceção levanta diversas discussões no que se refere às condições dessa permissão, uma vez que a pessoa pública permanece sendo titular de direitos de personalidade. Dessa forma, não restam dúvidas de que a divulgação do retrato para comercialização da imagem sem a respectiva autorização é vedada.

<sup>307</sup> Sobre o tema: Cláudia Trabuço, Dos Contratos Relativos ao Direito à Imagem, In: *Separata da Revista O Direito, op.cit.*, págs. 438 e seguintes; Rabindranath V. A. Capelo de Sousa, *O Direito Geral de Personalidade, op. cit.*, pág. 255, nota 589; e Mário de Brito, *Código Civil Anotado, op.cit.*, 1967, págs. 95 e 96.

<sup>308</sup> David Fernandes de Oliveira Festas, *Do Conteúdo Patrimonial do Direito à Imagem, op. cit.*, págs. 287 e seguintes.

Note-se que o artigo 20 do Código Civil brasileiro é muito similar ao artigo 79.º do Código Civil português e também dispõe sobre a autodeterminação do titular em relação ao seu direito à imagem, traçando os seus limites<sup>309</sup>.

Registre-se que, embora o Código Civil português se refira ao retrato, devemos entender que o bem objeto de tutela é a imagem da pessoa humana, ou seja, qualquer reprodução desta capaz de identificá-la.

Apenas para ilustrar hipóteses de discussões envolvendo alegações de ofensa a direito de imagem, podemos citar a ação judicial ajuizada pela primeira-dama francesa, Carla Bruni Sarkozy. Na ação, Bruni pretendia que fossem recolhidas e destruídas bolsas desenvolvidas pelo estilista francês Pardon, que tinham como estampa uma sua imagem nua. Na ação, Carla alega que o seu direito de imagem estaria sendo violado, na medida em que a sua imagem estava sendo utilizada com finalidade comercial, sem o seu consentimento<sup>310</sup>.

Por fim, encontramos na doutrina brasileira uma distinção relativa à imagem-retrato e imagem-atributo. A primeira se refere à “representação do corpo de uma pessoa por pelo o menos uma das partes que a identifica”. Enquanto a imagem-atributo seria “o conjunto de características associadas a ela pelos seus conhecidos”<sup>311</sup>.

Ora, para nós a imagem-atributo está relacionada ao direito à honra e não à imagem. Embora não se confundam, é de admitir que estes direitos estão muito próximos<sup>312</sup>. Neste sentido, DAVID FESTAS esclarece que “o direito à honra tem um domínio de actuação próprio que transcende a exposição ou publicação do retrato”, mas assinala que “o bem jurídico honra também é tutelado pelo direito de imagem”<sup>313</sup>. Tal é a proximidade que muitas vezes se faz necessária proteção de ambos de forma concomitante.

---

<sup>309</sup> David Fernandes de Oliveira Festas, *Do Conteúdo Patrimonial do Direito à Imagem, op. cit.*, págs. 276 e seguintes.

<sup>310</sup> Notícia acessada em 24.06.2009, no site: <http://www.peoplestar.co.uk/index.html?news=294>.

<sup>311</sup> Fabio Ulhoa Coelho, *Curso de Direito Civil*, volume 1, São Paulo: Saraiva, 2003, pág. 205. Também neste sentido, Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, *Direito Civil, op. cit.*, págs. 140 e 141.

<sup>312</sup> Em sentido contrário, Francisco Amaral afirma que “o direito à integridade moral consiste na proteção que a ordem jurídica concede à pessoa no tocante à sua honra, liberdade, recato, imagem e nome”. Francisco Amaral, *Direito Civil, op. cit.*, pág. 268.

<sup>313</sup> David Fernandes de Oliveira Festas, *Do Conteúdo Patrimonial do Direito à Imagem, op. cit.*, págs. 80 e 81.

Como exemplo de uma situação que envolveu a violação a ambos os direitos, honra e imagem, podemos citar a decisão pelo Tribunal Constitucional alemão no já mencionado caso *Scientology*. Nesta oportunidade, o Tribunal se manifestou no sentido de que o direito geral de personalidade abrange a tutela contra declarações que tenham como objetivo denegrir a imagem de uma pessoa junto à opinião pública. Mas destaca que isto não significa que este direito concede ao indivíduo o direito de ser apresentado publicamente como se vê ou como gostaria de ser visto pelos demais<sup>314</sup>.

Por sua vez, o Superior Tribunal de Justiça brasileiro manteve decisão que condenou a Igreja Universal do Reino de Deus a pagar indenização aos filhos e ao marido da mãe-de-santo Gildásia dos Santos, já falecida quando do ajuizamento da ação, em razão da publicação de uma foto desta em um contexto ofensivo no jornal Folha Universal, veículo de divulgação da igreja. Sob a foto de Gildásia constava o título “Macumbeiros charlatões lesam o bolso e a vida dos clientes”<sup>315</sup>.

#### 3.4. DIREITO À VOZ

O direito à voz vem previsto no artigo 5º, XXVIII, ‘a’, da Constituição brasileira, bem como, no artigo 20 do Código civil brasileiro, na medida em que o legislador infraconstitucional afirma que a transmissão da palavra de uma pessoa poderá ser proibida por seu titular. Ora, assim como a imagem, a voz consiste em elemento identificador da pessoa, uma vez que esta pode ser reconhecida pelo som da sua voz.

No direito português não é um direito típico, mas partindo da concepção de que o artigo 70.º do Código Civil contempla uma regra geral de proteção à personalidade humana, e que o rol de direitos previsto na lei civil não é taxativo, a voz também deve ser considerada perante o ordenamento jurídico português como um direito de personalidade, já que corresponde a um bem existente e determinado.

---

<sup>314</sup> Caso *Scientology*, BVERFGE 99, 185. Jürgen Schwabe, *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*, *op. cit.*, pág. 202.

<sup>315</sup> Notícia acessada em 16.01.2009, no site: [http://www.stj.gov.br/portal\\_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=92435](http://www.stj.gov.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp?tmp.area=398&tmp.texto=92435).



Na doutrina brasileira, C. CHAVES e ROSENVALD consideram que a voz integraria o direito à imagem e, desse modo, falam em direito à imagem-voz, como sendo aquela “caracterizada pelo timbre sonoro”, capaz de identificar uma pessoa. E acrescenta que não seria possível imaginar que a personalidade “se evidencia menos na voz que nas características fisionômicas”<sup>316</sup>. Não é este o nosso entendimento. Para nós, a voz corresponde a um bem da personalidade específico, que merece tutela distinta da imagem<sup>317</sup>.

Cabe ressaltar que não estamos aqui nos referindo a direitos intelectuais relativos à produção artística, por exemplo, mas sim a um bem da personalidade como elemento integrante da pessoa. Desse modo, quando estiver em causa questões que envolvam direitos intelectuais, que possam ensejar o direito à indenização, principalmente quando utilizados com fins comerciais, nos afastamos do âmbito dos direitos de personalidade e ingressamos no instituto da propriedade intelectual<sup>318</sup>.

Note-se que a previsão do direito à voz perante o Direito brasileiro foi feita junto com o direito de imagem, na medida que ambos constituem um elemento que possibilita a identificação de determinada pessoa. Portanto, aplicam-se aqui as mesmas considerações acima expostas sobre a sua divulgação da imagem sem a autorização do titular e sobre a possibilidade de autodeterminação do titular do direito através do seu consentimento.

### 3.5. DIREITO AO NOME

Da mesma forma que a imagem, o nome também exerce a função de identificação do seu titular e está previsto nos artigos 16 a 19 do Código Civil brasileiro e nos artigos 72.º, 73.º e 74.º da Lei Civil portuguesa.

O direito ao nome confere ao seu titular o direito de usá-lo e de não ser privado deste, dispondo dos mecanismos da tutela da personalidade para impedir o seu uso por terceiros. O nome é formado pelo prenome e pelo patronímico, mais conhecido, como sobrenome, e consiste no termo utilizado para individuar as pessoas, situando-a numa determinada família.

---

<sup>316</sup> Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, *Direito Civil, op. cit.*, págs. 140 e 141.

<sup>317</sup> Neste sentido, David Fernandes de Oliveira Festas, *Do Conteúdo Patrimonial do Direito à Imagem, op. cit.*, pág. 78, nota 223.

<sup>318</sup> Sílvio de Salvo Venosa, *Direito Civil, op. cit.*, pág. 157.

O prenome é escolhido livremente dentro dos usos e costumes sociais. Em Portugal, esta escolha deverá ser feita entre os nomes próprios previstos na onomástica nacional, nos termos em que previsto no artigo 103.º do Código de Registo Civil de 1995. Enquanto no Brasil não existe esta regra, sendo muito comum a adoção de nomes de pessoas com notoriedade pública, inclusive em língua estrangeira. Note-se que o modelo brasileiro se aproxima muito do norte americano.

Embora prevaleça uma ampla liberdade na escolha do prenome no Brasil, o Estado deverá intervir para garantir a observância dos usos e costumes, bem como, impedir a escolha de nomes degradantes para o seu titular, conforme dispõe o parágrafo único do artigo 55 da Lei de Registros Públicos brasileira (Lei n.º 6.015, de 31.12.1973)<sup>319</sup>.

O Estado também deve intervir para impedir a escolha de prenomes que possam gerar confusão com outras pessoas e não permitam referência a sua família. Enquanto o sobrenome, atenderá a determinadas regras de direito de família, que, em geral, busca traçar as origens do indivíduo, o identificando a uma família.

Nos artigos 17 e 18 da lei civil brasileira está prevista a proteção contra o uso do nome por terceiros em publicações ou representações com caráter difamatório ou que comprometa a honra do seu titular, bem como, a exigência de autorização específica para o uso deste em propaganda comercial. Trata-se de uma possibilidade de aproveitamento econômico do nome expressamente previsto na lei brasileira.

Tutela muito semelhante é conferida pela lei portuguesa, quando confere no artigo 72º o direito ao uso do nome pelo seu titular, bem como, a faculdade de o mesmo se opor a que terceiros o utilize ilicitamente para sua identificação ou outros fins.

A proteção ao nome estende-se a nomes artísticos e apelidos pelos quais as pessoas possam ser identificadas, conforme dispõe os artigos 19 do Código Civil brasileiro e 74º da lei portuguesa. Note-se que, muitas vezes, o pseudônimo clama por uma tutela ainda maior que o

---

<sup>319</sup> “Art. 55. (...) Parágrafo único. Os oficiais do registro civil não registrarão prenomes suscetíveis de expor ao ridículo os seus portadores. Quando os pais não se conformarem com a recusa do oficial, este submeterá por escrito o caso, independente da cobrança de quaisquer emolumentos, à decisão do Juiz competente.”

próprio nome. Cite-se como exemplo a Xuxa, o Pelé etc. O pseudônimo dessas pessoas possui uma notoriedade muito superior ao nome destes.

FRANCISCO AMARAL entende que o direito ao nome seria o direito à identidade pessoal e estaria inserido dentro do gênero do direito à honra, na medida em que “a pessoa deve ser reconhecida em sociedade por denominação própria, que a identifica e diferencia”<sup>320</sup>.

Embora muitas vezes o uso do nome por terceiros possa acarretar danos à honra do seu titular, nem sempre isto ocorre. Como exemplo podemos citar a vinculação do nome de uma pessoa famosa a determinada marca, sem a sua autorização. Em regra, não ocorrerá qualquer ofensa à honra da pessoa, mas sim ao direito ao nome. Deste modo, consideramos o nome um bem da personalidade a merecer tutela autônoma, na medida em que é uma forma de identificação do indivíduo.

Por sua vez, ASCENSÃO esclarece que ao contrário dos demais direitos de personalidade, o direito ao nome não é um direito originário, na medida em que a pessoa não nasce com um nome, mas o adquire depois. Dessa forma, “o que verdadeiramente surge como direito de personalidade é o direito à identidade pessoal”. Portanto, o nome seria um bem incorpóreo, imposto sobre o direito de personalidade, notadamente, o direito à identidade pessoal<sup>321</sup>.

Não é este o nosso entendimento. Para nós o direito ao nome é um direito da personalidade, uma vez que podemos identificá-lo. Trata-se, como mencionamos, de uma forma de identificação da pessoa tal como o direito à imagem e o direito à voz.

Registre-se, por fim, que quando a Constituição portuguesa se refere, no artigo 26.º, I, ao direito ao bom nome e à reputação, entendemos que trata-se do direito à honra<sup>322</sup>, que embora muito relacionada aos direitos aqui desenvolvidos, não será objeto do presente estudo.

---

<sup>320</sup> Francisco Amaral, *Direito Civil, op. cit.*, págs. 270 e 271.

<sup>321</sup> José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil, Teoria Geral, op. cit.*, pág. 111.

<sup>322</sup> Pedro Pais de Vasconcelos, *Direito de Personalidade, op. cit.*, págs. 120-122, e *Teoria Geral do Direito Civil, op. cit.*, págs. 60-63.

### 3.6. CARACTERÍSTICAS GERAIS DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE

Com relação às características gerais dos direitos de personalidade, o artigo 11 do Código Civil brasileiro prevê expressamente a irrenunciabilidade e a intransmissibilidade, que consistem na impossibilidade de sucessão ou transferência dos direitos de personalidade a terceiros.

Deste modo, VENOSA afirma que a lei brasileira se refere a apenas duas características dos direitos de personalidade, que são a intransmissibilidade, irrenunciabilidade e indisponibilidade<sup>323</sup>.

Tratando da intransmissibilidade, Adriano de CUPIS afirma que dela decorre a indisponibilidade dos direitos de personalidade. “Não podendo, pela natureza do próprio objecto, mudar de sujeito, nem mesmo pela vontade do seu titular”. E, em seguida, o autor trata da irrenunciabilidade, esclarecendo que estes direitos “não podem ser eliminados por vontade do seu titular”<sup>324</sup>.

No direito português, ASCENSÃO entende que a indisponibilidade implicaria na intransmissibilidade, na irrenunciabilidade e na possibilidade de serem “escassamente restringíveis através de negócio jurídico”<sup>325</sup>.

Embora não iremos nos alongar nesta matéria, cumpre registrar que a intransmissibilidade destes direitos é muito discutida no âmbito da tutela dos direitos de personalidade após a morte, prevista no artigo 71.º do Código Civil português e no § único do artigo 20 da Lei Civil brasileira, pois alguns autores entendem que ocorreria uma transmissão *causa mortis*<sup>326</sup>.

---

<sup>323</sup> Sílvio de Salvo Venosa, *Direito Civil, op. cit.*, pág. 151.

<sup>324</sup> Adriano de Cupis, *Os Direitos de Personalidade, op. cit.*, págs. 45 e seguintes.

<sup>325</sup> José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil, Teoria Geral, op. cit.*, págs. 92 e 93.

<sup>326</sup> Sobre o tema: Rabindranath V.A. Capelo de Sousa, *O Direito Geral de Personalidade*, op. cit., pág. 404; José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil, Teoria Geral, op. cit.*, págs. 100 e seguintes. Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil, op. cit.*, pág. 243.

Registre-se que este não é o nosso entendimento, pois a possibilidade de tutela dos direitos de personalidade do *de cuius* conferida aos seus familiares, pretende proteger a honra destes, que não gostariam de assistir a ofensas a um membro de sua família.<sup>327</sup>

Além da indisponibilidade, irrenunciabilidade e intransmissibilidade, apontamos também como características dos direitos de personalidade que estes são gerais ou inatos, absolutos, pessoais, não-patrimoniais, gozam de dupla inerência, imprescritíveis, dentre outras.

Conforme previsto no artigo 66.º do Código Civil português e no artigo 2º do Código Civil brasileiro, o nascimento completo e com vida confere a todos os seres humanos os direitos de personalidade. Assim, temos que estes direitos são gerais ou inatos<sup>328</sup>, pois são inerentes à condição humana, se aplicando a todas pessoas.

LEONI esclarece que “o vocábulo inato indica o que nasce com o indivíduo, isto é, congênito, conato”<sup>329</sup>. Também neste sentido, FRANCISCO AMARAL considera que os direitos de personalidade são essenciais, inatos e permanentes, na medida em que nasce com a pessoa e a acompanha por toda a sua existência<sup>330</sup>.

Os direitos de personalidade são absolutos, pois geram para todos o dever geral de abstenção, de não-intromissão nos direitos de personalidade dos demais, ou seja, são oponíveis *erga omnes*.<sup>331</sup> Também adotando este entendimento, LEONI afirma que “os direitos subjetivos da personalidade se dizem absolutos porque se opõem *erga omnes*”<sup>332</sup>.

MENEZES CORDEIRO aponta três acepções ao caráter absoluto<sup>333</sup>: (i) oponibilidade *erga omnes*, podendo o titular atuá-los por si em qualquer direção; (ii) não exigiriam relações jurídicas, mas permitiriam o seu aproveitamento pelo particular; e (iii) devem ser sempre respeitados por todos, ou seja, dispõem de uma tutela aquiliana que vincula a todos.

---

<sup>327</sup> Pedro Pais de Vasconcelos, *Direito de Personalidade, op. cit.*, págs. 120-122, e *Teoria Geral do Direito Civil, op. cit.*, págs. 49-52.

<sup>328</sup> Rabindranath V. A. Capelo de Sousa, fala em direitos inatos para se referir a sua origem no direito natural. *O Direito Geral de Personalidade, op. cit.*, págs. 415 e seguintes.

<sup>329</sup> J. M. Leoni Lopes de Oliveira, *Novo Código Civil Anotado*, Parte Geral, Vol. I, 3ª edição, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, págs. 45 e 46.

<sup>330</sup> Francisco Amaral, *Direito Civil, op. cit.*, págs. 250.

<sup>331</sup> Rabindranath V. A. Capelo de Sousa, *O Direito Geral de Personalidade, op. cit.*, págs. 401 e 402.

<sup>332</sup> J. M. Leoni Lopes de Oliveira, *Novo Código Civil Anotado, op. cit.*, págs. 46 e 47.

<sup>333</sup> António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português, op. cit.*, págs. 103 e seguintes.

Com relação às duas primeiras acepções, o autor esclarece que o caráter absoluto não é aplicável a todos os direitos de personalidade, uma vez que há certos direitos que apenas são oponíveis *inter partes* e que envolvem uma relação jurídica. Como exemplo o professor cita a confidencialidade. Assim, temos que na concepção de MENEZES CORDEIRO, o direito de personalidade seria absoluto, no sentido de exigir que todos o respeitem.

Mesmo que se reconheça que estes direitos sejam suscetíveis de tradução pecuniária, como demonstraremos mais adiante, não deixam de ser direitos que possuem uma relação incindível com o seu titular, ou seja, não se autonomizam. É desta característica que podemos retirar a distinção destes direitos dos bens imateriais.

Os bens imateriais são aqueles que mesmo quando derivados da personalidade se autonomizam desta e, assim, são livremente disponíveis e comercializáveis; enquanto os direitos de personalidade estão sempre ligados ao titular<sup>334</sup>. Como exemplo podemos citar a marca, que mesmo sendo produto da criação de uma pessoa, se desvincula desta e pode ser comercializada livremente; por outro lado, o direito à imagem nunca se desvinculará da pessoa, pois trata-se da projeção do próprio indivíduo. Assim, mesmo quando uma modelo profissional celebra um contrato cujo objeto é a divulgação de sua imagem em revistas, cartazes etc, a sua imagem não se desvinculará da modelo.

Em sendo direitos pessoais, que não se autonomizam do titular, CAPELO DE SOUSA aponta a não patrimonialidade destes direitos<sup>335</sup>, ou seja, não teriam alcance econômico, que possibilitasse a sua avaliação em dinheiro. De fato, alguns direitos de personalidade não admitem uma tradução pecuniária, como o direito à vida, por exemplo, mas outros, como o direito à imagem<sup>336</sup> e ao nome, têm sido suscetíveis de avaliação em pecúnia, como demonstraremos mais adiante.

---

<sup>334</sup> Tratando da distinção entre o direito à imagem e o direito autoral, CLÁUDIA POSSI destaca que o direito de personalidade é autônomo, não podendo ser considerado um direito conexo ao de autor e, portanto, não está sujeito às limitações previstas na Lei de Direitos Autorais. Cláudia Possi Lopes, Limitações aos direitos de autor e de imagem, In: *Revista Associação Brasileira da Propriedade Intelectual*, nº 35, São Paulo: ago./1998.

<sup>335</sup> Rabindranath V. A. Capelo de Sousa, *O Direito Geral de Personalidade*, *op. cit.*, págs. 414 e 415.

<sup>336</sup> Sobre o conteúdo patrimonial do direito à imagem, David Fernandes de Oliveira Festas, *Do Conteúdo Patrimonial do Direito à Imagem*, *op. cit.*.

MENEZES CORDEIRO aponta como outra característica do direito de personalidade a sua dupla inerência, que corresponderia à “dupla e indissociável ligação do direito de personalidade ao seu titular e ao seu objeto”. Desta noção decorreria a intransmissibilidade e inalienabilidade, pois mesmo que o titular do direito permita o seu uso jamais irá a transferir definitivamente<sup>337</sup>.

Da regra constante do artigo 198.º do Código Civil português no sentido de que não são suscetíveis a prescrição dos direitos indisponíveis, conclui-se que os direitos de personalidade não se extinguem pelo decurso do tempo<sup>338</sup>. Também neste sentido, FRANCISCO AMARAL que os direitos de personalidade são imprescritíveis, uma vez que “não há prazo para o seu exercício. Não se extinguem pelo não uso, assim como sua aquisição não resulta do curso do tempo”<sup>339</sup>.

Procuramos aqui fazer uma breve abordagem geral do regime comum aplicável a todos os direitos de personalidade. No tópico a seguir tentaremos demonstrar como os direitos de personalidade podem ser utilizados pelo seu titular e então retornaremos às características ao abordarmos a possibilidade de limitação voluntária destes direitos.

---

<sup>337</sup> António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português, op. cit.*, págs. 106 e 107.

<sup>338</sup> Rabindranath V. A. Capelo de Sousa, *O Direito Geral de Personalidade, op. cit.*, págs. 413 e 414; e António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português, op. cit.*, págs. 116 e 117.

<sup>339</sup> Francisco Amaral, *Direito Civil, op. cit.*, pág. 250.

## **4. DIREITOS DE PERSONALIDADE E AUTODETERMINAÇÃO**

### **4.1. DIREITO OBJETIVO E SUBJETIVO DE PERSONALIDADE**

Embora não possamos nos aprofundar acerca do tema relativo aos direitos objetivo e subjetivo, a compreensão destes conceitos é fundamental para analisarmos a possibilidade de limitação voluntária de alguns direitos de personalidade.

Sobre o tema, ORLANDO GOMES<sup>340</sup> esclarece que, segundo a concepção jusnaturalista, o direito subjetivo seria preexistente ao direito objetivo e, dessa forma, este teria a função de garantir aquele através da coação. Mas de acordo com a concepção positivista ocorreria exatamente o contrário, ou seja, o direito objetivo seria anterior ao subjetivo.

Prosseguindo, o civilista afirma que seria inconcebível a existência de uma ordem jurídica na qual não houvesse direitos objetivo e subjetivo, na medida em que um não existe sem o outro. Portanto, o direito subjetivo corresponde a uma faculdade de agir, enquanto o objetivo é uma norma de ação.

Nestes termos, o direito objetivo seria aquele consagrado no ordenamento jurídico, que impõe um dever e está fora da disponibilidade do particular, a não ser quando permitido expressamente. Constitui produto de normas jurídicas proibitivas ou impositivas.

Com relação ao direito subjetivo, após tecer precisas considerações históricas sobre a evolução deste direito, PAIS DE VACONCELOS<sup>341</sup>, numa análise da doutrina portuguesa, aponta a coexistência das construções subjetivista e objetivista.

Em linhas gerais, o mencionado autor entende que embora o direito subjetivo tenha como característica principal a liberdade, ou seja, o poder de autodeterminação do seu titular, este possui um conteúdo complexo e móvel, que varia de acordo com as circunstâncias e dificuldades que enfrenta na realização do seu fim.

---

<sup>340</sup> Orlando Gomes, *Introdução ao Direito Civil*. Revista atualizada e aumentada, de acordo com o Código Civil de 2002, por Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2008, pág. 97.

<sup>341</sup> Pedro Pais de Vasconcelos, *A Participação Social nas Sociedades Comerciais*, 2ª edição, Almedina, págs. 443 e seguintes.



Dessa forma, segundo PAIS DE VASCONCELOS<sup>342</sup>, o direito subjetivo poderá conter além dos poderes, deveres, vinculações, adstrições e ônus. Como exemplo o autor cita os direitos subjetivos de personalidade, que estão em constante evolução, culminando na criação de novos poderes e meios defensivos contra as novas ofensas a tais direitos.

Por fim, conclui no sentido de considerar o direito subjetivo como “uma posição jurídica pessoal de vantagem, de livre exercício, predominantemente activa, inerente à afectação, com êxito, de bens e dos correspondentes meios, isto é, de poderes jurídicos e materiais, necessários, convenientes ou simplesmente úteis, à realização de fins específicos e um seu concreto titular”<sup>343</sup>.

Em sentido bastante semelhante, LEITE DE CAMPOS<sup>344</sup> considera incompleto pensar no direito subjetivo como mero poder de vontade segundo os interesses do seu titular, pois há uma outra face, que é o dever do titular desse direito para com a outra parte e seus respectivos interesses. Assim, este dever ético-jurídico para com os demais nada mais é que um poder-dever, um veículo de colaboração, pois o direito de cada um possui um limite externo que é o outro e o próprio. “O poder está ao serviço do eu – que não se confunde com a vontade – e dos outros”<sup>345</sup>.

Por sua vez, ASCENSÃO esclarece que a liberdade conferida ao homem não se limita a uma mera capacidade de opção, mas está indissociavelmente ligada a uma dimensão ética. Desse modo, as pessoas não são titulares de direitos apenas, mas possuem deveres, sendo que estes são emanações vindas da solidariedade<sup>346</sup>.

Como tivemos a oportunidade de demonstrar, entendemos que os direitos de personalidade são direitos inatos, inerentes ao homem, que permitem ao seu titular se defender de agressões não apenas nas relações privadas, mas também perante o Estado. Sendo assim, as pessoas não poderiam depender da positivação desses direitos.

---

<sup>342</sup> Pedro Pais de Vasconcelos, *A Participação Social nas Sociedades Comerciais*, *op. cit.*, págs. 475 e 476.

<sup>343</sup> *Ibidem*, pág. 478.

<sup>344</sup> Diogo Leite de Campos, Os Direitos da Personalidade: Categoria em Reapreciação, In: *Nós*, *op. cit.*, págs. 162 e 163.

<sup>345</sup> *Ibidem*, pág. 132.

<sup>346</sup> José de Oliveira Ascensão, *Pessoa, Direitos Fundamentais e Direito da Personalidade*, *op. cit.*, págs. 159 e seguintes.

Além disso, não podemos nos esquecer da necessidade de se assegurar a liberdade a todas as pessoas na conformação das regras a reger a sua vida, ou seja, na construção dos contornos da sua personalidade. Estamos aqui na esfera dos direitos subjetivos.

Mas, por outro lado, o espaço de livre desenvolvimento do direito de personalidade não é total, pois também contempla zonas indisponíveis decorrentes do preceito geral da dignidade da pessoa humana, que impede a renúncia ou transmissão dos direitos de personalidade. Como por exemplo o direito à vida.

É aqui que LEITE DE CAMPOS<sup>347</sup> destaca que o direito à vida não confere ao seu titular a prerrogativa de dispor desta, mas antes gera um dever de respeitá-la e defendê-la. Da mesma forma, o direito à constituição de família deve ter por escopo a realização individual e também a de cada um dos demais.

Cabe ainda ressaltar que a perspectiva objetiva dos direitos não abrange apenas o dever do próprio para consigo e com os demais, mas também está situado neste âmbito o dever de tutela do Estado. O poder público não deve apenas se abster de violar os direitos, mas deve os proteger. Trata-se do imperativo de proteção do Estado, defendido na doutrina alemã por CANARIS<sup>348</sup>, já analisado por nós na seção 2.4. *supra*.

Pelo exposto, tendo em vista que a tutela da personalidade é uma<sup>349</sup>, acreditamos a mesma possui uma vertente subjetiva e outra objetiva<sup>350</sup>, pois os direitos da personalidade possuem a peculiaridade de impor obrigações, tendo como primeiro destinatário a própria pessoa e, ao mesmo tempo, confere direitos a este mesmo indivíduo, beneficiando-o. É daí que surge a noção de pessoa humana como titular de direitos e obrigações.

Assim, o direito objetivo de personalidade se refere ao espaço de indisponibilidade, resultante das normas proibitivas ou impositivas e principalmente do dever de agir de forma ética;

---

<sup>347</sup> Diogo Leite de Campos, Os Direitos da Personalidade: Categoria em Reapreciação, In: *Nós, op. cit.*, págs. 162 e 163.

<sup>348</sup> Manuel A. Carneiro da Frada, A própria vida como dano? : dimensões civis e constitucionais de uma questão-limite , In: *Estudos em honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, vol. I, Coimbra, 2008, págs. 189 e 190.

<sup>349</sup> No tópico a seguir, quando tratarmos na patrimonialidade dos direitos de personalidade, iremos expor com maiores detalhes as correntes monista e dualista.

<sup>350</sup> Neste sentido, Pedro Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral do Direito Civil, op. cit.*, pág. 39 e seguintes.

enquanto, o direito subjetivo de personalidade resultaria das normas permissivas, que conferem à pessoa a faculdade de exigir o respeito a sua dignidade, independentemente da atuação do Estado.

#### 4.2. O LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE

Tendo em vista que a vertente subjetiva do direito de personalidade corresponde ao espaço de autodeterminação, esta nada mais é que o reconhecimento ao direito ao livre desenvolvimento da personalidade, consagrado no artigo 26.º da Constituição da República Portuguesa.

Ora, como expomos nas considerações iniciais deste relatório, o Direito surge para fornecer ao indivíduo mecanismos que assegurem a sua liberdade na definição dos contornos do seu viver social, nos limites da ordem pública e dos bons costumes. Dessa forma, não faria sentido a consagração de direitos, que consistissem numa anulação dessa liberdade.

No Direito brasileiro não há previsão expressa do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, mas entendemos que este é assegurado pela dignidade da pessoa humana e pelos direitos e garantias fundamentais, notadamente o direito à liberdade, consagrados na Constituição.

Além disso, cabe salientar que o artigo 29.<sup>351</sup> da Declaração Universal dos Direitos do Homem assegura o direito ao livre desenvolvimento da personalidade. Portanto, tendo em vista que como o Brasil é seu signatário não temos dúvidas em reconhecer a sua presença naquele ordenamento jurídico.

Por outro lado, cabe situar o direito ao livre desenvolvimento da personalidade dentro do rol de direitos fundamentais. Como esclarece ASCENSÃO, ao Estado cabe assegurar as condições necessárias a tornar possível o desenvolvimento da personalidade humana e ao

---

<sup>351</sup> Artigo 29º - 1. O indivíduo tem deveres para com a comunidade, fora da qual não é possível o livre e pleno desenvolvimento da sua personalidade. 2. No exercício destes direitos e no gozo destas liberdades ninguém está sujeito senão às limitações estabelecidas pela lei com vista exclusivamente a promover o reconhecimento e o respeito dos direitos e liberdades dos outros e a fim de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar numa sociedade democrática. 3. Em caso algum estes direitos e liberdades poderão ser exercidos contrariamente aos fins e aos princípios das Nações Unidas.

indivíduo compete exercê-lo. Ou seja, “ninguém substitui a pessoa no autodesenvolvimento da personalidade, mas a organização social deve ser propícia ao seu desempenho”<sup>352</sup>.

Definidas estas premissas, cumpre-nos distinguir a forma pela qual a pessoa humana deve exercer o direito ao livre desenvolvimento de sua personalidade: através da definição dos contornos do direito, pelo consentimento ou pela sua limitação voluntária.

Quando falamos em definição dos contornos do direito de personalidade estamos nos referindo ao comportamento adotado pela pessoa no seu viver em sociedade<sup>353</sup>, à forma pela qual esta constrói a sua dignidade.

Esta noção é fundamental para o direito à privacidade em que o comportamento do titular do direito é essencial para avaliar o grau de tutela que lhe poderá ser conferido. Como exemplo, podemos citar a hipótese de pessoas comuns que adotam um comportamento mais discreto, não se expondo ao círculo onde vivem, em contraposição, há a hipótese das pessoas mais sociáveis, que tendem a gerir a sua vida com maior publicidade. Ora, o grau de tutela do direito à privacidade não será o mesmo para estes indivíduos. Da mesma forma, ocorre com as personalidades públicas. Mesmo entre estas é possível tecermos distinções dependendo do comportamento de cada qual, mais ou menos exposto à mídia.

Por sua vez, o consentimento é aquele, que, nos termos do artigo 340.º, n.º 1, do Código Civil português, justifica ou exclui a ilicitude de um ato lesivo do direito<sup>354</sup>, ou seja, trata-se da hipótese em que o titular do direito, diante de uma violação ou ameaça de ofensa aos seus direitos, abstêm-se de tomar as medidas cabíveis “a evitar a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos da ofensa cometida”. Seria o que CAPELO DE SOUSA chama de “consentimento tolerante”<sup>355</sup>.

---

<sup>352</sup> José de Oliveira Ascensão, *Pessoa, Direitos Fundamentais e Direito da Personalidade*, *op. cit.*, pág. 162.

<sup>353</sup> Paulo Mota Pinto. *A Limitação Voluntária do Direito à Reserva sobre a Intimidade da Vida Privada*, In: *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*, vol. 2, Coimbra Editora, pág. 552.

<sup>354</sup> Adriano de Cupis já reconhecia o consentimento na lesão como uma possibilidade de disposição do direito de personalidade. *Os Direitos de Personalidade*, *op. cit.*, págs. 53 e seguintes.

<sup>355</sup> Rabindranath V. A. Capelo de Sousa, *O Direito Geral de Personalidade*, *op. cit.*, págs. 411 e 412; Paulo Mota Pinto. *A Limitação Voluntária do Direito à Reserva sobre a Intimidade da Vida Privada*, In: *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*, *op. cit.*, pág. 552.

Por fim, a limitação voluntária seria o acordo celebrado ou uma declaração unilateral no sentido expresso de limitar o direito<sup>356</sup>, o que exclui a existência de lesão. Aqui o titular do direito autoriza a prática dos atos lesivos e, conseqüentemente, este ato terá uma dupla vertente, pois confere a outra parte um poder jurídico e cria para si um compromisso jurídico em tolerar o ato autorizado, salvaguardado o seu direito de revogação da autorização a qualquer tempo, nos termos do artigo 81.º, n.º 2, do Código Civil português. Nesta hipótese, podemos afirmar que sequer tenha ocorrido uma lesão, sendo afastada a tipicidade.

CAPELO DE SOUSA e PAULO MOTA PINTO adotam o termo “consentimento autorizante”, no que se refere ao poder jurídico conferido a outra parte através da limitação voluntária, e “consentimento vinculante”, que vai além do “consentimento autorizante”, para se referir à vinculação gerada ao titular do direito<sup>357</sup>.

A possibilidade de limitação voluntária desses direitos, desde que não seja contrária aos princípios da ordem pública é reconhecida expressamente no Código Civil português, no artigo 81.º, n.º 1, e no 79.º, n.º 1. Mas o artigo 11 do Código Civil brasileiro a proíbe.

No entanto, tomando o ordenamento jurídico brasileiro como um todo, podemos dar ao mencionado artigo uma interpretação no sentido de impedir apenas uma completa alienação deste direito. Até porque assim como no Direito português, a Constituição brasileira contempla a dignidade da pessoa humana como premissa máxima. Dessa forma, seria impensável a adoção de uma tutela da personalidade que impedisse o seu livre desenvolvimento.

Por outro lado, os artigos 18 e 20 do Código Civil brasileiro prevêm expressamente a possibilidade de limitação voluntária desses direitos e, assim como ocorre em Portugal, é muito comum no Brasil a celebração de contratos de direitos de personalidade, como os das modelos profissionais, artistas, jogadores de futebol e até mesmo de pessoas comuns.

---

<sup>356</sup> David de Oliveira Festas demonstra a divergência doutrinária no que se refere à natureza jurídica dessa limitação voluntária: ato jurídico não negocial ou negócio jurídico. *O Conteúdo Patrimonial do Direito à Imagem*, *op. cit.*, págs. 295 e seguintes.

<sup>357</sup> Rabindranath V. A. Capelo de Sousa, *O Direito Geral de Personalidade*, *op. cit.*, pág. 350, nota 873. Paulo Mota Pinto, *A Limitação Voluntária do Direito à Reserva sobre a Intimidade da Vida Privada*, *op. cit.*, págs. 552 e 553.

Deste modo, registramos desde já que a doutrina brasileira é quase que uníssona em reconhecer a possibilidade de limitação voluntária de direitos de personalidade<sup>358</sup>. Tanto é assim já na I Jornada de Direito Civil foi formulado o Enunciado n.º 4, o qual prevê expressamente que “o exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente nem geral”<sup>359</sup>.

Por sua vez, o Enunciado n.º 139 da III Jornada de Direito Civil prevê que “os direitos da personalidade podem sofrer limitações, ainda que não especificamente previstas em lei, não podendo ser exercidos com abuso de direito de seu titular, contrariamente à boa-fé objetiva e aos bons costumes”<sup>360</sup>.

Na doutrina, FRANCISCO AMARAL afirma que a indisponibilidade dos direitos de personalidade não é absoluta, na medida em que poderá ser objeto de acordo, “como ocorre no caso de cessão do direito de imagem para fins de publicidade”, de “disposição gratuita de tecidos, órgãos e partes do corpo humano”, seja em vida ou após a morte<sup>361</sup>.

TEPEDINO, H. BARBOZA e C. BODIN apontam como características dos direitos de personalidade a sua extrapatrimonialidade e indisponibilidade, mas destacam que podem ocorrer temperamentos a estes, “no sentido da concessão de uso de alguns de tais direitos, como a imagem e o direito de autor e do livre desenvolvimento da personalidade, que implica transformações”<sup>362</sup>.

CAIO MARIO afirma que em regra os direitos de personalidade não pode ser objeto de autolimitação pelo seu titular, mas no que se refere ao efeitos patrimoniais dessemantizados, seria possível, “até onde não ofendam os direitos em si mesmos, ser objeto de renúncia, transação, transferência ou limitações”. E acrescenta que algumas vezes a ordem jurídicas

---

<sup>358</sup> “Os bens jurídicos nos quais incidem não são suscetíveis de avaliação pecuniária, embora possam alguns constituir objeto de negócio jurídico patrimonial...” Orlando Gomes, *Introdução ao Direito Civil, op. cit.*, pág. 137. Também neste sentido: Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, *Direito Civil, op. cit.*, pág. 112, 143 e seguintes. J. M. Leoni Lopes de Oliveira, *Novo Código Civil Anotado, op. cit.*, págs. 47 e seguintes. Sílvio de Salvo Venosa, *Direito Civil, op. cit.*, pág. 151, embora admita a celebração de contratos de direitos de personalidade, fala em renúncia a estes direitos.

<sup>359</sup> Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, *Direito Civil, op. cit.*, pág. 112.

<sup>360</sup> Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza, Maria Celina Bodin de Moraes, *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*, 2ª Edição revista e atualizada, Rio de Janeiro: Renovar, 2007, pág. 34.

<sup>361</sup> Francisco Amaral, *Direito Civil, op. cit.*, pág. 250.

<sup>362</sup> Gustavo Tepedino, Heloisa Helena Barboza, Maria Celina Bodin de Moraes, *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*, pág. 34.

estabelece limites a “esses atributos ou ao seu exercício” com o objetivo de tutelar o indivíduo ou a sociedade.<sup>363</sup>

Embora PAULO NADER reconheça a possibilidade de uma pessoa autorizar que alguém utilize o seu nome em propaganda comercial, salienta que o titular de direitos de personalidade não possui disponibilidade sobre os mesmos, não podendo, dessa forma, “voluntariamente consentir a sua limitação”, conforme previsto no artigo 11 do Código Civil brasileiro. E acrescenta que deve ser considerado “nulo, de pleno direito, o negócio jurídico que tenha por objeto a alienação de uma peça anatômica”.<sup>364</sup>

E ULHOA COELHO afirma que em regra os direitos de personalidade são indisponíveis e extrapatrimoniais, mas alega que as pessoas famosas teriam um “direito patrimonial à imagem”. Dentro deste direito inclui “todo e qualquer atributo que identifique a pessoa famosa”<sup>365</sup>.

Por fim, cumpre ainda esclarecer que o direito ao livre desenvolvimento constitui expressão da personalidade<sup>366</sup>, do qual se pode extrair as noções de autonomia privada e liberdade contratual. Dessa forma, permite-se ao titular dos direitos de personalidade fazer disposições voluntárias sobre eles, mas limitados pelos padrões éticos e vigentes em sua época.

A autonomia privada, prevista no artigo 405.º do Código Civil português e no artigo 421 da lei civil brasileira, é a principal manifestação da autodeterminação da pessoa humana<sup>367</sup>, uma vez que é através dela que a pessoa possui a faculdade para estabelecer as suas relações com os outros, tanto na esfera patrimonial como pessoal, sendo certo que o Estado apenas poderá intervir para assegurar esta liberdade e a igualdade entre as partes, bem como para garantir outros valores fundamentais da coletividade.

---

<sup>363</sup> Caio Mário da Silva Pereira. *Instituições de Direito Civil*, volume I, 22ª Edição revista e atualizada por Maria Celina Bodin de Moraes, Rio de Janeiro: Forense, 2007, pág. 242.

<sup>364</sup> Paulo Nader, *Curso de Direito Civil*, parte geral, vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2008, pág. 167.

<sup>365</sup> Fabio Ulhoa Coelho, *Curso de Direito Civil*, volume I, São Paulo: Saraiva, 2003, págs. 209 e seguintes.

<sup>366</sup> Paulo Mota Pinto, O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade, In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Portugal-Brasil, Ano 2000, Coimbra Editora, 1999, pág. 147.

<sup>367</sup> “...a autonomia da vontade do sujeito, expressão da respectiva liberdade de autodeterminação,...” Paulo Otero, Disponibilidade do Próprio Corpo e Dignidade da Pessoa Humana, In: *Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, vol. I, Lisboa: Almedina, 2008, pág. 108. Para Pedro Pais de Vasconcelos autonomia em sentido amplo abrangeria a autodeterminação, constituindo “o poder que as pessoas têm de se dar leis próprias e de se reger por elas”, e num sentido restrito corresponderia a autonomia privada, como sendo o “espaço de liberdade em que as pessoas comuns podem reger os seus interesses entre si,...” *Teoria Geral do Direito Civil*, op. cit., págs. 15 e 16.

A intervenção do Estado na autonomia privada ocorre, porque a mesma está sujeita (i) a um limite externo, que é a declaração de vontade correspondente da outra parte, e (ii) a limites internos, que estão relacionados aos princípios sociais do contrato, como a boa fé e a função social do contrato, e também à observância da ordem pública e dos bons costumes<sup>368</sup>.

Dessa forma, o Estado deverá ter uma atuação no sentido de assegurar o cumprimento destes limites. Mas, como demonstramos na seção 2., a intervenção do Estado na esfera privada deve ser vista com cautela, na medida em que o poder de autodeterminação da pessoa deve ser garantido.

Portanto, não podemos concordar com a afirmação de John Stuart Mill no sentido de que “sobre si, sobre o próprio corpo e a sua própria mente, o indivíduo é soberano”<sup>369</sup>. O homem não possui ampla liberdade sobre si, mas as limitações aos seus direitos devem ter como finalidade o livre desenvolvimento de sua personalidade de acordo com valores éticos<sup>370</sup>.

Como acertadamente afirma LEITE DE CAMPOS, a liberdade contratual deve ser vista “como um instrumento de colaboração entre os seres humanos; um meio de promover a circulação de bens em termos de equilíbrio de interesses, de igualdade”<sup>371</sup>. A relação contratual nunca deverá estar baseada em atos de poder, mas em atos de colaboração com o objetivo de obter um justo equilíbrio de interesses. Assim, caso a própria pessoa estabeleça restrições aos seus direitos de forma a constituir uma agressão a si mesma, cabe ao Estado coibir tal ato.

Sobre o tema, também não poderíamos deixar de citar o contributo de VAZ SERRA<sup>372</sup>. Este autor destaca que independentemente de se considerar a liberdade de contratar como um direito natural decorrente da dignidade da pessoa humana ou como uma concessão que o Direito faz ao indivíduo, ele é a base da vida jurídica civil. E como tal, apenas deverá ser limitado quando o interesse social seja melhor atendido por outros meios ou ainda para assegurar a justiça e necessidades sociais.

---

<sup>368</sup> Diogo Leite de Campos, O Direito e os direitos de personalidade, In: *Nós, op. cit.*, pág. 126.

<sup>369</sup> John-Stuart Mill, *Sobre a Liberdade*. Tradução de Pedro Madeira, Lisboa: Edições 70, pág. 40.

<sup>370</sup> Diogo Leite de Campos, A Relação da Pessoa Consigo Mesma, In: *Nós, op. cit.*, pág. 92.

<sup>371</sup> Diogo Leite de Campos, O Direito e os direitos de personalidade, In: *Nós, op. cit.*, pág. 126.

<sup>372</sup> Adriano Paes da Silva Vaz Serra. Efeitos dos Contratos, *op.cit.*, págs. 35 e seguintes.



Embora o acordo e a declaração sejam os instrumentos utilizados pelo titular do direito para, no exercício da sua autonomia privada, exercer o seu direito à limitação voluntária do seu direito de personalidade, de forma, a muitas vezes poder extrair deste um conteúdo econômico, nos limitaremos a uma abordagem acerca dos contratos de direitos de personalidade, que como será demonstrado, para nós, estaria dentro da idéia de “consentimento autorizante”.

#### 4.3. LIMITAÇÃO VOLUNTÁRIA

Tendo em vista que os direitos de personalidade possuem uma vertente subjetiva que é traduzida pelo poder de autodeterminação, antes de tratarmos dos contratos que tem como objeto direitos de personalidade, cumpre-nos fazer algumas considerações acerca da possibilidade de limitação voluntária destes perante as características de indisponibilidade, não-patrimonialidade e intransmissibilidade que lhes são apontadas.

Partindo da premissa de que o direito de personalidade tutela a pessoa na amplitude de aspectos que a mesma envolve, verificamos que é uma matéria em constante evolução, que vai se adaptando ao desenvolvimento da pessoa, sempre vinculado ao contexto social no qual ela está inserida. Dessa forma, não apenas o rol de direitos deve estar relacionado com padrões éticos e morais das sociedades, como também os limites do seu exercício e o grau de tutela que lhe é conferido.

Tanto é assim que a evolução das tecnologias e o conseqüente crescimento da mídia colocaram em questão direitos de personalidade, como a imagem, nome, voz e privacidade. Agora, temos a celebração de diversos contratos com conteúdo patrimonial que tratam do uso desses direitos, o que evidencia um crescimento da tolerância no que se refere ao seu grau de disponibilidade. Ou seja, a indisponibilidade dos direitos de personalidade é relativizada, sendo comum vermos limitações aos mesmos.

Como vimos no tópico anterior, a legalidade destes contratos pode ser retirada do próprio ordenamento jurídico, tendo em vista o direito fundamental ao livre desenvolvimento da

personalidade e a previsão expressa da possibilidade de limitação voluntária destes direitos nos artigos 81.º e 79.º do Código Civil português.

Mas é certo que embora para os contratos em geral também seja exigida a observância dos princípios da ordem pública e o respeito aos bons costumes, é preciso termos em conta que aqui o ser humano está pessoalmente envolvido, o que determina que reste assegurado um grau de tutela mais elevado.

Por outro lado, notamos um crescente reconhecimento de uma dimensão patrimonial em muitos direitos de personalidade, em correspondência com a prática social da atualidade. Note-se que no direito brasileiro já encontramos manifestações no sentido de se reconhecer a patrimonialidade desses direitos, antes mesmo de estes direitos estarem previstos no Código Civil <sup>373</sup>.

Diante desta realidade, a doutrina se dividiu em duas correntes: monista e da dualista. Os defensores da corrente dualista foram muito influenciados pelo *right of privacy* e pelo *right of publicity* norte-americanos<sup>374</sup>. Deste modo, defendem uma dissociação dos valores pessoais dos patrimoniais de personalidade. Em linhas gerais, o *right of privacy* é responsável pela defesa dos valores não patrimoniais de personalidade, enquanto o *right of publicity* se encarrega da vertente patrimonial dos direitos de personalidade.

Por sua vez, os defensores da corrente monista acreditam na existência de um direito unitário, em que os aspectos pessoais e patrimoniais são tutelados por um único direito. Ou seja, reconhecem uma vertente subjetiva e outra objetiva aos direitos de personalidade.

Assim como os monistas, acreditamos em um direito único, uma vez que, ao contrário dos bens imateriais, os direitos de personalidade não se autonomizam da pessoa, não sendo livremente disponíveis. Mas, embora exista um único direito de personalidade, estes possuem valores pessoais, que se traduzem na autodeterminação da pessoa sobre o mesmo, e valores patrimoniais, que se referem a todos os rendimentos obtidos através do aproveitamento

---

<sup>373</sup> O Código Civil de 1916 não continha previsão de direitos de personalidade, que apenas foi inserido no Código de 2002. Luiz Roldão de Freitas Gomes, *Noção de Pessoa no Direito Brasileiro*, op. cit., pág. 346 e 347.

<sup>374</sup> Para uma leitura mais aprofundada sobre as correntes dualista e monista, bem como sobre o *right of privacy* e o *right of publicity*, David Fernandes de Oliveira Festas, *O Conteúdo Patrimonial do Direito à Imagem*, op. cit..

econômico do direito. Ora, como o aproveitamento econômico decorre exatamente da autodeterminação, é certo que estes valores são indissociáveis<sup>375</sup>.

Para MENEZES CORDEIRO existiriam os direitos de personalidade<sup>376</sup> (i) não patrimoniais em sentido forte, que corresponderia aos direitos que não admitem uma tradução pecuniária e cita como exemplo o direito à vida, à saúde e à integridade corporal, (ii) não-patrimoniais em sentido fraco, como aqueles que podem ter um alcance patrimonial, embora respeitando certas regras, citando como exemplo o direito à saúde e à integridade física, quando utilizados para fins científicos, desde que não irreversivelmente atingidos, e (iii) patrimoniais, que seriam aqueles negociáveis no mercado, mas que permanecem sendo tutelados pelas regras específicas dos direitos de personalidade por se referirem aos bens de personalidade, tendo mencionado como exemplo os direitos ao nome, imagem e os decorrentes de atividade intelectual.

Sobre a disponibilidade o mencionado autor afirma que: “Os direitos de personalidade representam, como quaisquer outros direitos subjetivos, posições de liberdade, reconhecidas ao seu beneficiário. Nessa qualidade, eles implicam disponibilidade”<sup>377</sup>.

No entanto, como demonstramos, é preciso ter muito cuidado ao se afirmar que os direitos de personalidade seriam apenas direitos subjetivos, pois se assim entendermos estaremos conferindo ao indivíduo um direito absoluto e retirando qualquer obrigação para com o próximo, consigo e com a sociedade<sup>378</sup>.

Por sua vez, o professor ASCENSÃO entende que determinados direitos da personalidade, como a imagem ou a reserva da intimidade da vida privada, “ganham um aspecto tão vasto que ultrapassam o que é eticamente exigido”, deixando de ser direitos de personalidade e passando a ser direitos meramente pessoais. Assim, estes direitos seriam livremente

---

<sup>375</sup> Neste sentido, David Fernandes de Oliveira Festas, *Do Conteúdo Patrimonial do Direito à Imagem*, *op. cit.*, págs. 49 e seguintes.

<sup>376</sup> António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, *op. cit.*, págs. 105 e 106.

<sup>377</sup> *Ibidem*, pág. 115.

<sup>378</sup> Neste sentido, ainda que não se referindo expressamente aos direitos de personalidade, mas ao direito subjetivo decorrente das obrigações em geral, Leite de Campos alerta: “Afirmar o direito subjectivo como um poder da vontade ao serviço dos interesses do seu titular e, pelo menos, unilateral e incompleto. Esquece-se o «sujeito passivo» - que não é «sujeito» nem «passivo»; esquece-se a dimensão social, solidarística, de qualquer direito, de qualquer instrumento de inter-relação”. Diogo Leite de Campos, *O Direito e os Direitos da Personalidade*, In: *Nós*, *op. cit.*, pág. 131.

disponíveis, ou seja, transferidos para a esfera da outra parte contratante e desse modo não podem ser revogados a qualquer tempo.<sup>379</sup>

Avançando sobre o assunto, ao analisar os diferentes tipos de direitos de personalidade, o professor ASCENSÃO os distingue em três zonas<sup>380</sup>: (i) o “núcleo”, que sempre mereceria proteção, (ii) a “periferia”, que se refere a aspectos que estão compreendidos em um tipo, mas não estão relacionados com o conteúdo propriamente dos direitos de personalidade<sup>381</sup> e, por fim, (iii) a “orla”, que seria constituída por situações que estão mais afastadas dos aspectos nucleares da pessoa, estando, portanto, sujeitas à limitação voluntária de acordo com os princípios de ordem pública.

Esta análise dos direitos de personalidade em diferentes zonas em muito se assemelha à teoria do núcleo da personalidade, defendida no direito alemão por *Peters*. De acordo com a mesma, existiriam camadas ou esferas da personalidade que mereceriam tutela diferenciada. A “esfera íntima” seria aquela que deveria ter um nível de proteção superior ao das esferas privada e social<sup>382</sup>.

Embora esta teoria tenha enfrentado diversas críticas em razão de dificuldades em se determinar as fronteiras entre estas esferas, o Tribunal Constitucional Federal alemão dela não se afasta e divide os direitos de personalidade em dois ramos: o direito geral da personalidade e a liberdade geral de ação<sup>383</sup>.

Como exemplo de hipótese em que foi reconhecido o aspecto patrimonial do direito de personalidade, podemos citar a ação judicial ajuizada por Carla Bruni e Nicolas Sarkozy contra a companhia aérea *Ryanair*. Nesta ação, a companhia aérea foi condenada a pagar

---

<sup>379</sup> José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil, Teoria Geral*, *op. cit.*, págs. 94 e 95.

<sup>380</sup> José de Oliveira Ascensão, *Pessoa, Direitos Fundamentais e Direito da Personalidade*, *op. cit.*, pág. 158.

<sup>381</sup> Como exemplo o professor Ascensão cita os aspectos mais banais da vida privada, aqueles que não constituem o objetivo substancial da defesa da intimidade da pessoa humana.

<sup>382</sup> Jürgen Schwabe, *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*, *op. cit.*, págs. 187 e 188.

<sup>383</sup> No que se refere à liberdade geral de ação vale destacar a decisão *Elfes* (BverfGE 6, 32): “... ao cidadão está constitucionalmente reservada uma esfera de vida privada, existindo, portanto, um último âmbito intangível de liberdade humana que não se submete à ação do poder público como um todo.” Note-se que a adesão do Tribunal Constitucional alemão à teoria do núcleo da personalidade resta evidente neste julgado, pois ao longo da decisão há algumas referências ao núcleo essencial da personalidade e à liberdade de ação em sentido amplo. Esta teoria também foi adotada no caso *Reiten Im Walde*, quando este fala em proteção absoluta de um núcleo essencial da vida privada e afirma que a garantia geral de ação poderá ser restringida pelo poder público (BverfGE 80, 137). Jürgen Schwabe, *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*, *op. cit.*, pág. 188, 190-195 e 218-228.

indenização ao casal por ter utilizado uma fotografia de ambos em campanha publicitária, sem que houvesse sido concedida autorização para tanto. Na sentença, a justiça reconheceu que houve prejuízo patrimonial para a ex-modelo e cantora, por sua imagem ter um valor de mercado e, no que se refere a Nicolas Sarkozy, foi ressaltado que o mesmo tem direito exclusivo e absoluto sobre sua imagem<sup>384</sup>.

Por fim, a intransmissibilidade seria para nós a vertente objetiva dos direitos de personalidade, que não está no âmbito de autonomia da parte. Tal fato é comprovado na redação do artigo 81.º, n.º 2, do Código Civil português que prevê a possibilidade de revogação<sup>385</sup> da limitação voluntária destes direitos a qualquer momento pelo titular. Assim, quando a parte celebra contrato autorizando o uso de um direito de personalidade, estamos diante de uma cessão e não uma transferência.

Para nós, embora os direitos de personalidade sejam intransmissíveis, as características da não-patrimonialidade e indisponibilidade foram relativizadas. Dessa forma, estes direitos poderão ter um conteúdo patrimonial e o seu titular terá um certo grau de disponibilidade. Ocorre que esta liberdade para usufruir dos direitos de personalidade, deverão sempre observar valores éticos e os bons costumes, sendo certo que jamais podem ser alienados. Isto porque, os bens de personalidade jamais se desvinculam da pessoa. Note-se que entendemos como disponibilidade o poder de o titular do direito autorizar o seu uso, aproveitamento, mas jamais poderá se privar deste ou cedê-lo.

Por outro lado, cabe salientar que determinados direitos de personalidade não admitem qualquer relativização quanto a sua indisponibilidade e não-patrimonialidade. São direitos que estão fora da esfera da autonomia privada do seu titular. No entanto, as discussões sobre a abrangência deste “núcleo duro” é o cerne de toda a controvérsia sobre a matéria.

Um exemplo de questão objeto de debate que acaba sempre por preponderar é o direito à vida. Este direito vem sendo considerado como um direito absoluto, que não admite qualquer restrição. Entretanto, podemos verificar que nem mesmo este direito deixa de ser colocado em

---

<sup>384</sup> Notícia acessada em 25.06.2009, na página eletrônica: [http://www.rfi.fr/actubr/articles/098/article\\_11938.asp](http://www.rfi.fr/actubr/articles/098/article_11938.asp).

<sup>385</sup> Embora o legislador tenha utilizado o termo revogabilidade, Menezes Cordeiro considera que a expressão correta seria denúncia, *já que a figura procede em situações duradouras e não tem eficácia retroativa*. António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português, op. cit.*, pág. 115.

xeque, na medida em que são freqüentes as discussões acerca da possibilidade de interrupção voluntária da gravidez, eutanásia e mesmo um ‘direito à não existir’.

Este suposto ‘direito à não existir’ vem sendo alegado por pessoas portadoras de deficiência grave, sob o fundamento de que a sua vida constituiria um dano. Dessa forma, já foram objeto de apreciação pelos tribunais dos países europeus pleitos indenizatórios formulados por crianças contra o médico que deixou de informar à mãe sobre a possibilidade da deficiência e portanto impediu que os pais optassem pela interrupção voluntária da gravidez<sup>386</sup>.

Em Portugal, o Supremo Tribunal de Justiça já indeferiu um pedido como estes, sendo que um dos fundamentos adotados foi o de que o direito à vida possui um caráter supremo na ordem jurídica portuguesa, sendo incompatível com qualquer direito que tenha como objeto a eliminação da própria vida.

Vê-se, pois, que a questão central da controvérsia seja no que se refere ao aborto de crianças portadoras de anomalias graves, seja na eutanásia para pacientes terminais, está em verificar se a boa-fé e os bons costumes admitiriam uma restrição ao direito à vida, diante de questões limites. Questiona-se se obrigar a pessoa a viver nessas condições não seria por si só mais ofensivo a sua dignidade do que uma restrição ao direito à vida.

Tratando da disponibilidade sobre o próprio corpo, PAULO OTERO<sup>387</sup> esclarece que o respeito à reserva da vida privada de cada pessoa e à liberdade individual não são absolutos, pois nem todas as condutas carecem de “intersubjetividade” ou de repercussão social negativa. Dessa forma, embora em regra prevaleça a liberdade de autodeterminação da pessoa, a intervenção do Direito nesta esfera deverá estar fundada na “natureza intersubjetiva” dos meios que envolve ou dos efeitos que produz e ainda na relevância social da conduta em causa.

Avançando sobre o assunto, o professor alerta que diante da colisão dos direitos à liberdade de autodeterminação e à indisponibilidade do corpo humano, a ponderação desses direitos

---

<sup>386</sup> Manuel A. Carneiro da Frada, *A própria vida como dano? : dimensões civis e constitucionais de uma questão-limite*, In: *Estudos em honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, vol. I, Coimbra, 2008, págs. 171, 172, 188 e segs.

<sup>387</sup> Como exemplo de condutas de disposição do próprio corpo que carecem de intersubjetividade, Paulo Otero cita a prostituição, o aluguel de útero e os transplantes de órgãos ou tecidos. Paulo Otero, *Disponibilidade do Próprio Corpo e Dignidade da Pessoa Humana*, *op. cit.*, págs. 113 e 114.

deve ter em vista o alcance vinculativo do princípio da dignidade da pessoa humana. Ou seja, a autonomia da vontade é limitada pelo mencionado preceito fundamental<sup>388</sup>.

Assim, o constitucionalista português alerta que apenas serão admissíveis disposições sobre o próprio corpo, caso estas não ofendam ao mencionado princípio e estejam de acordo com os valores de solidariedade e fraternidade. E deste modo conclui que “a ninguém será lícito utilizar a sua liberdade de autodeterminação para, de forma atentatória à sua própria dignidade como pessoa humana, dispor do respectivo corpo.

Por fim, são freqüentes as discussões em torno dos conflitos entre o direito de imagem e à liberdade de expressão ou o direito à informação. Questiona-se qual destes deve prevalecer. Como exemplo de casos que envolveram esta polêmica, podemos citar o vídeo amplamente divulgado na internet com imagens da modelo brasileira Daniela Cicarelli em posições amorosas com o seu namorado em uma praia na Espanha.

No caso, estava em questão o interesse público em se tomar conhecimento de tal conduta, ou seja, era necessário verificar se tal informação era suficientemente relevante para a população a justificar a exposição de sua imagem, bem como, sofrer restrições a sua privacidade e abalos ao direito à honra. Ajuizada a ação pela modelo com pedido de liminar, esta foi concedida, tendo sido determinado que todas as páginas eletrônicas que contivessem o vídeo, o retirassem do ar, sob pena de pagamento de indenização<sup>389</sup>.

Como visto, em geral, estão em confronto direitos de personalidade e direitos que decorrem do preceito geral de liberdade, como o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e à liberdade de imprensa. Tal é a polêmica envolvendo o assunto que na IV Jornada de Direito Civil foi elaborado o enunciado n.º 279 para buscar oferecer parâmetros de ponderação ao magistrado:

---

<sup>388</sup> Paulo Otero, Disponibilidade do Próprio Corpo e Dignidade da Pessoa Humana, *op. cit.*, págs. 122 e seguintes.

<sup>389</sup> “Pedido de antecipação de sentença por violação do direito à imagem, privacidade, intimidade e honra de pessoas fotografadas e filmadas em posições amorosas em areia e mar espanhóis - Tutela inibitória que se revela adequada para fazer cessar a exposição dos filmes e fotografias em web-sites, por ser verossímil a presunção de falta de consentimento para a publicação [art. 273, do CPC] - Interpretação do art. 461, do CPC e 12 e 21, do CC - Provimento, com cominação de multa diária de R\$ 250.000,00, para inibir transgressão ao comando de abstenção.” Agravo de Instrumento n.º 472.738-4, 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, Relator Desembargador Ênio Santarelli Zuliani. Como também, notícia acessada em 25.06.2009, na página eletrônica <http://www.jusbrasil.com.br/noticias/12924/sites-sao-proibidos-de-exibir-ima>.

“279 – Art.20. A proteção à imagem deve ser ponderada com outros interesses constitucionalmente tutelados, especialmente em face do direito de amplo acesso à informação e da liberdade de imprensa. Em caso de colisão, levar-se-á em conta a notoriedade do retratado e dos fatos abordados, bem como a veracidade destes e, ainda, as características de sua utilização (comercial, informativa, biográfica), privilegiando-se medidas que não restrinjam a divulgação de informações.”<sup>390</sup>

Para nós, na ponderação entre estes direitos, é preciso ter em vista a pessoa como ente dotado de liberdade, que depende do outro para viver. Desse modo, a balança sempre recairá sobre a conduta que conferir o menor dano possível à pessoa e estiver mais de acordo com a moral e os bons costumes. Este será o critério de prevalência: a pessoa humana!

---

<sup>390</sup> Enunciados da IV Jornada de Direito Civil obtidos em 25.06.2009, na página eletrônica [http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/enunciados/EN\\_IVJOR\\_CN.doc](http://www.flaviotartuce.adv.br/secoes/enunciados/EN_IVJOR_CN.doc).



## **5. CONTRATOS DE DIREITOS DE PERSONALIDADE**

### **5.1. REQUISITOS**

Os contratos consistem em um negócio jurídico bilateral, por meio do qual as partes disciplinam interesses econômicos ou patrimoniais, sendo uma fonte de direitos e obrigações, que subordina as partes a suas cláusulas e condições, obrigando-as a observar condutas aptas à plena consecução dos interesses visados.

Em sendo negócio jurídico, todos os contratos deverão atender aos requisitos gerais previstos no Código Civil. Na Lei civil brasileira, estes requisitos estão previstos no artigo 104, enquanto na portuguesa estão nos artigos 280.º e 281.º. Assim, temos que o contrato deve ser celebrado por pessoa capaz, ter um objeto determinável, que não seja contrário à lei e nem que seja física ou legalmente impossível, como também, deverá atender à ordem pública e aos bons costumes.

Ora, como demonstramos, os direitos de personalidade atendem a estes requisitos, na medida em que correspondem a bens da personalidade. Cite-se como exemplo a imagem de uma pessoa. Embora esta não se autonomize do seu titular, estará refletida através de uma fotografia, caricatura etc, mas trata-se de um objeto determinado física e legalmente possível.

Dessa forma, a celebração de contratos de direitos de personalidade é perfeitamente admissível, mas tratando-se do objeto em questão, este deverá atender além dos requisitos gerais, a alguns específicos previstos no artigo 81.º do Código Civil português, sendo certo que a ordem pública e os bons costumes devem ser observados com mais atenção.

Embora o direito brasileiro não contemple dispositivo legal semelhante ao artigo 81.º português, entendemos que as regras previstas neste artigo decorrem da natureza do objeto em causa: os direitos de personalidade. Assim, todas as considerações feitas a seguir serão aplicáveis aos contratos brasileiros e portugueses, devendo respeitar um regime de “negociabilidade limitada”.<sup>391</sup>

---

<sup>391</sup> David Fernandes de Oliveira Festas, *Do Conteúdo Patrimonial do Direito à Imagem*, *op. cit.*, pág. 386.

Também consideramos possível que aos contratos promessa, previstos nos artigos 410.º e seguintes do Código Civil português, bem como, nos artigos 462 e seguintes do Código Civil brasileiro, envolvam direitos de personalidade, se aplicando a estes as mesmas considerações com relação aos contratos.

No que se refere à declaração de vontade, exige-se (i) a capacidade jurídica, e (ii) a integridade do consentimento, ou seja, que a declaração de vontade esteja de acordo com os artigos 236.º e seguintes do Código Civil português e, no Direito brasileiro, com os artigos 107 e seguintes. Note-se que a declaração deve ter sido manifestada de forma livre, não podendo estar presentes os vícios de vontade.

Já há muito restou superada a confusão que se fazia entre ser titular de direitos de personalidade e possuir capacidade jurídica. Hoje, sabemos que mesmo os incapazes são titulares de direitos de personalidade e, portanto, têm o direito ao livre desenvolvimento da personalidade.

No entanto, embora o menor tenha o direito ao livre desenvolvimento dos seus direitos de personalidade, é certo que para a validade do contrato será necessária a atuação do seu representante legal, que praticará os atos negociais no interesse do representado, sempre respeitando a moral e os bons costumes, conforme previsto nos artigos 124.º do Código Civil português e 116 da Lei Civil brasileira.

Além disso, temos que a vontade do menor será altamente relevante nestas hipóteses, não podendo o seu representante atuar em sentido contrário a esta, sob pena de sua responsabilização e nulidade do contrato celebrado<sup>392</sup>.

Paulo MOTA PINTO, entende que a solução deveria ser buscada na *natureza dos interesses* em questão, assim, caso o incapaz já tenha o discernimento necessário e dependendo da relevância do seu conteúdo, lhe será reconhecida a competência para dar o consentimento, do contrário será necessária a atuação do representante. No entanto, nas hipóteses que envolverem “compromissos jurídico-negociais, cuja violação pode dar lugar a uma obrigação

---

<sup>392</sup> Também neste sentido, Paulo Mota Pinto. A Limitação Voluntária do Direito à Reserva sobre a Intimidade da Vida Privada, In: *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*, op. cit., pág. 544; e David Fernandes de Oliveira Festas, *Do Conteúdo Patrimonial do Direito à Imagem*, op. cit., pág. 312 e seguintes.

de indenização”, ou seja, quando está envolvida uma “verdadeira actuação negocial”, será necessária a atuação do seu representante em conjunto com a do menor. Registre-se, ainda, que segundo o autor, os proventos relativos a essa declaração pertencerão ao incapaz, embora seja do representante a legitimidade ativa para exigir o seu cumprimento<sup>393</sup>.

David de Oliveira FESTAS também partindo da noção de discernimento necessário do incapaz, a que chama de “capacidade natural”, exige tanto a atuação do menor quanto a do seu representante legal.<sup>394</sup>

Para nós, o consentimento expresso do menor é recomendável na celebração dos contratos que envolvem limitação voluntária dos seus direitos de personalidade, mas não pode ser considerado requisito essencial.

O artigo 1889 do Código Civil português prevê a necessidade de autorização judicial prévia para atos de disposição de direitos de natureza patrimonial, mas é silente quanto aos direitos de personalidade, o que, a nosso ver, é correto, pois através dos contratos de direito de personalidade não ocorre a disposição do direito, mas apenas uma autorização ao uso.

Portanto, entendemos que de fato não é necessária a autorização judicial para celebração desses contratos, mas o Ministério Público deverá atuar na fiscalização do atendimento dos interesses do menor. Como exemplo podemos citar o caso dos menores cantores de *funk*, um estilo musical brasileiro típico de zonas muito carentes do Rio de Janeiro. Exercendo a sua função fiscalizatória, o Ministério Público considerou como ofensivo aos interesses do menor e contrário à moral e aos bons costumes, a atuação destes jovens músicos, que cantavam letras musicais com conotação sexual e participavam de ambientes inadequados.

Além deste exemplo atualmente está sob discussão no Brasil o caso da apresentadora de TV, Maisa da Silva Andrade, de sete anos<sup>395</sup>. O Ministério Público do Trabalho promoveu ação civil pública para exigir mais controle sobre o trabalho da menina, afirmando que a mesma tem autorização para gravar apenas nas tardes de quarta-feira. Toda esta polêmica surgiu após

---

<sup>393</sup> Paulo Mota Pinto. A Limitação Voluntária do Direito à Reserva sobre a Intimidade da Vida Privada, In: *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*, op. cit., págs. 542 e seguintes.

<sup>394</sup> David Fernandes de Oliveira Festas, *Do Conteúdo Patrimonial do Direito à Imagem*, op. cit., págs. 308 e seguintes.

<sup>395</sup> Informação acessada em 14.06.2209, em <http://www1.folha.uol.com.br/foha/ilustrada/ult90u571248.shtml>.

a participação da apresentadora no “Programa Silvio Santos”. Neste, instigada pelo apresentador Silvio Santos, Maisa não resistiu e se demonstrou profundamente abalada pelas provocações, tendo chegado a chorar no ar.

E, portanto, além de a procuradoria exigir um maior controle sobre o trabalho de Maisa, pede a condenação da emissora de TV SBT ao pagamento de 1 milhão reais, a título de indenização por lesão a direitos coletivos. Isto porque, Maisa teria sido exposta a medo, susto e dor física no “Programa Silvio Santos”, o que é vedado pelas normas que protegem os menores de idade<sup>396</sup>.

No entanto, a ação civil pública não cita apenas os episódios nos quais a apresentadora chorou, mas também o fato de a menina ter substituído os apresentadores Yudi e Priscilla durante as férias dos mesmos em janeiro. Além disso, a procuradoria salienta que o trabalho para menores de 16 anos é proibido. Sendo certo que apenas é autorizado em algumas manifestações artísticas desde que se cumpram alguns requisitos, como: poupança para a menor, que não seja a renda principal da família, que não prejudique a escola, entre outros pontos.

Por fim, os artigos 217.º e 219.º do Código Civil português e 107 da lei civil brasileira prevêm o princípio da liberdade de forma, podendo a declaração ser oral ou escrita e expressa ou tácita. No entanto, como os contratos de personalidade gozam de certa peculiaridade, cumpre-nos tecer alguns comentários sobre a liberdade de forma e a definição do objeto.

Entendemos que a natureza deste contrato exige muito cuidado na delimitação do alcance da autorização concedida, ou seja, este deverá conter cláusulas que especifiquem com precisão o objeto da limitação, bem como, ser celebrado por tempo determinado, uma vez que não poderá abranger acontecimentos futuros, tendo em vista a imprevisibilidade destes. Um consentimento ilimitado pode ser considerado como uma renúncia a direitos de personalidade<sup>397</sup>.

---

<sup>396</sup> Notícia acessada em 14.05.2009, na página eletrônica: <http://g1.globo.com/Noticias/SaoPaulo/0,,MUL1167092-5605,00-MINISTERIO+PUBLICO+O+TRABALHO+PROPOE+ACAO+CONTRA+SBT+APOS+CHORO+DE+MAISA.html>.

<sup>397</sup> Se referindo à declaração de vontade, Paulo Mota Pinto. A Limitação Voluntária do Direito à Reserva sobre a Intimidade da Vida Privada, In: *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*, op. cit., pág. 540.

Assim, na celebração do contrato de direitos de personalidade apontamos a preferência pela forma escrita e expressa para que não restem dúvidas acerca da autorização concedida.

Registre-se que declarações que não especifiquem com precisão o objeto da limitação, que tenha sido dada por tempo indeterminado deve ser considerada nula, assim, como as limitações voluntárias que ofendam à ordem pública e os bons costumes conforme previsto nos artigos 81.º, 280.º e 340.º do Código Civil português.

Dessa forma, os contratos de direitos de personalidade devem ter os seus contornos cuidadosamente delimitados pelo titular do direito, que possui ampla liberdade na conformação dos poderes jurídicos que pretende atribuir a outra parte, desde que respeitados os requisitos legais acima expostos, a ordem pública e os bons costumes. Consequência disso é a vinculação da outra parte ao respeito desses limites negociais<sup>398</sup>.

Neste sentido é a posição adotada por CLÁUDIA POSSI ao tratar do direito à imagem. Esta menciona que a interpretação do escopo de uma eventual autorização para utilização da imagem é restritiva. Ou seja, a autorização de uso será interpretada como sendo apenas para as finalidades e condições estipuladas no contrato ou acordo celebrado com a pessoa retratada<sup>399</sup>.

Para ilustrar essa necessidade de definição do objeto dos direitos de personalidade, bem como a sua limitação temporal, podemos citar o caso do jogador de futebol *Velli* e os contratos de direitos de personalidade celebrados pelo mesmo.

---

<sup>398</sup> Sobre a importância de se traçar os limites da autorização e a vinculação da outra parte a estes, cite-se o acórdão RLx n.º 1086/2003-7, de 28.9.2004, SANTOS MARTINS, disponível em <http://www.dgsi.pt>, em 19.09.2005. Neste caso, o Tribunal da Relação de Lisboa reconheceu uma autorização tácita ao uso da imagem do autor da ação na capa de um álbum musical, mas considerou que o uso da respectiva imagem em cartazes afixados em lugares públicos teria extrapolado os limites da autorização concedida: “Em conclusão: a dita ampliação das aludidas fotografias do autor/apelado, por parte da apelante, para cartazes, sem o prévio consentimento, por qualquer forma, daquele, sendo afixadas nos locais públicos já indicados, visando beneficiar de publicidade e promoção gratuitas, traduziu-se, portanto, numa acção ilícita, dado que, nessas circunstâncias, violou o direito à imagem daquele, em especial e designadamente, a salvaguarda do direito de personalidade do mesmo, daí decorrendo, a seu favor, o direito a uma indemnização, não podendo deixar de atender-se, para este efeito, à especificidade e natureza da sua actividade profissional, com todos os efeitos que, necessariamente, ela comporta.”

<sup>399</sup> Cláudia Possi Lopes, Limitações aos direitos de autor e de imagem, In: *Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual*, n.º 35, São Paulo: agosto/1998.

O jogador de futebol *Velli* celebrou com a empresa autora da ação contrato cujo objeto era a cessão dos direitos à exploração econômica da sua imagem. Mais tarde, *Velli* celebra contrato de trabalho com uma sociedade anônima desportiva (empresa ré). Em paralelo, a empresa autora celebra com a ré contrato designado pelas partes como “contrato de cedência de imagem”, que tinha como objeto a exploração econômica da imagem do futebolista, mediante o pagamento de determinada quantia à empresa autora. Note-se que o jogador deu expressamente o seu acordo neste “contrato de cedência de imagem”.

Ajuizada a ação de cobrança, o Tribunal da Relação<sup>400</sup> entendeu que o objeto dos contratos de direito de personalidade envolveriam a transferência do direito à imagem do futebolista, pois, no seu entender, não se “reporta à disponibilidade de uma concreta imagem mas sim a toda e qualquer imagem do jogador no plano desportivo”, o que seria contrário à ordem pública. Assim, o Tribunal entendeu pela improcedência da ação por nulidade dos contratos de direitos de personalidade celebrados.

A questão foi levada ao Supremo Tribunal de Justiça português<sup>401</sup>, que reformou o acórdão do Tribunal da Relação, sob o fundamento de que os contratos não envolviam uma transferência do direito à imagem, sem fixação de prazo. Pelo contrário, estava em causa uma autorização para exploração econômica da imagem por prazo determinado<sup>402</sup>.

Registre-se, por fim, que a ofensa à ordem pública e aos bons costumes poderia ocorrer na mencionada hipótese, caso o uso da imagem do jogador seja feito de forma inadequada, ou

---

<sup>400</sup> RLx n.º 2788/04-3, de 24.2.2005, BERNARDO DOMINGOS, disponível em <http://www.dgsi.pt>, em 19.09.2005.

<sup>401</sup> STJ n.º 05A2577, SILVA SALAZAR, disponível em <http://www.dgsi.pt>, consultado em setembro de 2007: “Só que, na hipótese dos autos, o que está em causa não é o poder de dispor em geral da imagem da pessoa para fins comerciais, o poder de lançar no comércio todos e quaisquer retratos de que alguém, não titular do respectivo direito à imagem, disponha. O que está em causa é apenas a exploração comercial, durante um período determinado e com proveito económico para o próprio desportista, da imagem de desportista profissional de um futebolista - à qual a própria lei reconhece portanto valor económico -, por meio dos retratos, filmes, desenhos ou outras formas de exibição que, apenas nessa qualidade e durante esse período, sejam produzidos com base na sua imagem, e não no que possa respeitar a todo e qualquer aspecto da sua vida íntima e privada. Ora, não se vê em que possa ofender a ordem pública a exploração comercial dessa imagem por entidade distinta do respectivo titular, por um período de tempo limitado, permitida por lei quanto aos praticantes desportivos sem a restrição que em face do disposto no art.º 79º, n.º 1, do Cód. Civil, se possa entender existir para as pessoas em geral, e livremente consentida pelo titular do direito à imagem, que, sem deixar de ser titular desse direito, sem a ele renunciar por meio da cedência em causa, consegue, mediante o recurso directo ou indirecto a tal exploração ou por cedência remunerada, a terceiros, da mesma, extrair rendimentos dela aproveitando a notoriedade que com o tempo e o esforço que dedique à actividade desportiva que pratique consiga alcançar.”

<sup>402</sup> Esse também é o entendimento de Pedro Pais de Vasconcelos, *Direito de Personalidade*, Almedina, 2006, págs. 158 e seguintes.

seja, a ofender a sua honra. No entanto, o que nos parece é exatamente o contrário: as empresas em questão promovem o jogador e este é conseqüentemente beneficiado com tal atividade.

Caso polêmico envolvendo direitos de personalidade e o direito à liberdade de expressão envolveu a apresentadora de TV Maria da Graça Xuxa Meneghel. Em ação judicial ajuizada pela apresentadora contra a Rede Bandeirantes de TV - Rádio e Televisão Bandeirantes Ltda., em razão de a emissora ter exibido em programa televisivo fotografias de Xuxa nua, tiradas para uma revista masculina, há mais de vinte anos<sup>403</sup>.

Na sentença<sup>404</sup>, a rede de TV foi condenada ao pagamento de indenização, sob o fundamento de que as fotos teriam sido feitas para utilização exclusiva pela revista, não sendo lícito aos demais meios de comunicação a sua exploração sem autorização expressa de Xuxa para tanto.

Além disso, cumpre destacar que o magistrado esclarece que mesmo a revista Playboy, com quem Xuxa celebrou contrato envolvendo direito de imagem, não poderia reeditar a revista posto que o contrato se firmou para a exposição por uma única vez das fotos tiradas. Consideramos acertada a decisão na medida em que os contratos de personalidade devem ser interpretados sempre de forma restrita e buscando minimizar os danos aos direitos da pessoa.

Estas são as regras que consideramos essenciais a um contrato de direitos de personalidade. Passamos agora a análise da regra de revogabilidade unilateral prevista no artigo 81.º, n.º 2, do Código Civil português e também aplicável no Brasil.

## 5.2. REVOGABILIDADE

Como fonte de obrigações, não se poderia imaginar um contrato sem que suas cláusulas obrigassem as partes contratantes. Surge, então, o Princípio da Obrigatoriedade dos Contratos, ou *pacta sunt servanda*. E a justificativa, em parte, para este princípio, encontra-se em outro: a autonomia de vontade. Ora, partindo do pressuposto segundo o qual as partes conjugaram

---

<sup>403</sup> Notícia acessada em 25.06.2009, na página eletrônica [http://www.bonde.com.br/bonde.php?id\\_bonde=1-26--43-20090623](http://www.bonde.com.br/bonde.php?id_bonde=1-26--43-20090623).

<sup>404</sup> Processo n.º 2008.001.069035-3, em curso na 48ª Vara Cível da Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro. A íntegra da decisão foi obtida em 25.06.2009, na página eletrônica <http://www.tj.rj.gov.br/>.

suas vontades, livres e sem vício, e celebraram um contrato, nada mais natural que deste resultem condutas obrigatórias para elas.

Da *pacta sunt servanda* decorrem as regras gerais previstas nas Leis Civis portuguesa e brasileira, respectivamente: artigos 230.º e 427, que prevê a irrevogabilidade da proposta de contrato, bem como, 406.º, n.º 1, e 472 no sentido de que a modificação ou extinção do contrato deverá ocorrer por comum acordo.

Ocorre que, como dissemos, o contrato de direitos de personalidade deverá atender a regras específicas e a mais peculiar destas está prevista no artigo 81.º, n.º 2, do Código Civil português<sup>405</sup>, que possibilita ao titular do direito revogar a todo tempo a autorização concedida, mediante o pagamento de indenização das legítimas expectativas que tenham sido frustradas.

Ora, embora a lei brasileira não contemple dispositivo semelhante, esta regra também é aplicável aos contratos de direitos de personalidade celebrados no Brasil, uma vez que decorre da própria natureza do objeto negocial. Como demonstramos no tópico anterior, o bem de personalidade é intransmissível. Portanto, embora possa ter o seu uso autorizado, jamais será transferido a terceiro ou sairá do domínio do seu titular. Trata-se da vertente objetiva destes direitos, que está fora do âmbito da autonomia das partes.

Note-se que temos aqui uma exceção à *pacta sunt servanda* apenas com relação ao titular do direito, em razão da proteção que este merece. Assim, o titular se vincula ao contrato, mas poderá se desvincular unilateralmente a qualquer momento. Tal poder justifica-se pela natureza desses direitos, que se referindo a aspectos da dignidade da pessoa humana, o seu titular jamais poderá perder seu controle definitivo.

PAIS DE VASCONCELOS entende que este contrato seria vinculante apenas para uma das partes, na medida em que o titular do direito de personalidade conserva o direito a

---

<sup>405</sup> Cabelo de Sousa entende que a possibilidade de revogação da limitação voluntária apenas poderá ser exercida quando estivermos diante de *autênticas limitações ao exercício dos direitos de personalidade*, que apenas ocorreria quando o conjunto houver uma diminuição dos bens de personalidade, sem que esta seja recompensada com o *aumento ou desenvolvimento de outro bem da mesma personalidade*. Rabindranath V. A. Capelo de Sousa, *O Direito Geral de Personalidade, op. cit.*, pág. 410.



revogabilidade e a outra não<sup>406</sup>. Para o professor, “os negócios de personalidade têm uma eficácia mais legitimadora e reguladora do que vinculativa”<sup>407</sup>.

No *right of publicity* norte-americano não há esta possibilidade de revogação a qualquer momento e nem sequer para alterar as condições de uso do direito de personalidade, o que implica numa verdadeira transmissão do direito<sup>408</sup>. Ora, não consideramos adequada esta solução, uma vez que para nós apenas é admissível uma autorização ao uso, mas nunca uma transmissão.

Como demonstramos acima, OLIVEIRA ASCENSÃO<sup>409</sup>, em construção que acreditamos ser similar ao *right of publicity*, entende que determinados direitos da personalidade, com forte conteúdo patrimonial, acabam deixando de ser direitos de personalidade e passam a ser direitos meramente pessoais. Assim, estes direitos seriam livremente disponíveis, ou seja, transferidos para a esfera da outra parte contratante. Portanto, adotado este entendimento estes contratos não poderiam ser revogados a qualquer tempo.

Por sua vez, CAPELO DE SOUSA e P. MOTA PINTO entendem que nas hipóteses de “consentimento vinculante” não seria possível a revogabilidade prevista no artigo 81.º, n.º 2, do Código Civil português.<sup>410 411</sup>

David FESTAS considera que a revogabilidade se dirige apenas ao conteúdo pessoal do direito de personalidade, mas que como o aspecto patrimonial e pessoal são incidíveis, deverá ser avaliado o “fundamento concreto do exercício do poder de revogar”, que deverá ser de natureza pessoal<sup>412</sup>.

---

<sup>406</sup> Pedro Pais de Vasconcelos, *Teoria Geral do Direito Civil*, op. cit., pág. 54.

<sup>407</sup> Pedro Pais de Vasconcelos, *Direito de Personalidade*, op. cit., pág. 166.

<sup>408</sup> David Fernandes de Oliveira Festas, *Do Conteúdo Patrimonial do Direito à Imagem*, op. cit., págs. 228 e seguintes.

<sup>409</sup> José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil, Teoria Geral*, op. cit., págs. 94 e 95.

<sup>410</sup> Rabindranath V. A. Capelo de Sousa, *O Direito Geral de Personalidade*, op. cit., pág. 350, nota 873; e Paulo Mota Pinto, *A Limitação Voluntária do Direito à Reserva sobre a Intimidade da Vida Privada*, op. cit., págs. 552 e 553.

<sup>411</sup> Adotando uma posição crítica sobre a tripartição do consentimento (tolerante, autorizante e vinculante), Pedro Pais de Vasconcelos entende que a defendida impossibilidade de revogação na hipótese de consentimento seria ilícita. “Trata-se de uma tendência reprovável para a comercialização da personalidade ou de alguns dos seus bens. Nesta matéria, importa ser claro: a dignidade humana e os bens de personalidade não são comercializáveis”. Também nos posicionamos neste sentido com relação. *Direito de Personalidade*, op. cit., págs. 153-155.

<sup>412</sup> David Fernandes de Oliveira Festas, *Do Conteúdo Patrimonial do Direito à Imagem*, op. cit., págs. 376 e seguintes.

Consideramos a construção de FESTAS muito interessante, mas não conseguimos visualizar como seria solucionada a hipótese, por exemplo, de um jogador de futebol que celebre um contrato com uma empresa, a fim de vincular a sua imagem e nome à marca desta, mediante o pagamento de determinada quantia. Tempos depois, este jogador recebe uma proposta de valor superior para vincular a sua imagem e nome a outra empresa. Temos aqui como fundamento à revogação aspecto unicamente patrimonial, mas como seria possível obrigar a este jogador a ter sua imagem vinculada a antiga empresa?

Note-se que não consideramos possível a execução forçada deste contrato de modo a compelir o titular do direito a cumprir a obrigação contratual, em razão, do objeto em causa, mas o contrário é admissível<sup>413</sup>.

Por outro lado, questão que também suscita alguma polémica é a possibilidade de revogação da limitação voluntária, quando este integra a atividade profissional do seu titular, como é o caso dos jogadores de futebol, artistas, cantores e modelos.

Nestas hipóteses há quem defenda a formulação de restrições à revogabilidade da limitação voluntária ou que esta possibilidade fique subordinada aos casos em que a especificidade e o significado do direito em questão o exijam, ou, ainda, nos casos de alteração das circunstâncias<sup>414</sup>.

Não concordamos com esta solução, uma vez que os direitos de personalidade são intransmissíveis, ou seja, o seu titular não pode abdicar deste, mas se limita a permitir o seu uso. Assim a conservação da possibilidade de revogação pelo titular constitui uma condição a sua exploração econômica<sup>415</sup>.

Cumpramos deixar claro que não estamos aqui defendendo uma conduta ofensiva à ordem pública, à boa-fé objetiva e à função social do contrato, mas não vemos como conceber uma transmissibilidade de direitos de personalidade, mesmo com relação aos aspectos

---

<sup>413</sup> Pedro Pais de Vasconcelos, *Direito de Personalidade*, *op. cit.*, pág. 168.

<sup>414</sup> Paulo Mota Pinto. A Limitação Voluntária do Direito à Reserva sobre a Intimidade da Vida Privada, In: *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*, *op. cit.*, pág. 557.

<sup>415</sup> Neste sentido, Paulo Mota Pinto. A Limitação Voluntária do Direito à Reserva sobre a Intimidade da Vida Privada, In: *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*, *op. cit.*, pág. 558.

patrimoniais. Assim, consideramos que os contratos de direitos de personalidade são sempre revogáveis, mediante o pagamento de indenização.

A previsão de indenização das legítimas expectativas contida no artigo 81.º, n.º 2, do Código Civil português também deve ser assegurada perante o Direito brasileiro, uma vez que se trata de negócio jurídico que gera uma expectativa de cumprimento a outra parte. Portanto, a revogação do consentimento representa uma verdadeira ruptura do contrato.

Entende-se por indenização das legítimas expectativas os danos emergentes e os lucros cessantes<sup>416</sup>. Note-se que o regime da livre revogação é resultado da intransmissibilidade desse direito, tendo em vista a sua relevância, dessa forma, a fixação da indenização deve ser feita com muito cuidado, pois um valor elevado pode acabar por impedir que o titular do direito exerça o seu direito de revogação<sup>417</sup>.

Cabe registrar aqui que embora consideramos admissível a estipulação no contrato de uma previsão de indenização cabível na hipótese de revogação da limitação voluntária, não admitimos a cláusula penal compulsória, por considerar que esta seria incompatível com a natureza do objeto do contrato<sup>418</sup>.

Por fim, também consideramos possível a aplicação das regras relativas ao abuso do direito, previstas nos artigos 187 e 334.º dos Códigos Civis brasileiro e português, respectivamente. Assim, comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Pelo exposto, podemos perceber a importância da indenização, que deverá sempre observar a razoabilidade de forma a (i) não consistir em impedimento a revogação unilateral, que poderia acarretar na transmissibilidade do direito, e (ii) garantir hipóteses de abuso de direitos ou ofensas à boa-fé objetiva e à função social do contrato.

---

<sup>416</sup> David Fernandes de Oliveira Festas, *Do Conteúdo Patrimonial do Direito à Imagem*, *op. cit.*, pág. 385.

<sup>417</sup> Pedro Pais de Vasconcelos, *Direito de Personalidade*, *op. cit.*, pág. 168.

<sup>418</sup> António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, *op. cit.*, págs. 115 e 116.

### 5.3. OBSERVÂNCIA DA ORDEM PÚBLICA

Como visto, requisito essencial à celebração dos contratos em geral é o respeito à ordem pública e aos bons costumes, mas com relação aos direitos de personalidade entendemos que estes merecem uma atenção ainda mais especial, em razão dos interesses envolvidos<sup>419</sup>.

Tratando da ordem pública, MOTA PINTO afirma que esta não poderia ser utilizada como mecanismo de “proteção do homem contra si mesmo”, uma vez que embora reconheça a dignidade da pessoa como valor a inspirar toda a ordem jurídica, entende que o indivíduo no exercício da autodeterminação seria livre para estabelecer os limites da sua personalidade, desde que não impliquem lesões graves ou uma destruição irreversível destes direitos<sup>420</sup>.

Assim, o autor adota uma concepção no sentido de que a pessoa teria “a liberdade de se despojar, de forma praticamente total, do controlo sobre a captação e divulgação de informação sobre a vida privada durante um período de tempo mais ou menos lato (embora sempre de forma revogável)”<sup>421</sup>.

Como exemplo dessa possibilidade o autor cita o conhecido concurso televisivo, *Big Brother*, exibido no Brasil e em diversos países europeus. Neste programa, um grupo de pessoas passa meses trancado dentro de uma casa, sendo monitorado por câmeras 24 horas por dia. Como visto, estas pessoas dispõem da reserva sobre a sua intimidade em grau máximo, uma vez que os aspectos mais íntimos de sua personalidade são exibidos para o público em geral, 24 horas por dia.<sup>422</sup>

Na Alemanha o mencionado programa televisivo foi considerado contrário à dignidade da pessoa humana e a exposição pública dos participantes, por uma hora, acabou sendo excluída. No entanto, o autor discorda desse entendimento, na medida em que o considera

---

<sup>419</sup> Sobre ordem pública e bons costumes, destacando que “a cláusula geral da ordem pública deve ser interpretada de modo mais exigente em sede de limitações voluntárias ao exercício de direitos de personalidade do que aquela a que deve estar sujeita relativamente aos negócios jurídicos patrimoniais.” David Fernandes de Oliveira Festas, *Do Conteúdo Patrimonial do Direito à Imagem*, *op. cit.*, págs. 318 e seguintes.

<sup>420</sup> Paulo Mota Pinto. A Limitação Voluntária do Direito à Reserva sobre a Intimidade da Vida Privada, In: *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*, *op. cit.*, págs. 547 e seguintes.

<sup>421</sup> Paulo Mota Pinto. A Limitação Voluntária do Direito à Reserva sobre a Intimidade da Vida Privada, In: *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*, *op. cit.*, pág. 549.

<sup>422</sup> Também abordando o tema: J.J. Gomes Canotilho e Jónatas E.M. Machado, “Reality Shows” e Liberdade de Programação, Coimbra Editora, 2003, págs. 67 e seguintes.

“paternalista” e esclarece que este apenas violaria os direitos de personalidade, caso a forma como expostos os fatos possam ser considerados ofensivos à imagem moral dos participantes. Acrescenta, ainda, que se trata “de um problema de interpretação do consentimento e da comparação do seu sentido com a captação e a divulgação efectuadas”<sup>423</sup>.

A nosso ver, a intervenção do Estado realmente deve ocorrer apenas em hipóteses extremas, em que estejam ocorrendo graves ofensas à moral e aos bons costumes. Como exemplo podemos citar o caso do “arremesso de anões” ocorrido na França. Em algumas discotecas da região metropolitana de Paris e arredores, uma empresa de entretenimentos tinha como atração, a prática nada usual, conhecida como “arremesso de anão” (*lancer de nain*), de lançar pela platéia um indivíduo de pequena estatura (um anão) de um ponto a outro do estabelecimento, tal como se fosse um projétil.

Tomando conhecimento do caso, o prefeito de *Morsang-sur-Orge* interditou a prática de tal atração, com fundamento no artigo 3º da Convenção Européia de Direitos Humanos e no artigo 131 do Código dos Municípios. Anulada a decisão pelo Tribunal Administrativo de *Versailles*, o caso chegou ao Conselho de Estado, que concluiu no sentido de que o consentimento do lesado não é suficiente para extrair a ilicitude de ofensas à sua vida, integridade física e moral, pois tais bens são indisponíveis.

Como fundamento o Conselho declarou que o respeito à dignidade da pessoa humana é um dos componentes da noção de ordem pública, cabendo à autoridade administrativa, no uso do poder de polícia, interditar espetáculo atentatório a tão importante valor.

Da deliberação, algumas constatações ainda podem ser destacadas: (i) a dignidade da pessoa humana representa uma limitação à liberdade individual, à liberdade de contratar, tutelando, assim, o indivíduo contra si próprio; além disso (ii) baseado na noção da Corte Européia dos Direitos Humanos explicitada no caso *Tyer*, o Conselho entende como tratamento degradante a atitude “que humilha grosseiramente o indivíduo diante de outrem ou o leva a agir contra a sua vontade ou sua consciência”.<sup>424</sup>

---

<sup>423</sup> Paulo Mota Pinto. A Limitação Voluntária do Direito à Reserva sobre a Intimidade da Vida Privada, In: *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*, op. cit., págs. 549 e 550, nota 48.

<sup>424</sup> Edilson Pereira Nobre Júnior, O Direito Brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana, In: <http://www.infojus.com.br/area3/edilsonnobre.htm>, em 09/05/2007, às 18:10.

Assim, temos que embora a intervenção estatal na esfera das relações privadas e no âmbito de autodeterminação da pessoa não possa violar o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, o Estado tem o dever de impedir que ocorram situações que impliquem lesões graves, destruição irreversível de direitos da pessoa ou situações que ofendam a ordem pública e os bons costumes. Isto porque, a pessoa não possui apenas direitos, mas também deveres perante terceiros e para com ela própria.

#### 5.4. CONTRATOS DE DIREITOS DE PERSONALIDADE E TERCEIROS

Decorrente da autonomia da vontade, os artigos 406.º, n.º 2, do Código Civil português e 422 da lei civil brasileira dispõem que, em princípio o contrato apenas produz efeitos *inter partes*, só atingindo terceiros em hipóteses especiais.

Os efeitos dos contratos perante terceiros há muito vem sendo abordado na doutrina. É assim que VAZ SERRA<sup>425</sup>, em obra publicada em 1958, já analisava esta matéria. Para o autor, em regra, os contratos apenas produzem efeitos entre as partes, mas poderá atingir terceiros, quando a lei o permitir.

Além disso, VAZ SERRA faz uma distinção entre efeitos diretos dos contratos, que apenas atingem as partes, e efeitos reflexos, como sendo aqueles que se projetam indiretamente para além da esfera jurídica das partes. E, dentre outros aspectos analisados, afirma que os contratos produzem efeitos *erga omnes*, na medida em que todos devem reconhecer os seus efeitos entre as partes, podendo até chegar a ser prejudicados por eles, caso não tenham direito preferente.

Os contratos de direitos de personalidade, por sua vez, além de seguirem esta regra geral, envolvem uma autorização concedida *intuitus personae*, que inicialmente se dirige apenas ao destinatário da limitação, não havendo que se falar na hipótese de transferência do direito ou das faculdades jurídicas que o integram. Mas é certo que estas questões poderão vir definidas no contrato, ou seja, a extensão e transferência da autorização a terceiros<sup>426</sup>.

---

<sup>425</sup> Adriano Paes da Silva Vaz Serra. Efeitos dos Contratos, *op.cit.*, págs. 6 e seguintes.

<sup>426</sup> Paulo Mota Pinto. A Limitação Voluntária do Direito à Reserva sobre a Intimidade da Vida Privada, In: *Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues*, *op. cit.*, pág. 554.

Por outro lado, decorrente dessa natureza pessoal, na hipótese de não existir previsão em contrário, entendemos que caso a execução do contrato dependa da atividade do titular do direito de personalidade em questão, será este quem deverá executá-lo e não terceiro<sup>427</sup>.

Outra questão que merece análise é a conservação pelo titular do direito do poder de autorizar a limitação voluntária em benefício de outrem, mesmo diante de uma cláusula de exclusividade. Entendemos que esta faculdade decorre do poder de revogação previsto no artigo 81.º, n.º 2, do Código Civil português, que também tem como fundamento a intransmissibilidade do direito.

Como exemplo, podemos citar o famoso caso ocorrido no Brasil, em que Jessé Gomes da Silva, conhecido sambista, cujo nome artístico é Zeca Pagodinho, foi contratado pela Primo Schincariol Indústria de Cervejas e Refrigerantes S.A. para figurar em comercial publicitário de divulgação da cerveja produzida e comercializada por aquela empresa, tendo sido estabelecida no contrato uma cláusula de exclusividade que vedava ao músico aparecer em público segurando/bebendo cerveja produzida por outra empresa, pelo prazo de 12 meses.

No entanto, Zeca Pagodinho é conhecido como apreciador e grande consumidor de uma cerveja concorrente, a Brahma, produzida pela Companhia de Bebidas das Américas - AMBEV. Diante do contrato celebrado com a Schincariol, Zeca se via impedido de consumir a sua cerveja preferida em locais públicos. Assim, após algumas discussões com a Schincariol e diante da nova proposta feita pela AMBEV para figurar em campanha publicitária desta cervejaria, aceitou a proposta e conseqüentemente violou a cláusula de exclusividade prevista no contrato celebrado com a Schincariol.

A questão foi levada ao Tribunal de Justiça de São Paulo e envolve diversas ações<sup>428</sup>, que não serão examinadas por nós, porque o Tribunal paulista adotou uma perspectiva exclusivamente contratual, sem ter em vista as peculiaridades dos direitos envolvidos. Na verdade, o mérito deste processo sequer será examinado, uma vez que as partes celebraram acordo, que já se encontra homologado pelo juízo.

---

<sup>427</sup> David Fernandes de Oliveira Festas, *Do Conteúdo Patrimonial do Direito à Imagem*, *op. cit.*, pág. 387.

<sup>428</sup> Informações processuais obtidas no site <http://www.tj.sp.gov.br/consulta/Processos.aspx>. Processos n.ºs 583.00.2004.031717-8, 583.00.2004.027488-9, 583.00.2004.027488-0 e 583.00.2004.046251-7, em curso na 36ª Vara Cível da Comarca da Capital do Estado de São Paulo, Fórum Central Cível João Mendes Júnior.

Portanto, iremos nos limitar a analisar o caso, sob a perspectiva que consideramos adequada. Na hipótese, está em causa um contrato de direitos de personalidade, em que o mencionado músico autoriza a vinculação de sua imagem, nome e voz à marca de cerveja Schincariol, com exclusividade pelo prazo de 12 meses.

Como estão em causa bens de personalidade e estes são necessariamente intransmissíveis, o titular do direito, Zeca Pagodinho, a nosso ver, conserva o poder de autorizar a limitação voluntária em benefício de outrem, mesmo em desrespeito à cláusula contratual expressa em sentido contrário.

Note-se, no entanto, que não estamos aqui procurando justificar a conduta do músico, que no caso sob análise violou as legítimas expectativas da Schincariol, bem como, a boa-fé objetiva e a função social do contrato. A nosso ver, Zeca poderia revogar o contrato a qualquer momento, mas ao celebrar contrato com a cervejaria concorrente age de forma contrária à moral e aos bons costumes.

Mas caso o músico não tivesse celebrado novo contrato com a AMBEV, ainda que considerássemos que a revogabilidade unilateral apenas seria possível com relação aos aspectos pessoais, seria de admitir. Isto porque, na análise do caso percebemos que seria exatamente o aspecto pessoal dos direitos de personalidade que estariam em causa, a autodeterminação do músico, ou seja, a liberdade de consumir a bebida de determinada marca que considera preferível e de vincular a sua imagem, voz e nome a quem lhe interessar.

Dessa forma, houve aqui o exercício do direito à revogabilidade unilateral, aplicando-se ao caso uma indenização pela frustração das legítimas expectativas, bem como, pela violação da boa-fé objetiva e da função social do contrato.

Por fim, cumpre verificarmos a eficácia perante terceiros da situação decorrente da limitação voluntária, ou seja, se o titular do direito de personalidade poderá conferir a outra pessoa poderes de aproveitamento econômico dos seus direitos.

Como se sabe, grande parte da renda dos clubes decorre do patrocínio desportivo, que é uma forma especial de publicidade. O patrocinador paga determinada quantia aos clubes para ter a



sua marca vinculada a eles. Mas como os grandes astros das equipas são os atletas profissionais, surge uma problemática no que se refere ao uso da imagem dos jogadores individualmente pelo patrocinador. Ora, como o patrocínio é concedido ao clube ou a equipa de determinada categoria esportiva, o contrato é celebrado entre estas partes e não com os jogadores individualmente.

A Lei n.º 28/98, de 26.06, que disciplina o contrato de trabalho do praticante desportivo, prevê no artigo 10 que o atleta profissional possui ampla liberdade na utilização de sua imagem relacionada à prática desportiva, mas destaca que o uso de imagem do coletivo de praticantes poderá ser objeto de regulamentação específica<sup>429</sup>.

Na Itália, as equipas da Associação Nacional de Futebol e os órgãos representativos dos jogadores profissionais elaboraram uma Convenção, que permite a utilização dos direitos de imagem, nome e voz pelos atletas, mediante retornos financeiros, desde que não associados a símbolos das equipas integrantes da Liga. Além disso, o patrocinador da equipa de futebol apenas poderá utilizar a imagem dos jogadores para fins publicitários, caso os mesmos tenham concedido autorização expressa à equipa de futebol para tanto<sup>430</sup>.

No Brasil, em geral, os atletas profissionais assinam simultaneamente o contrato de trabalho desportivo e um contrato de autorização de uso da imagem, sendo que é neste que consta a previsão do valor real da remuneração a ser paga pelos clubes. Isto ocorre em razão de aspectos fiscais da legislação brasileira, pois como se trata de um contrato de natureza civil não são devidos os encargos trabalhistas e os tributos são mais baixos. No entanto, cabe destacar que o prazo destes contratos está limitado a um ano, nos termos do artigo 28, § 7º da Lei 9.615, de 15.05.2003.<sup>431</sup>

---

<sup>429</sup> Artigo 10.º (Direito de imagem)

1 - Todo o praticante desportivo profissional tem direito a utilizar a sua imagem pública ligada à prática desportiva e a opor-se a que outrem a use ilicitamente para exploração comercial ou para outros fins económicos.  
2 - Fica ressalvado o direito de uso de imagem do colectivo dos praticantes, o qual poderá ser objecto de regulamentação em sede de contratação colectiva.

<sup>430</sup> Alexandre Libório Dias Pereira, *Do Patrocínio Desportivo («Sponsoring»)*, In: *Separata de Desporto & Direito*, Revista Jurídica do Desporto, Ano II, n. 6, maio-agosto 2005, Coimbra Editora, pág. 363.

<sup>431</sup> Artigo 28. A atividade do atleta profissional, de todas as modalidades desportivas, é caracterizada por remuneração pactuada em contrato formal de trabalho firmado com entidade de prática desportiva, pessoa jurídica de direito privado, que deverá conter, obrigatoriamente, cláusula penal para as hipóteses de descumprimento, rompimento ou rescisão unilateral.

.....  
§ 7º É vedada a outorga de poderes mediante instrumento procuratório público ou particular relacionados a vínculo desportivo e uso de imagem de atletas profissionais em prazo superior a um ano.

Por sua vez, o artigo 42 da mesma lei estabelece que cabe às entidades desportivas celebrar contratos sobre a transmissão ou retransmissão de eventos desportivos, mas vinte por cento deste valor necessariamente deverá ser dividido entre os atletas participantes do evento, nos termos do § 1º do mencionado artigo.<sup>432</sup>

A nosso ver, o clube apenas poderá celebrar contrato com terceiros autorizando o uso individual da imagem dos jogadores, caso exista uma previsão expressa neste sentido. Para nós, o contrato celebrado entre o atleta e o clube se refere a uma autorização ao clube para uso de sua imagem e não para que este ceda a terceiros este direito.

Aplica-se também à presente hipótese o princípio da intransmissibilidade do direito de personalidade. O titular do direito apenas autoriza o uso deste pela outra parte nos limites expressamente previstos no contrato. Além disso, a oponibilidade perante terceiros e a legitimidade ativa para se buscar os mecanismos processuais a tutela será uma faculdade que permanece na esfera do titular.

Este foi o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal de Justiça (STJ) português no julgamento da ação proposta por *Panini Portugal Editores Lda.* contra *Mabilgráfica-estudos gráficos Lda*<sup>433</sup>.

Estava em causa a autorização concedida à *Panini* pela Federação Portuguesa de Futebol para negociar a comercialização de uma coleção de cromos da seleção nacional de futebol e dos retratos dos respectivos jogadores com o Sindicato de Jogadores Profissionais de Futebol, que, por sua vez, possui a autorização dos jogadores profissionais de futebol filiados para, em seu nome, negociar contratos relacionados com a exploração comercial da sua imagem.

---

<sup>432</sup> Art. 42 - Às entidades de prática desportiva pertence o direito de negociar, autorizar e proibir a fixação, a transmissão ou retransmissão de imagem de espetáculo ou eventos desportivos de que participem.

§ 1º - Salvo convenção em contrário, vinte por cento do preço total da autorização, como mínimo, será distribuído, em partes iguais, aos atletas profissionais participantes, do espetáculo ou evento.

§ 2º - O disposto neste artigo não se aplica a flagrantes de espetáculo ou evento desportivo para fins, exclusivamente, jornalísticos ou educativos, cuja duração, no conjunto, não exceda de três por cento do total do tempo previsto para o espetáculo.

<sup>433</sup> Acórdão do STJ, de 08.11.2001, QUIRINO SOARES, CJ/Supremo IX (2001) 3, págs. 113-115.

Concedida a autorização ao uso exclusivo do direito de imagem para aquela finalidade pelo *Sindicato à Panini*, a empresa *Mabilgráfica*, sem autorização da *Panini*, comercializou os mencionados cromos com a imagem da seleção de futebol e dos respectivos jogadores.

Diante destes fatos, o STJ português concluiu pela improcedência da ação, por ausência de *legitimidade substantiva* da *Panini*, bem como, pela nulidade dos contratos celebrados entre os jogadores de futebol e o *Sindicato* e entre a *Panini* e o *Sindicato*. No entender do STJ, o direito à imagem seria intransmissível, assim, o que os jogadores de futebol cedem ao sindicato é apenas o direito à exploração da sua imagem nos limites contratuais fixados, que, por sua vez, poderão celebrar contratos com terceiros nos limites do direito que lhe foi conferido.

Registre-se que estamos de acordo com a posição do STJ no que se refere à “legitimidade substantiva” para ingressar com a ação de uso indevido da imagem, pois esta faculdade será sempre exclusiva do titular do direito, mas pelas mesmas razões expostas quando da análise do caso *Velli*, no item 5.1. *supra*, entendemos que não há que se falar em nulidade dos contratos, pois consideramos perfeitamente possível a autorização de exploração econômica dos direitos de personalidade. Para nós não se trata de transferência do direito de personalidade, o que seria inadmissível, mas de mera autorização para exploração econômica.

Hipótese que também envolvia a reprodução de fotografias de jogadores de futebol para compor álbum de figurinhas foi submetida ao Superior Tribunal de Justiça brasileiro. No entanto, neste caso, discutia-se os limites do direito à divulgação da imagem do jogador. Assim como em Portugal, no Brasil é possível a divulgação da imagem do atleta quando da transmissão ou retransmissão do espetáculo esportivo. Trata-se do direito de arena, mas este estará limitado ao uso da imagem do jogador durante o evento esportivo, conforme esclarecido pelo Tribunal brasileiro<sup>434</sup>.

Pelo exposto, temos que os contratos de direitos de personalidade apenas produzem efeitos inter partes, sendo que em razão do seu caráter personalíssimo, em princípio, (i) impõem que

---

<sup>434</sup> Recurso Especial n.º 46.420, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, publicado no Diário da Justiça de 05.12.1994. Decisão acessada em 25.06.2009, na página eletrônica: <http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp?numreg=199400093551&pv=000000000000>.

a obrigação seja prestada pelo titular do direito; e (ii) apenas se dirigem às partes do contrato, não podendo serem transferidos a terceiros.

Por sua vez, em decorrência da intransmissibilidade do direito em causa, temos (i) a possibilidade de limitação voluntária em favor de terceiro, mesmo em violação a uma cláusula de exclusividade; e (ii) a inoponibilidade *erga omnes* para o beneficiário da limitação, pois ocorre aqui mera autorização ao uso do direito, mas não uma transferência.

## 6. ARBITRAGEM

### 6.1. ORIGEM HISTÓRICA DO INSTITUTO DA ARBITRAGEM

Como demonstrado na seção 2.2., verificamos um crescimento da busca pela solução de litígios na via arbitral. Mas a arbitragem está longe de ser um mecanismo recente de solução de controvérsias. Há quem afirme que o organismo do compromisso arbitral já podia ser encontrado na Lei das Doze Tábuas<sup>435</sup>.

Por sua vez, CELSO MELLO assinala que “o direito arbitral tem origem consuetudinária”<sup>436</sup>, podendo ser encontrado desde 3100 a.C., no tratado entre Eanatum e os homens de Umma. Antes ainda do advento do Direito Romano, encontramos o registro da utilização da arbitragem em Platão, ao afirmar que o Tribunal mais importante seria aquele que as partes criaram e elegeram em comum acordo.

Mas é na Antiguidade Clássica que a arbitragem tem seu verdadeiro berço, tendo se desenvolvido nas cidades-Estado gregas com o propósito de solucionar litígios na área de Direito Internacional Privado, ou seja, tinha como objeto direitos e interesses de cidadãos estrangeiros<sup>437</sup>.

Na Grécia antiga, existia a arbitragem obrigatória e a compromissória. Nesta, os árbitros e o objeto do litígio vinham previstos no compromisso arbitral. Mas o processo arbitral ainda não tinha como característica a confidencialidade, pois a sentença era gravada em placas de metal ou de mármore e afixada nos principais templos das cidades para lhe dar publicidade.<sup>438</sup>

Com o fortalecimento do Estado, e conseqüentemente a sua maior interferência na esfera de liberdade dos particulares, passou-se ao Poder Público o ônus de nomear o árbitro. Logo, a arbitragem deixou de ser facultativa, implantando-se o sistema de arbitragem obrigatória. E,

---

<sup>435</sup> J.E.Carreira Alvim, *Direito Arbitral*, 3ª Edição, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2007, págs. 3 e 4.

<sup>436</sup> Celso D. De Albuquerque Mello, *Curso de Direito Internacional Público*, 14ª Edição, Rio de Janeiro, Renovar, 2002, vol. II, pág. 1400.

<sup>437</sup> Celso D. De Albuquerque Mello, *Curso de Direito Internacional Público*, *op. cit.*, pág. 1400.

<sup>438</sup> Celso D. De Albuquerque Mello, *Curso de Direito Internacional Público*, *op. cit.*, pág. 1400.

com o crescimento da figura do Estado dentro das sociedades, aos poucos, o poder de ditar decisões resolutivas dos litígios começou a ser transferido do árbitro para autoridades estatais.

Na Idade Média, em razão dos esforços da Igreja, a arbitragem foi muito utilizada tanto no âmbito do direito internacional, como no interior da Igreja, da sociedade feudal e entre os núcleos urbanos existentes neste período, as comunas<sup>439</sup>. Em geral, cabia aos sacerdotes e aos anciãos a tarefa de “árbitros”, porque em princípio teriam maior capacidade de produzir decisões justas e acertadas.

A partir da dinastia dos Tudors, nos séculos XV e XVI, a justiça arbitral ganhou destaque na Inglaterra, especialmente nas questões de comércio marítimo. Todavia, apesar dos esforços, a arbitragem permaneceu ficando a margem da justiça estatal.<sup>440</sup>

Nos séculos XVI e XVII, durante o Estado absolutista, tentou-se revitalizar o instituto da arbitragem na França. Chegou-se a prever a arbitragem compulsória para os litígios de índole mercantil, regra esta que foi adotada pelo legislador brasileiro, em 1850.

Atualmente, sob a influência da Teoria da Separação dos Poderes, desenvolvida por Montesquieu, temos o Estado dividido em legislativo, executivo e judiciário. O legislativo é o órgão estatal responsável pela criação do conjunto de normas gerais e abstratas, o direito objetivo; ao executivo cabe a satisfação das necessidades gerais ou coletivas de acordo com a ordem jurídica; e, por fim, o judiciário é o órgão estatal responsável pela solução dos litígios. E paralelamente a este está o juízo arbitral, que diferente do judiciário é instituído pela vontade das partes. Mas a sua instituição só é possível, em razão do consentimento do Estado.

Em Portugal<sup>441</sup>, a arbitragem já era objeto dos títulos 16 e 33-8 das Ordenações Filipinas no século XVII. Mais tarde esteve presente no Decreto-lei, de 21 de maio de 1841 e no primeiro Código de Processo Civil, em 1876. No século XX, o procedimento arbitral foi objeto de regulamentação nos Códigos de Processo Civil de 1939 e 1961, no Decreto-lei n.º 243/84 e finalmente na Lei n.º 31/86, de 29 de agosto de 1986 (Lei de Arbitragem Voluntária – LAV),

---

<sup>439</sup> Celso D. De Albuquerque Mello, *Curso de Direito Internacional Público*, op. cit., pág. 1400 e 1401.

<sup>440</sup> J. M. Othon Sidou, *Processo Civil Comparado*, Rio de Janeiro: Forense, 1996. pág. 275-276

<sup>441</sup> Dário Moura Vicente, *L'Évolution Recente du Droit de L'Arbitrage au Portugal*, In: *Direito Internacional Privado – Ensaaios*, vol. 1, Lisboa: 2002, pág. 327 e seguintes.

que permanece em vigor a regular o instituto. Além disso, os Tribunais Arbitrais também encontram previsão na Constituição portuguesa, no artigo 211, n.º 2.

No Brasil<sup>442</sup>, a arbitragem esteve presente na Constituição Imperial de 1824, no Código Comercial de 1850, no Código Civil de 1916 e nos Códigos de Processo Civil de 1939 e 1973. Salvo a previsão contida na Constituição de 1934, que teve uma curtíssima duração, foi apenas com a Constituição de 1988 que a arbitragem voltou a ter o *status* constitucional de que dispunha na época da vigência da Constituição do Império. Todavia, a menção é singela, e restringe-se à arbitragem trabalhista para composição de dissídios coletivos, no artigo 114, §§1º e 2º.

Mas seria com a entrada em vigor da Lei 9.307, em 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem Brasileira - LAB), que o Brasil finalmente passou a ter uma legislação contemporânea em matéria arbitral, de acordo com todas as tendências de sua época que regulavam o instituto. Note-se que a Lei foi fruto de um amplo estudo feito por instituições e juristas nacionais com grande conhecimento sobre o tema. Através dela, a sociedade pôde finalmente beneficiar-se de uma medida alternativa para compor os conflitos que porventura possam surgir.

Embora a arbitragem estivesse presente em grande número de referências normativas, nunca houve uma real preocupação em desenvolver técnicas que possibilitassem a utilidade efetiva do mecanismo. No Brasil, até 1996, as barreiras enfrentadas pelo indivíduo que tivesse interesse em se utilizar da arbitragem eram tantas que o processo judicial, mesmo lento, burocrático e dispendioso, mostrava-se como o meio mais adequado para a composição de conflitos<sup>443</sup>.

A arbitragem ainda era muito dependente do Judiciário brasileiro. E o principal motivo para isto era a necessidade de prévia homologação do laudo arbitral pela jurisdição estatal. Apenas após ser submetido ao crivo do judiciário a decisão proferida perante o Tribunal arbitral estava apta a ser executada. Além disso, não se prestigiava a cláusula compromissória, de

---

<sup>442</sup> Pedro A. Batista Martins, Arbitragem através dos Tempos. Obstáculos e Preconceitos à sua Implementação no Brasil, In: *A Arbitragem na Era da Globalização*. Coordenador José Maria Rossani Garcez, Rio de Janeiro: Forense, 1999, págs. 42 e seguintes.

<sup>443</sup> Para um maior aprofundamento sobre o tema: Pedro A. Batista Martins, Arbitragem através dos Tempos. Obstáculos e Preconceitos à sua Implementação no Brasil, *op. cit.*, págs. 35 e seguintes.

forma que a mesma não a afastava a Justiça estatal por si só. Para tanto, era necessário a assinatura de posterior compromisso.

Mesmo que tivesse sido ajustada pelas partes uma cláusula compromissória, não havia qualquer possibilidade de compelir a parte que se negasse a cumpri-la a assinar o compromisso ou a se submeter à arbitragem. Portanto, a disposição contratual que previsse a submissão de controvérsia futura à arbitragem era praticamente ineficaz, sendo garantida apenas eventual indenização por perdas e danos<sup>444</sup>. Como dificilmente as partes aceitam negociar um compromisso arbitral, quando o conflito já está instaurado, a realidade apontava para a total inoperabilidade do instituto.

Além destes fatores, BATISTA MARTINS enumera outros motivos para a resistência ao juízo arbitral, como a insegurança de advogados em atuar em uma realidade diferente do processo judicial, e a renitência do próprio Judiciário em defender um sistema que é apresentado como solução para sua própria incapacidade<sup>445</sup>. Tudo indicava que havia um certo receio de que o instrumento pudesse ser utilizado para retirar da esfera do Judiciário situações que perpetuassem injustiças ou desequilíbrios; ou que fosse utilizado por pessoas de má-fé, com a eleição de árbitros corruptos.

Desse modo, apesar das diversas legislações ao redor do mundo que já regulavam a matéria, até 1996 o Brasil permanecia ignorando a necessidade de se instituir um mecanismo de composição célere, eficiente e sigilosa dos litígios. Em países como Portugal, França, Espanha, Estados Unidos e Itália, a arbitragem já era largamente adotada. Além disso, inúmeras convenções internacionais sobre o tema já eram aplicadas nas relações envolvendo comércio internacional, ao passo que o Brasil, mesmo tendo-as ratificado ainda não as aplicava<sup>446</sup>.

---

<sup>444</sup> Joel Dias Figueira Junior, *Manual da Arbitragem*. São Paulo: Editora RT, 1997, pág. 44.

<sup>445</sup> Pedro A. Batista Martins, *Aspectos fundamentais da lei de arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 31.

<sup>446</sup> Apenas em 2002, com a promulgação do Decreto nº 4.311/02, a Convenção Internacional sobre Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras passou a integrar o ordenamento jurídico brasileiro. Enquanto Portugal já havia aderido a esta desde 1995. Também passou a compor as legislações portuguesa e brasileira a Convenção Interamericana de Arbitragem Comercial Internacional (Panamá, 1975), em 1995, no Brasil, e em 2002, em Portugal. Dário Moura Vicente, A Manifestação do Consentimento na Convenção de Arbitragem, In: Separata da *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. 43, n.º 2, Lisboa: Coimbra Editora, 2002, págs. 987 e 988.



## 6.2. NOÇÕES GERAIS

De fato, a arbitragem constitui atualmente uma alternativa às partes na resolução dos litígios, sendo uma exceção ao monopólio estatal da função jurisdicional<sup>447</sup>. Esta opção está no âmbito da autonomia das partes e será exercida através de um acordo, que é a convenção de arbitragem, e culminará com uma decisão final com eficácia jurisdicional.

No entanto, a função jurisdicional do Estado não é completamente substituída pela autonomia privada, pois ainda lhe fica reservado o poder de regular e fiscalizar tanto o processo como a decisão arbitral, de modo a assegurar a segurança jurídica e o respeito aos bons costumes, evitando assim que se cheguem a situações arbitrárias.

É nesse sentido que, nas legislações nacionais pesquisadas, verificamos que apesar de ser conferida grande liberdade às partes no processo arbitral, foram estabelecidas garantias mínimas, ou seja, princípios que deverão ser respeitados no curso da arbitragem<sup>448</sup>, como também, algumas regras processuais a serem observadas, como o atendimento dos requisitos formais da sentença arbitral, prazos recursais, dentre outras.

Estes preceitos fundamentais e regras processuais são assegurados pelo Poder Judiciário através da possibilidade de propositura da ação anulatória prevista nas legislações brasileira e portuguesa<sup>449</sup>, como também da interposição de recursos, no ordenamento jurídico português<sup>450</sup>.

Uma importante novidade introduzida pela LAB, e que reforça a idéia de autonomia da vontade, diz respeito à cláusula compromissória. Agora, tanto o compromisso arbitral quanto a cláusula compromissória são aptas a afastar a jurisdição estatal. Dessa forma, se um contrato

---

<sup>447</sup> Baseado em dados estatísticos, Lima Pinheiro considera que *a arbitragem transnacional constitui o modo normal de resolução de diferendos no comércio internacional*. Luís de Lima Pinheiro, *Arbitragem Transnacional: a Determinação do Estatuto da Arbitragem*, Coimbra: Almedina, 2005, pág. 23.

<sup>448</sup> Artigos 21, § 2º, da LAB e 16 da LAV. Sobre o tema: no direito português, Luís de Lima Pinheiro, *Arbitragem Transnacional, op. cit.*, pág. 145; no direito brasileiro, Carlos Alberto Carmona, *Arbitragem e Processo, op. cit.*, págs. 250 e 251; e, no direito francês, Philippe Fouchard, Emmanuel Gaillard e Berthold Goldman, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris: Librairie de la Cour de cassation, 1996, pág. 666: “*La liberté absolue donnée aux parties et aux arbitres dans la détermination - ou même dans l'invention - de la procédure arbitrale ne peut en effet être jugée qu'en tenant compte des contraintes qui résultent par ailleurs du régime des recours en annulation et des procédures d'exequatur.*”

<sup>449</sup> Artigos 32 e 33 da LAB, bem como, 27 e 28 da LAV.

<sup>450</sup> Artigo 29 da LAV.

prevê que futuros conflitos serão dirimidos pela via arbitral, já estipulando quem seriam os árbitros e o procedimento cabível, estaremos diante de uma cláusula cheia. Assim, a arbitragem poderá ser diretamente instaurada, sem necessidade de firmar posterior compromisso arbitral<sup>451</sup>.

E mesmo que estejamos diante de uma cláusula vazia, ou seja, aquela que não contenha previsão acerca da quantidade de árbitros, tribunal arbitral ou procedimento a ser adotado, a cláusula produzirá seus efeitos, já que a LAB a conferiu eficácia executiva. Ou seja, com a nova sistemática da Lei arbitral, a parte prejudicada pode ir a juízo pleitear a lavratura do compromisso arbitral, conforme art. 7º, *caput* e §§, da LAB. Com este artigo a Lei busca tutelar as legítimas expectativas das partes, que ao pactuarem a cláusula arbitral manifestaram o seu interesse em ver os litígios decorrentes de sua relação comercial solucionadas pela via arbitral.

Mas este dispositivo legal, que regulava a cláusula compromissória e sua eficácia executiva, enfrentou diversos problemas antes de ser efetivamente aceito. Tanto é assim que a questão chegou a ser apreciada pelo Supremo Tribunal brasileiro. Em 2001, no julgamento da Sentença Estrangeira 5206-7/Espanha, o Ministro Sepúlveda Pertence, relator do processo, suscitou a inconstitucionalidade do artigo 7º da LAB, que possibilita a execução específica da cláusula compromissória, em face do artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal brasileira. Mas felizmente o Supremo acabou por decidir, via controle difuso, pela constitucionalidade dos dispositivos da Lei arbitral.

Alegava o referido ministro que a renúncia ao processo judicial através de uma cláusula contratual que obrigasse as partes a renunciarem ao processo judicial em favor da arbitragem, antes mesmo do surgimento do conflito, feria o princípio do Acesso à Justiça. Mas a maioria dos ministros sustentou que o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal não veda que as partes, pela autonomia da vontade, afastem a apreciação de causa futura pelo Judiciário. O que se veda, na realidade, é que uma norma legal venha a afastar determinadas controvérsias

---

<sup>451</sup> Este também é o sistema em vigor em Portugal, na medida em que o Decreto-lei n.º 38/2003 introduziu alterações na LAV para eliminar a necessidade acionar a Justiça Estatal, na hipótese de as partes não chegarem a um acordo sobre a matéria que será objeto de submissão ao tribunal arbitral. Assim, a cláusula arbitral já seria suficiente para remeter os litígios à arbitragem, não sendo necessária a celebração do compromisso arbitral. João Morais Leitão e Dário Moura Vicente, Portugal, In: *International Handbook on Commercial Arbitration*, supl. 45, Janeiro de 2006.

da análise judicial, sendo certo que a LAB apenas autoriza que as partes assim convençionem, sem impor este distanciamento do Judiciário.

No que se refere ao acesso à justiça, como muito bem salientado pelo ex-ministro JOSÉ DELGADO, ao contrário de ferir esta garantia constitucional, devemos reconhecer que a arbitragem busca valorizá-la, na medida em que consiste em um instrumento processual que, ainda que de natureza privada, é composto por princípios que estão em harmonia com as exigências econômico, financeira e social da atualidade<sup>452</sup>.

Vale dizer ainda que a LAB e a LAV prestigiaram significativamente o princípio da autonomia da vontade também quando asseguraram às partes a liberdade para conformar as regras processuais a serem seguidas no processo arbitral<sup>453</sup>. Nesse sentido, a arbitragem oferece aos litigantes uma maleabilidade impensável no processo civil judicial, já que se pode optar por conformar diretamente as regras processuais ou por remeter para complexos normativos existentes de qualquer natureza, ou seja, para um regulamento de arbitragem, uma lei nacional (o código de processo civil<sup>454</sup>, por exemplo) ou até mesmo uma lei estrangeira.

Na prática, vemos que raramente as partes cuidam de conformar diretamente as regras processuais, conhecida como arbitragem *ad hoc*, sendo muito mais usual a hipótese de remissão a um regulamento de arbitragem. Vale ressaltar, contudo, que a mera remissão a um regulamento de arbitragem não significa, por si só, que se optou pela arbitragem institucionalizada, uma vez que embora as partes se submetam às regras previstas em tal regulamento, a arbitragem poderá não ser administrada por aquele órgão<sup>455</sup>. Nesta hipótese, portanto, também estaremos diante de uma arbitragem *ad hoc*<sup>456</sup>.

---

<sup>452</sup> José Augusto Delgado, *A Arbitragem no Brasil: evolução histórica e conceitual*. Acessado em 13.06.2009, em <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/8302>, págs. 26 e 27. Também neste sentido: Cláudio Vianna de Lima, *A Arbitragem no Tempo. O Tempo na Arbitragem*, In: *A Arbitragem na Era da Globalização*. Coordenador José Maria Rossani Garcez, Rio de Janeiro: Forense, 1999, pág. 10.

<sup>453</sup> Artigos 21 da LAB e 15 da LAV.

<sup>454</sup> Com relação à adoção de lei processual civil, Lima Pinheiro aponta como aspecto negativo a sujeição da arbitragem aos formalismos desta lei, já que com a arbitragem o que as partes buscam evitar é exatamente isto. Luís de Lima Pinheiro, *Arbitragem Transnacional, op. cit.*, pág. 143.

<sup>455</sup> Esta distinção resulta clara no texto do artigo 15, n.º 2, da LAV.

<sup>456</sup> Carlos Alberto Carmona, *Arbitragem e Processo*, : um comentário à Lei 9.307/96. 2.ª ed., São Paulo: Atlas, 2006, pág. 250.

Dessa forma, só há arbitragem institucionalizada<sup>457</sup> quando determinado órgão arbitral fica encarregado da administração do processo arbitral, que seguirá as regras previstas no regulamento por este adotado. Todavia, entendemos que para afastar a arbitragem institucionalizada, as partes deverão deixar claro na convenção de arbitragem que estão adotando apenas as regras do órgão arbitral, sem que isso implique na administração do processo por este órgão<sup>458</sup>.

Por outro lado, as partes também poderão dispor também sobre quais as regras aplicáveis para solução do mérito litígio. Tem-se, desta forma, duas espécies de arbitragem: de direito e de equidade. Nos termos dos artigos 11, inciso II, da LAB e 22 da LAV, a arbitragem por equidade pode ser livremente estipulada, mas a autorização deve constar expressamente na convenção ou em instrumento subscrito até a aceitação do primeiro árbitro, como dispõe a LAV<sup>459</sup>.

Por fim, a discricção e o sigilo obtidos na via arbitral são características que seriam impensáveis no processo estatal, onde reina o princípio da publicidade dos atos judiciais. Esta qualidade da arbitragem mostra-se especialmente relevante quando se analisa a importância dada atualmente ao sigilo de informação, principalmente nas questões que envolvem direitos da pessoa humana ou comerciais, como forma de proteção da concorrência.

É certo que o magistrado pode determinar o segredo de justiça nos processos judiciais, no entanto, em razão do número de funcionários presentes na jurisdição estatal e do volume de processos, muitas vezes este não é assegurado de forma plena. Neste contexto, a arbitragem oferece uma excelente alternativa, na medida em que se as partes assim acordarem, conferirá uma considerável privacidade à matéria sob análise<sup>460</sup>. Note-se que mesmo que a

---

<sup>457</sup> Sobre a arbitragem institucionalizada em Portugal: Marcos Perestrello, A Arbitragem Institucionalizada: três passos para o seu desenvolvimento, In: *Resolução Alternativa de Litígios*, colectânea de textos publicados na Newsletter DGAE, Ministério da Justiça, 2006, págs. 13 e seguintes.

<sup>458</sup> Seguimos aqui a orientação de Carlos Alberto Carmona, *Arbitragem e Processo*, op. cit., pág. 250, nota 9.

<sup>459</sup> Sobre o tema: Dário Moura Vicente, *Aplicable Law in Voluntary Arbitrations in Portugal*, In: *Direito Internacional Privado*, Ensaios I, Coimbra: Almedina, 2002, pág. 362 e seguintes.

<sup>460</sup> Também neste sentido: John Henn, Onde resolver os seus litígios de negócios? Por arbitragem ou em tribunal judicial?, In: *Resolução Alternativa de Litígios*, colectânea de textos publicados na Newsletter DGAE, Ministério da Justiça, 2006, págs. 30.

confidencialidade não venha expressamente prevista, em geral, esta é a regra adotada pelos Tribunais Arbitrais, uma vez que consiste em um de seus princípios<sup>461</sup>.

Deste modo, podemos afirmar que a arbitragem é hoje um mecanismo pacificador que propicia diversas vantagens àqueles que a adotam, como já ressaltou JOEL FIGUEIRA JÚNIOR <sup>462</sup>. Dentre elas está a simplicidade e objetividade do procedimento arbitral, que pode se ajustar conforme a vontade demonstrada pelas partes na convenção. Os árbitros, por sua vez, podem ser escolhidos pelas partes conforme os conhecimentos técnicos e específicos que dominam, sendo certo que tais conhecimentos por vezes faltam aos magistrados. A irrecorribilidade da sentença arbitral, juntamente com a desnecessidade de homologação judicial da mesma, também são fatores que contribuem para a celeridade do procedimento.

Essas características trazem maior segurança e rapidez ao julgamento da controvérsia. Nesse sentido, mesmo que os gastos financeiros com a arbitragem possam muitas vezes ser superiores aos efetuados no processo judicial, o custo-benefício, em regra, compensa a adoção da via arbitral, diante da ausência de formalismos excessivos e da maior celeridade conferida.

### 6.3. RELEVÂNCIA DA ARBITRAGEM NO CENÁRIO ATUAL

Como visto, arbitragem é fenômeno praticado há séculos, que inclusive precede a jurisdição estatal na composição de conflitos. Muitos atribuem o recente crescimento da busca pelo Juízo Arbitral à chamada a crise do Judiciário. Segundo estes, o surgimento de meios alternativos de resolução de litígios (conhecidos como ADR's – Alternative Dispute Resolution) ocorre porque os países têm enfrentado dificuldades crescentes em garantir que o processo judicial realmente seja instrumento apto a apaziguar litígios, uma vez que o mesmo estaria corroído por formalismos e morosidade.

De fato, a Jurisdição Estatal vem enfrentando muitas dificuldades, pois o número de processos se multiplica a cada ano e a legislação processual possibilita a propositura de diversos recursos. Assim, o processo se torna demorado, custoso e burocrático, sendo mais difícil

---

<sup>461</sup> “*However, even if these rules are not laid down in writing, they are observed in arbitration practice.*” Pieter Sanders, *Quo Vadis Arbitration? – Sixty Years of Arbitration Practice*, Kluwer Law International, págs. 04 e 05.

<sup>462</sup> Joel Dias Figueira Junior, *Manual da Arbitragem*, *op. cit.*, pg. 48-50.

conseguir que as partes se conciliem, pois assim se aumentam as animosidades e, ao final de todo o procedimento, raramente se tem ao menos uma das partes satisfeita. É claro que neste contexto as conseqüências são perversas para a sociedade.

Além disso, no âmbito da legislação processual civil brasileira, pode-se dizer, sem nos esquecermos dos esforços de tantos que se empenharam em desenvolvê-la de acordo com o que há de mais avançado no meio científico, que ela também peca por “deixar-se aprisionar na teia das abstrações e perder contato com a realidade cotidiana<sup>463</sup>”. Há um excesso de formalismo que impede o desenvolvimento eficaz do processo judicial.

Diante deste quadro desanimador, a obra italiana “Acesso à Justiça”, de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, se apresentou como um marco evidenciador da necessidade de transformação do processo civil, que se encontrava, e ainda se encontra, em crise<sup>464</sup>. Era necessário dar um novo enfoque a esta ciência jurídica, superando “uma visão supersimplificada da realidade, que vislumbra o Direito apenas em seu aspecto normativo, esquecendo-se de seus nexos sociais, culturais, políticos e até ideológicos<sup>465</sup>”.

Mas é importante salientar que o fortalecimento da Arbitragem como meio de resolução de litígios não se dá apenas em razão da suposta crise do Judiciário. Em muitos casos é este o mecanismo mais apropriado, seja por estarem envolvidas matérias muito específicas, seja por terem como objeto matérias que exigem uma tutela especial de forma sigilosa.

No caso dos contratos que tem como objeto direitos de personalidade o sigilo é algo fundamental, sob pena de termos agravadas as ofensas à pessoa. Perante a Jurisdição Estatal, embora haja a previsão do segredo de justiça, muitas vezes este não é plenamente assegurado, sendo freqüente vermos questões íntimas das pessoas sendo expostas a um grande número de pessoas.

Além disso, diante de um mercado altamente especializado, do desenvolvimento de novas tecnologias e do aumento da litigiosidade, o Poder Judiciário não tem se mostrado capaz de

---

<sup>463</sup> José Carlos Barbosa Moreira, *Temas de Direito Processual*. 8ª série. Rio de Janeiro: Saraiva, 2004, pp. 1-13

<sup>464</sup> Mauro Cappelletti e Bryant Garth. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

<sup>465</sup> Luiz Roberto Ayoub. *Arbitragem: o acesso à justiça e a efetividade do processo: uma nova proposta*, 1ª edição. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. p. 14

acompanhar as mudanças e mostra-se ineficiente ao atendimento das necessidades empresariais.

Neste contexto, surge a arbitragem como mecanismo colocado ao dispor das partes que buscam dar respostas eficientes no ritmo exigido pelo mercado. Para atingir este objetivo, verificamos que as legislações procuram dar ao processo arbitral a flexibilidade necessária a sua conformação aos casos concretos, com um reduzido rol de requisitos formais.

Podemos afirmar que a arbitragem surge em decorrência da necessidade de um instrumento de efetivação de direitos essenciais ao bem-estar dos indivíduos, o que exige uma maior preocupação com as suas implicações concretas. A busca da eficácia real do processo deve nortear o legislador para “impedir que se fosse dramaticamente avolumando, a ponto de atingir níveis alarmantes, a insatisfação, por assim dizer universal, com o rendimento do mecanismo da justiça civil.”<sup>466</sup>

É claro que, como ocorre com praticamente todas as inovações, a arbitragem foi inicialmente vista com desconfiança. Mas a criação de Centros de Arbitragem sérios e o seu desenvolvimento mostraram as vantagens do processo arbitral, de modo que este instituto passou a ser reconhecido no meio jurídico e empresarial como um ótimo mecanismo de solução de controvérsias.

A relevância que esses mecanismos têm alcançado nos últimos anos demonstra que, para a sociedade, o importante é a pacificação do conflito de forma eficiente, independentemente do meio que a produza ser público ou privado. Nesse sentido, ganharam destaque a conciliação, a mediação e a arbitragem, como instrumentos capazes de solucionar disputas de forma eficaz, prescindindo da intervenção estatal.

#### 6.4. CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

A Arbitragem pode ser definida como um mecanismo de solução de controvérsias, que tenha como objeto direitos disponíveis, e no qual as partes envolvidas concedem a um terceiro

---

<sup>466</sup> José Carlos Barbosa Moreira. *Tendências Contemporâneas do Direito Processual Civil*, Revista de Processo, ano 31, Editora Revista dos Tribunais, p. 200.

imparcial, por meio de uma convenção privada, poderes para analisar e decidir o conflito, sem que haja intervenção estatal. Esta decisão proferida pelo árbitro será dotada de eficácia equivalente a de sentenças judiciais, conforme estabelecido em lei.

Na doutrina portuguesa, o Professor MOURA VICENTE define a arbitragem como “um meio de composição de litígios que se caracteriza pela atribuição da competência a fim de julgá-los a uma ou mais pessoas, escolhidas pelas próprias partes ou por terceiros, cujas decisões têm a mesma eficácia jurídica que possuem as sentenças judiciais”<sup>467</sup>.

Carlos Alberto Carmona, um dos maiores especialistas brasileiros no tema, conceitua a arbitragem como:

“- meio alternativo de solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal, sendo a decisão destinada a assumir eficácia da sentença judicial – é colocada à disposição de quem quer que seja, para solução de conflitos relativos a direitos patrimoniais acerca dos quais os litigantes possam dispor.”<sup>468</sup>

Ou seja, trata-se de meio privado de resolução de litígios, pois caberá a um terceiro particular, escolhido pelos litigantes, proferir a decisão que solucionará o conflito que lhe foi apresentado. Desta forma, a arbitragem tem natureza extrajudicial, o que não impede que a decisão do árbitro seja dotada de força impositiva, na forma da lei, tendo as partes a obrigação de cumpri-la<sup>469</sup>.

Esta eficácia equivalente entre o laudo arbitral e a sentença judicial, mencionada por Carmona e Moura Vicente em suas definições, é um dos principais atrativos do instituto em questão. Isto porque o laudo arbitral, que também faz coisa julgada e é título executivo judicial, assegura à parte vencedora que, em caso de descumprimento da obrigação prevista no laudo, poderá utilizar-se dos mesmos mecanismos executórios de que disporia caso tivesse optado pela via judicial ao invés da arbitragem.

---

<sup>467</sup> Dário Moura Vicente, Problemática Internacional da Sociedade da Informação, In: *Direito Internacional Privado*, Lisboa: Almedina, 2005, pág. 357.

<sup>468</sup> Carlos Alberto Carmona. *Arbitragem e Processo: Um Comentário à Lei 9.307/96*. 2ª edição. São Paulo: Ed. Atlas, 2006, pág. 51.

<sup>469</sup> Carlos Alberto Carmona. *Arbitragem e Processo, op. cit.*, págs. 51 e 52.



Na arbitragem, o poder de julgar atribuído aos árbitros decorre da autonomia da vontade. As partes, ao livremente estipularem a via arbitral como mecanismo a ser utilizado para dirimir conflitos, atuais ou futuros, entre as mesmas, transferem ao julgador escolhido o dever de resolver a lide. A origem deste poder está justamente na convenção firmada entre elas, de forma que o árbitro escolhido terá sua atuação limitada de acordo com o que foi pactuado no instrumento convencional.

A lei autoriza que as partes concedam, em comum acordo, o poder de solucionar determinadas controvérsias a esse árbitro, afastando-se assim a jurisdição estatal da causa. Na arbitragem, a legislação confere à decisão do árbitro a mesma força impositiva de uma sentença judicial daria. É aqui que está a principal diferença entre a arbitragem, a conciliação e a mediação, pois apenas naquela a solução dada pelo terceiro imparcial se impõe, ao passo que nas demais o terceiro somente auxilia as partes para que as próprias alcancem à solução adequada.

As convenções arbitrais podem ser estabelecidas anteriormente ao surgimento do conflito, como cláusulas contratuais em que as partes se obrigam a submeter eventual litígio decorrente daquele contrato ao juízo arbitral. Neste caso será chamada de cláusula compromissória. Ou podem ser pactuadas quando o conflito já tenha se instaurado. Trata-se do compromisso arbitral.

Somente as pessoas capazes de contrair direitos e deveres podem pactuar, mediante uma convenção arbitral, a instituição da arbitragem<sup>470</sup>. Nesse sentido, pode-se dizer que o juízo arbitral destina-se a pessoas físicas e jurídicas dotadas de capacidade civil. Esta capacidade deve ser examinada à luz dos artigos 1º e segs. do Código Civil brasileiro e artigos 67, 122 e seguintes do Código Civil português.

No que se refere à natureza jurídica da arbitragem, a doutrina está dividida entre defensores da teoria contratualista, jurisdicional e mista. Sabe-se que atualmente a pacificação de conflitos é tarefa ainda concentrada no Estado. Ao ponto que esta atividade, nomeada de jurisdição, é considerada, juntamente com a legislativa e administrativa, função típica e essencial do Poder Público.

---

<sup>470</sup> Alexandre Freitas Camara, *Arbitragem*, Lei 9.307/96, 4ª edição. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005, p. 15.

No entanto, com o ressurgimento da arbitragem e diante da legislação que regula o assunto, verificamos a popularização deste outro método de heterocomposição de conflitos, paralelo a atividade do juiz estatal. Tanto a arbitragem quanto o processo civil estatal têm como função a pacificação social. Em ambos, um terceiro, estranho à relação em conflito, substitui a vontade das partes envolvidas para, de forma imparcial, buscar a pacificação da divergência, com justiça. Nos dois casos, a decisão proferida, após o processo arbitral ou judicial, possui eficácia imperativa.

Além disso, uma vez estabelecido pelas partes que os conflitos preexistentes ou futuros serão submetidos à arbitragem, afasta-se a possibilidade do Judiciário vir a apreciar estas controvérsias. Portanto, quando celebrada a convenção arbitral, retira-se do juiz estatal a competência para análise das questões sujeitas ao juízo arbitral.

Por essas razões, consolidou-se a eficácia equivalente entre os institutos da arbitragem e do processo judicial. Diante disso, e tendo em vista a semelhança dos dois sistemas, arbitral e estatal, no que se refere ao seu objetivo de pacificação social, muitos doutrinadores afirmam que a arbitragem tem natureza jurisdicional.

Mas, muitos processualistas discordam desse entendimento por entender que a jurisdição é monopólio do Estado, sendo impossível denominar de jurisdicional uma atividade exercida no âmbito privado<sup>471</sup>. Assim, estes autores afirmam que mesmo sendo a jurisdição identificada como atividade de composição de litígios por um terceiro julgador, por meio de um processo, sua caracterização sempre esteve atrelada ao Estado, como uma de suas funções estatais.

Como expõe ALEXANDRE CÂMARA, não estaria em causa a função pública da arbitragem, já que esta funciona como um método de justiça e pacificação social de incontestável interesse público, mas público não se confunde com estatal, de maneira que não se pode conceder natureza jurisdicional à arbitragem. A jurisdição seria, a seu ver, um monopólio do Estado<sup>472</sup>.

---

<sup>471</sup> Antônio Carlos de Araújo Cintra, Cândido Rangel Dinamarco e Ada Pellegrini Grinover, *Teoria Geral do Processo*, 21ª edição. São Paulo: Malheiros, 2005, págs. 141.

<sup>472</sup> Alexandre Camara, *Arbitragem, op. cit.*, págs. 11-15.

No entanto, vale destacar que a tese da jurisdicionalidade da arbitragem tem ganhado muitos adeptos. Dentre eles, podemos citar o renomado processualista brasileiro ARNOLDO WALD, que ao discorrer sobre o assunto, afirma que “a natureza jurisdicional da arbitragem já foi reconhecida pela doutrina e jurisprudência nacionais, que não hesitam, nos dias de hoje, em reconhecer-lhe tal caráter”<sup>473</sup>.

Por sua vez, FIGUEIRA JÚNIOR entende que a natureza jurisdicional ou não da arbitragem está relacionada ao conceito de jurisdição adotado. Para uma corrente, apenas os juízes togados exercem jurisdição, pois apenas estes detêm *ius imperium*, de forma que a força imperativa de seus atos seja uma decorrência lógica deste poder. Mas, há os que afirmam que a função jurisdicional pode ser exercida por particulares, desde que a lei reconheça a eles a possibilidade de emanar atos aptos a compor conflitos, com natureza imperativa<sup>474</sup>.

Filiando-se a segunda corrente, o mencionado doutrinador sustenta a natureza jurisdicional da arbitragem, pois a LAB conferiu à sentença arbitral efeitos equivalentes à proferida em sede judicial, de forma a vincular às partes litigantes ao cumprimento de seu comando. Nesse sentido, a lei arbitral delegou ao árbitro a *iudicium*, com todas as suas implicações. Seria, deste modo, uma jurisdição privada.

Também neste sentido, CARMONA defende a natureza jurisdicional da arbitragem. Utilizando-se das lições de Giovanni Verde, o processualista brasileiro sustenta que não se pode mais cultivar o mito de que o Estado é onipotente e centralizador, do qual faz parte a idéia de que a justiça deva ser administrada exclusivamente por juízes. Por este motivo, entende que o conceito de jurisdição, em crise há muitos anos, deve ser flexibilizado para adequar-se à realidade arbitral.

DINAMARCO, que já defendeu a função jurisdicional do juízo arbitral, atualmente sustenta a natureza parajurisdicional<sup>475</sup> do instituto. O renomado processualista entende que existe uma grande proximidade da arbitragem com a atividade jurisdicional, pois ambas tem *escopo*

---

<sup>473</sup> Arnaldo Wald, A recente evolução da arbitragem no direito brasileiro (1996-2001), In: *Reflexões sobre arbitragem: in memoriam* do Desembargador Cláudio Vianna de Lima, coordenadores Pedro A. Batista Martins e José Maria Rossani Garcez. São Paulo: LTR, 2002, pág. 156.

<sup>474</sup> Joel Dias Figueira Junior, *op. cit.*, págs. 91-97.

<sup>475</sup> Também no sentido de que a arbitragem seria um método parajurisdicional para solução de conflitos de natureza privada: José Maria Rossani Garcez, Introdução, In: *A Arbitragem na Era da Globalização*. Coordenador José Maria Rossani Garcez, Rio de Janeiro: Forense, 1999, pág. 01.

*social* pacificador. Entretanto, ambas não se confundem, na medida em que o árbitro não tem *escopo jurídico* de atuar a vontade da lei<sup>476</sup>.

Por fim, SÁLVIO DE FIGUEIREDO entende que a arbitragem teria natureza paraestatal, na medida em que estaria situada entre um sistema de composição particular e estatal da lide, pois embora seja um particular a proferir a decisão, esta permanece sob a garantia do Estado<sup>477</sup>.

Em Portugal, tudo indica que o legislador optou pela adoção da teoria mista, já que no Preâmbulo da primeira Lei de Arbitragem consta:

“É certo que a arbitragem reveste uma componente essencial e determinante contratualista, que conforma a sua natureza jurídica. Mas é certo que reveste também uma componente jurisdicional quanto à sentença arbitral e sua equiparação à sentença judicial nos seus efeitos mais marcantes: eficácia do caso julgado e execução judicial.”

No entanto, este não é o entendimento adotado por SÉRVULO CORREIA. Este autor entende que, quando o artigo 211., n.º 2, da Constituição da República Portuguesa, admite a atividade de tribunais arbitrais em um preceito que descreve as categorias de tribunais admissíveis em Portugal, acaba por demonstrar que, “na ordem jurídica portuguesa, a decisão arbitral dos conflitos é uma actividade jurisdicional e não uma actividade negocial”<sup>478</sup>.

FERRER CORREIA, que ao buscar definir o termo ‘Arbitragem’ afirma que embora a administração da justiça seja uma função e dever do Estado, este não a exerce em monopólio, pois seria admissível ao lado desta a justiça ministrada por particulares designados pelas partes litigantes<sup>479</sup>.

Acompanhando o professor LIMA PINHEIRO, para nós a arbitragem possui natureza jurídica contratual-jurisdicional, pois é inegável que esta nasce do acordo de vontades, a convenção de

---

<sup>476</sup> Cândido Rangel Dinamarco, Limites da sentença arbitral e de seu controle jurisdicional, In: *Reflexões sobre arbitragem: in memoriam* do Desembargador Cláudio Vianna de Lima, coordenadores Pedro A. Batista Martins e José Maria Rossani Garcez. São Paulo: LTR, 2002, p. 327.

<sup>477</sup> Sálvio de Figueiredo Teixeira, A Arbitragem no Sistema Jurídico Brasileiro, In: *A Arbitragem na Era da Globalização*. Coordenador José Maria Rossani Garcez, Rio de Janeiro: Forense, 1999, págs. 24 e 25.

<sup>478</sup> José Manuel Sérvulo Correia, A Arbitragem Voluntária no Domínio dos Contratos Administrativos, In: *Estudos em Memória do Professor João de Castro Mendes*, vol. 1, pág. 231.

<sup>479</sup> A. Ferrer Correia, *Temas de Direito Comercial e Direito Internacional Privado*, Coimbra: Almedina, 1989, pág. 177.

arbitragem, e *conduz a uma decisão com eficácia jurisdicional*<sup>480</sup>. Também parece ser este o entendimento adotado por CAIVANO<sup>481</sup>, na medida em que a seria uma jurisdição instituída por meio de um negócio particular, teria uma raiz contratual, mas os árbitros exerceriam uma função jurisdicional.

## 6.5. ARBITRABILIDADE

Como visto, o exercício da jurisdição é atividade privativa do Estado, mas, no intuito, de permitir meios mais eficazes à solução de litígios, este permite a adoção de mecanismos alternativos de solução de litígios, dentre os quais está a arbitragem. Mas quando o legislador permite a adoção da arbitragem e confere à sentença arbitral os mesmos efeitos da judicial, ele impõe certos limites e exige a observância de diversos princípios.

É assim que a LAB, no artigo 1º, dispõe que “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”. E a LAV, no artigo 1º, n.º 1, dispõe que “Desde que por lei especial não esteja submetido exclusivamente a tribunal judicial ou a arbitragem necessária, qualquer litígio que não respeite a direitos indisponíveis pode ser cometido pelas partes, mediante convenção de arbitragem, à decisão de árbitros”.

Embora a LAV não se refira expressamente à necessidade de as partes terem capacidade jurídica para celebrar convenção de arbitragem, não há dúvidas de que este é um requisito essencial em ambas as leis<sup>482</sup>, uma vez que se trata da capacidade exigida para celebrar negócios jurídicos em geral. Dessa forma, o legislador impõe limites objetivos e subjetivos à adoção da arbitragem.

Diante desses limites, cumpre verificar quais litígios podem ser submetidos à arbitragem, a chamada arbitrabilidade objetiva, e quem possui capacidade para pactuar neste sentido, a

---

<sup>480</sup> Luís de Lima Pinheiro, *Arbitragem Transnacional*, *op. cit.*, págs. 181 e seguintes.

<sup>481</sup> Roque J. Caivano, *Arbitrage: su eficacia como sistema alternativo de resolución de conflictos*, Buenos Aires : Ad-Hoc, 1993, pág. 98 e seguintes.

<sup>482</sup> Raúl Ventura, *Convenção de Arbitragem*, In: *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 46, Lisboa: setembro/1986, págs. 304 e seguintes.

arbitrabilidade subjetiva<sup>483</sup>. No âmbito deste trabalho iremos nos ocupar fundamentalmente da arbitrabilidade objetiva.

No tocante à arbitrabilidade subjetiva, cumpre apenas destacar que aplicam-se as regras gerais de direito civil no que se refere à capacidade das pessoas singulares e jurídicas de direito privado para celebrar negócios jurídicos em geral. Mas questão que já suscitou muita polêmica na doutrina é aquela relacionada à possibilidade das pessoas jurídicas de direito público interno se submeterem à arbitragem<sup>484</sup>.

Ao contrário da LAB, que é silente sobre a matéria<sup>485</sup>, a LAV andou bem ao prever no seu Artigo 1º, n.º 4, que “O Estado e outras pessoas jurídicas de direito público podem celebrar convenções de arbitragem, se para tanto forem autorizadas por lei especial ou se elas tiverem por objecto litígios respeitantes a relações de direito privado.”

O ponto central da controvérsia sobre as pessoas jurídicas de direito público interno se dá em razão da supremacia do interesse público e consequentemente da indisponibilidade dos bens da Fazenda Pública. Assim, muitos doutrinadores apenas admitem que estas pessoas jurídicas se valham deste expediente quando esteja em causa litígio decorrente de relação jurídica de natureza contratual privada, estando excluídas as situações em que o Estado atua como poder público<sup>486</sup>.

---

<sup>483</sup> Arbitrabilidade é o termo utilizado para determinar a possibilidade de um litígio ser submetido à jurisdição arbitral. Note-se que em artigo publicado por Raul Ventura, em 1986, este afirmava que apenas utiliza o termo porque lhe seria cômodo, mas trata-se na realidade de um neologismo.

<sup>484</sup> Em Portugal podemos citar apenas a título exemplificativos: Mario Aroso de Almeida, Arbitragem em matéria administrativa, In: *Resolução Alternativa de Litígios*, colectânea de textos publicados na Newsletter DGAE, Ministério da Justiça, 2006, págs. 15 e seguintes; João Caupers, A arbitragem nos litígios entre a administração pública e os particulares, In: *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 18, novembro/dezembro 1999, págs. 03 e seguintes, e A arbitragem na nova justiça administrativa, In: *Cadernos de Justiça Administrativa*, n.º 34, julho/agosto 2002, págs 65 e seguintes; José Manuel Sérvalo Correia. A Arbitragem Voluntária no Domínio dos Contratos Administrativos, In: *Estudos em Memória do Professor João de Castro Mendes*, vol. 1, pág. 229 e seguintes; Paulo Otero, *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*, Coimbra: Almedina, 2003, pág. 1057, José Luís Esquivel, *Os Contratos Administrativos e a Arbitragem*, Lisboa: Almedina, 2004. No Brasil: Maçal Justen Filho, *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, São Paulo: Dialética, 2001, pág. 513; Eros Roberto Grau, Arbitragem e Contrato Administrativo, In: *Revista Trimestral de Direito Público*, 32/200, Malheiros Editores; Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito Administrativo*, 12ª edição, São Paulo: Atlas, 2000, pág. 63.

<sup>485</sup> Apesar de a LAB não ter se manifestado sobre o assunto, é certo que o legislador previu expressamente a possibilidade de adoção da arbitragem nas Leis 9.478, de 06.08.1997, 10.233, de 05.06.2001, 10.848, de 15.03.2004, 11.079, de 30.12.2004, e 8.987, de 13.02.1995, em razão das alterações implementadas pela Lei 11.196, de 21.11.2005.

<sup>486</sup> Sobre a matéria já há algumas manifestações dos Tribunais brasileiros: Mandado de Segurança n.º 11308/DF, Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, decisão publicada no Diário da Justiça de 19.05.2008 e acessada em 14.06.2009, na página eletrônica:

Note-se que, nos últimos anos, o Superior Tribunal de Justiça brasileiro tem se manifestado de forma favorável ao instituto da arbitragem, mesmo quando não há legislação específica a autorizando. O Egrégio Tribunal tem se baseado no artigo 173, § 1º, da Constituição Federal, que estabelece que sociedades de economia mista e empresas públicas, por atuarem no campo da atividade econômica, seriam equiparadas às empresas privadas do ramo. Por consequência, se essas empresas particulares podem se submeter à arbitragem, as públicas e de capital misto, quando no exercício de atividade econômica, também poderiam<sup>487</sup>.

Feitas estas considerações gerais, passemos à arbitrabilidade objetiva, ou seja, à análise das matérias que podem ser objeto de submissão à jurisdição arbitral pelas partes. Nas legislações que cuidam da matéria vemos uma alternância entre a adoção dos seguintes critérios: (i) da ligação do litígio em causa com questões de ordem pública; (ii) da natureza patrimonial da controvérsia; e (iii) da disponibilidade do direito sobre o qual se funda a pretensão<sup>488</sup>.

O critério da ligação do litígio com a ordem pública é adotado na legislação francesa. Inicialmente, prevalecia um critério extremamente restritivo, no qual qualquer alegação por uma das partes de uma norma de ordem pública já era suficiente para afastar a jurisdição arbitral. Assim, a doutrina e a jurisprudência cuidaram de suavizar esta regra, passando a prevalecer o entendimento segundo o qual se a matéria é disponível e a lei apenas impõe alguns limites, o árbitro poderá analisar o mérito da causa para verificar se o objeto do litígio realmente toca à ordem pública<sup>489</sup>.

---

<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?acao=imprimir&livre=arbitragem&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=7> ; Agravo de Instrumento n.º 52181, Relator Ministro Bilac Pinto, Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, decisão publicada no Diário da Justiça de 15.02.1974, acessada em 14.06.2009, no site: [http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(52181.NUME.%20OU%2052181.ACM.S.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(52181.NUME.%20OU%2052181.ACM.S.)&base=baseAcordaos).

<sup>487</sup> Carmen Tiburcio, A Arbitragem envolvendo a Administração Pública: REsp n.º 606.345/RS, In: *Revista de Direito do Estado*, ano 2, n.º 6, abr-jun/2007, págs. 341 e seguintes.

<sup>488</sup> Antonio Sampaio Caramelo, A Disponibilidade do Direito como Critério de Arbitrabilidade do Litígio – Reflexões de *jure condendo*, In: *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 66, dezembro de 2006, pág. 1235.

<sup>489</sup> Antonio Sampaio Caramelo, A Disponibilidade do Direito como Critério de Arbitrabilidade do Litígio, *op.cit.*, págs. 1236 e seguintes. E também: Jean Robert, *L'Arbitrage*, droit interne droit international privé, 6ª edição, Dalloz, págs. 28 e seguintes; e Bernard Hanotiau, *L'arbitrabilité*, In: *Recueil de Cours*, Martinus Nijhoff Publishers, 2003, págs. 97 e seguintes, que considera o critério da ordem pública obsoleto e cita diversos outros países que o adotam.

A natureza patrimonial da pretensão é o critério adotado no direito suíço para a arbitragem internacional e na Lei alemã. Assim, poderão ser objeto de convenção de arbitragem matérias suscetíveis de avaliação em dinheiro<sup>490</sup>.

Por fim, o critério da disponibilidade do direito é o adotado pela LAV. Segundo este apenas poderão ser submetidos ao Tribunal Arbitral litígios que versem sobre questões sobre as quais as partes possam dispor, ou seja, direitos e deveres cuja aquisição ou perda estão no âmbito da autonomia da vontade das partes.

Algumas legislações utilizam a expressão “direitos disponíveis”, enquanto outras adotam “direitos transigíveis”. O Código de Processo Civil brasileiro de 1973 falava em arbitrabilidade dos direitos patrimoniais que admitissem transação, na esteira da legislação arbitral alemã e italiana. Com a LAB, a arbitragem passou a restringir-se a direitos patrimoniais disponíveis, à semelhança da lei espanhola.

Todavia, a diferença praticamente se limita à nomenclatura (disponíveis ou transigíveis), uma vez que ambas apontam para uma mesma vertente: há a liberdade do titular para dispor sobre aquele direito, sem que haja norma cogente impondo o cumprimento do preceito, sob pena de nulidade ou anulabilidade do ato praticado. No Brasil, conjugou-se o critério da disponibilidade e patrimonialidade da matéria objeto de controvérsia. Dessa forma, a arbitragem só pode ser utilizada para direitos que possam ser definidos em dinheiro e ser cedidos, negociados, renunciados ou transacionados.

No entanto, definir quais direitos são disponíveis não é tarefa simples. Na doutrina, vemos que é muito comum serem apontados como exemplo os direitos de personalidade, direitos de família, quanto ao estado das pessoas, direito das sucessões, ou penais. Assim, estes direitos em regra não poderiam ser submetidos à arbitragem. No entanto, como acertadamente alerta CARMONA, esta análise deverá ser feita caso a caso, porque, algumas vezes, ainda que sob o rótulo de algum desses direitos, tem-se apenas um direito patrimonial plenamente disponível, sem que a utilização da arbitragem, no caso, venha a ferir a ordem pública<sup>491</sup>.

---

<sup>490</sup> Antonio Sampaio Caramelo, A Disponibilidade do Direito como Critério de Arbitrabilidade do Litígio, *op.cit.*, págs. 1241 e seguintes.

<sup>491</sup> Carlos Alberto Carmona, *Arbitragem e processo*, *op. cit.*, pág. 56.



Na Doutrina, tem-se dedicado muitos estudos sobre a arbitrabilidade de certas matérias, em especial para as relativas a direito do consumidor e trabalhista. Em brevíssima síntese, nos assuntos relativos ao direito do consumidor, o principal argumento para vedar o uso da arbitragem é que nestas relações, de maneira geral, os contratos são de adesão. Dessa forma, a cláusula estipulando convenção arbitral será considerada abusiva, por colocar o consumidor em situação vulnerável. Além disso, a via arbitral colocaria em risco a garantia do equilíbrio processual das partes, na medida em que o consumidor é hipossuficiente, merecendo uma proteção mais elevada.

A hipossuficiência também é alegada no âmbito dos dissídios trabalhistas individuais<sup>492</sup>, pois caso submetidos à arbitragem, o trabalhador poderá não dispor da proteção processual que o procedimento trabalhista judicial o confere com vistas a equilibrar a relação jurídica entre as partes. Muitos autores, especialmente os envolvidos com o Direito do Trabalho, são contrários à arbitragem envolvendo questões trabalhistas, por entenderem que esses direitos não são disponíveis.

No entanto, a hipossuficiência do trabalhador e do consumidor não é suficiente *per si* para retirar a validade da cláusula compromissória inserida em contratos trabalhistas ou de consumo. O que se deve buscar é uma proteção especial a estas pessoas mais vulneráveis economicamente, quando submetidas à jurisdição arbitral.

Deste modo, quando consumidores e trabalhadores forem partes em um processo arbitral, os árbitros deverão dar maior atenção para evitar que venham a participar desta de forma forçada, imposta, seja por desconhecem a presença de uma cláusula arbitral, seja por não conhecer o seu significado. Nessas hipóteses, o árbitro deve estar atento para a aplicação do artigo 4º, §2º, da LAB, que dispõe que os contratos de adesão só terão convenção arbitral válida se o aderente assim o quiser, ou manifestar de forma incontestável a sua vontade neste sentido. Portanto, caso os contratantes considerados hipossuficientes propuserem a

---

<sup>492</sup> No Brasil, não há discussões sobre a possibilidade de submeter os dissídios trabalhistas coletivos à arbitragem, na medida em que estes têm disposição favorável expressa no artigo 114, §§ 1º e 2º, da Constituição Federal. Em Portugal, esta previsão está nos artigos 2.º, n.º 2, 505.º e seguintes do Código do Trabalho. Sobre a arbitragem em matéria de dissídios trabalhistas coletivos: Dário Moura Vicente, *Arbitragem de Conflitos Coletivos de Trabalho*, In: Separata da obra *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, Coimbra: Almedina, 2003, págs. 249 e seguintes.

arbitragem, ou manifestarem seu consentimento de maneira inequívoca, a via arbitral é perfeitamente cabível<sup>493</sup>.

No que se refere aos dissídios trabalhistas individuais, cresce o entendimento segundo o qual os reflexos financeiros dos contratos de trabalho seriam passíveis de arbitragem. Neste sentido foi o entendimento adotado no Brasil, em 15.10.2008, pela Sétima Turma do Tribunal Superior do Trabalho<sup>494</sup>, e, em 17.12.2008, pela Quarta Turma do Tribunal Regional do Trabalho<sup>495</sup>

No entanto, a questão está longe de ser pacífica, uma vez que em recente precedente da Terceira Turma do Tribunal Superior do Trabalho foi rejeitada esta possibilidade de adoção da arbitragem nos litígios trabalhistas individuais, sob a invocação da hipossuficiência do trabalhador, ou seja, os empregados não teriam, em regra, condições de igualdade com os patrões para manifestar vontade<sup>496</sup>.

---

<sup>493</sup> Arnaldo Wald, A recente evolução da arbitragem no direito brasileiro (1996-2001), , *op.cit.*, págs. 164-166.

<sup>494</sup> Agravo de Instrumento em Recurso de Revista. Juízo Arbitral. Coisa Julgada. Lei Nº 9.307/96. Constitucionalidade. O art. 5º, XXXV, da Constituição Federal dispõe sobre a garantia constitucional da universalidade da jurisdição, a qual, por definir que nenhuma lesão ou ameaça a direito pode ser excluída da apreciação do Poder Judiciário, não se incompatibiliza com o compromisso arbitral e os efeitos de coisa julgada de que trata a Lei nº 9.307/96. É que a arbitragem se caracteriza como forma alternativa de prevenção ou solução de conflitos à qual as partes aderem, por força de suas próprias vontades, e o inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal não impõe o direito à ação como um dever, no sentido de que todo e qualquer litígio deve ser submetido ao Poder Judiciário. Dessa forma, as partes, ao adotarem a arbitragem, tão-só por isso, não praticam ato de lesão ou ameaça à direito. Assim, reconhecido pela Corte Regional que a sentença arbitral foi proferida nos termos da lei e que não há vício na decisão proferida pelo juízo arbitral, não se há de falar em afronta ao mencionado dispositivo constitucional ou em inconstitucionalidade da Lei nº 9.307/96. Despicienda a discussão em torno dos arts. 940 do Código Civil e 477 da CLT ou de que o termo de arbitragem não é válido por falta de juntada de documentos, haja vista que reconhecido pelo Tribunal Regional que a sentença arbitral observou os termos da Lei nº 9.307/96 - a qual não exige a observação daqueles dispositivos legais - e não tratou da necessidade de apresentação de documentos (aplicação das Súmulas nºs 126 e 422 do TST). Os arestos apresentados para confronto de teses são inservíveis, a teor da alínea -a- do artigo 896 da CLT e da Súmula nº 296 desta Corte. Agravo de instrumento a que se nega provimento.” Processo n.º TST-AIRR-1475/2000-193-05-00.7, Relator Ministro Pedro Paulo Manus, acessado em 14.06.2009, em <http://aplicacao.tst.jus.br/consultaunificada2/>.

<sup>495</sup> Processo n.º 00259-2008-075-03-00-2 RO, Desembargador Relator Antonio Alvares da Silva, decisão publicada em 31.01.2009 e acessada em 14.06.2009, em <http://as1.trt3.jus.br/consultaunificada/mostrarDetalheLupa.do?evento=Detalhar&idProcesso=RO++0819829&idAndamento=RO++0819829PACO20090202+++++9385600>.

<sup>496</sup> Notícia acessada em 14.06.2009, na página eletrônica: [http://www.jornaldaordem.com.br/noticia\\_ler.php?id=13909](http://www.jornaldaordem.com.br/noticia_ler.php?id=13909).

Por fim, matéria que vem sendo enfrentada pela doutrina portuguesa é aquela sobre a possibilidade da adoção da arbitragem no âmbito do direito tributário<sup>497</sup>. Neste sentido, podemos citar o professor LEITE DE CAMPOS<sup>498</sup>:

“A sociedade civil, libertando-se progressivamente do poder do estado, tem vindo a entender que, tendo legitimidade para criar as suas próprias relações intersubjetivas, para criar o seu próprio Direito para além do Direito legislado, também deve ter legitimidade para resolver os seus próprios conflitos. Quem celebra um contrato deve resolver os conflitos inerentes.

.....  
Também em Direito fiscal a sociedade civil pretende afirmar-se, não como sujeita ao poder político em termos de impostos, mas como dialogando consigo mesma em termos de contribuições... Portanto, a arbitragem em Direito tributário está próxima, embora continue a defrontar com a relutância da classe dirigente em abandonar os últimos instrumentos de controlo da sua principal fonte de poder.”

Mas a matéria também foi objeto de reflexão por LIÉGE CABRAL<sup>499</sup>, com base nos ordenamentos jurídicos brasileiro e português. Após concluir pela possibilidade de adoção em ambos os sistemas, a autora esclarece que a sua possibilidade no Brasil apenas poderia ocorrer em razão da natureza jurisdicional da arbitragem.

A nosso ver, o caminho restou mais facilitado, tendo em vista que, como demonstrado, é crescente o entendimento segundo o qual mesmo quando não há lei específica a permitir a submissão de um litígio aos Tribunais Arbitrais, este poderá ser adotado quando o litígio tiver como objeto interesses econômicos. No entanto, acreditamos que ainda há sérios obstáculos a serem enfrentados, uma vez a matéria tributária envolve interesse público e a Administração Direta.

Vê-se, pelo exposto, que a arbitragem está em crescente evolução, e aos poucos vai superando alguns dogmas que se argüiam para impedir a sua expansão em determinadas áreas do Direito.

---

<sup>497</sup> Diogo Leite de Campos, A Arbitragem em Direito Tributário, In: Separata de *Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao Professor Doutor António de Sousa Franco*, Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, págs. 739 e seguintes.

<sup>498</sup> Diogo Leite de Campos, Certeza e Segurança no Direito Tributário: A Arbitragem, In: *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 65, Lisboa: setembro/2005, págs. 324 e 325.

<sup>499</sup> Liege Meireles Câncio dos Santos Cabral, *A Arbitragem no Âmbito do Direito Tributário – reflexões com base nos ordenamentos brasileiro e português*, Coimbra: Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, em 2007.

Sendo assim, tem-se dado um papel importante ao instituto, principalmente em virtude do congestionamento dos tribunais pátrios e do aumento da especialização e da complexidade das questões nas quais surgem conflitos de interesse.

## 7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como bem destacou CAPELO DE SOUSA:

“...sendo a liberdade um bem essencial da personalidade humana e sustentáculo da própria dignidade da pessoa humana... tem necessariamente de haver um largo e aberto espaço de autonomia privada, com os inerentes poderes individuais de autodeterminação e de autogestão da respectiva esfera de interesses pessoais, no reconhecimento e no exercício do direito geral de personalidade... Só quando haja excesso manifesto dos limites impostos pelo fim social ou económico desse direito é que será ilegítimo o aparente exercício desse direito.”<sup>500</sup>

Assim, temos que é sob a vertente subjetiva dos direitos de personalidade que está uma das principais manifestações da autonomia privada, na medida em que esta assegura um espaço em que as pessoas podem reger os seus interesses, ou seja, se autodeterminar, desde que exercidos de forma ética e solidária, respeitando os limites da lei, da moral e da ordem pública.

Neste contexto, podemos afirmar que embora intransmissíveis, o titular do direito de personalidade, no exercício da vertente subjetiva deste direito, possui uma liberdade para exercê-lo de forma a obter benefícios económicos. E, portanto, são perfeitamente válidos os contratos de direitos de personalidade celebrados por artistas, músicos, modelos e atletas profissionais, que envolvam os direitos à privacidade, imagem, voz e nome, desde que respeitados os requisitos acima expostos.

Note-se que estamos diante de um negócio jurídico, digamos, *sui generis*, em que o titular do direito de personalidade possui uma posição, de certa forma, privilegiada, na medida em que poderá revogar o seu consentimento a qualquer momento, não se sujeitando aos procedimentos de execução forçada<sup>501</sup>. E ainda, a limitação ao direito possui eficácia *erga omnes* apenas para ele.

Dessa forma, embora reconheçamos a possibilidade de aproveitamento económico dos direitos de personalidade, entendemos que nunca será possível perder de vista a natureza

---

<sup>500</sup> Rabindranath V.A. Capelo de Souza, *O Direito Geral de Personalidade*, op. cit., págs. 519 e 520.

<sup>501</sup> Neste sentido, Adriano de Cupis, *Os Direitos de Personalidade*, op. cit., pág. 57.

direito envolvido e dos interesses em causa, pois não concebemos a possibilidade de que qualquer pessoa possa ser privada dos seus direitos de personalidade. Desse modo, embora os contratos que envolvem direitos de personalidade possam ter um expressivo conteúdo econômico, é fundamental observar que está em causa a pessoa humana, objeto e fim primordial de todo o Direito posto.

É sob esta ótica que não vemos porque impedir as partes de submeter os litígios decorrentes destes contratos à jurisdição arbitral. Isto porque, além de o Tribunal Arbitral estar vinculado a observar as garantias mínimas estabelecidas nas leis, geralmente apresenta uma resposta célere e eficaz às partes, acabando por oferecer um grau de tutela muito superior ao assegurado na Jurisdição Estatal, principalmente, no tocante ao princípio da confidencialidade.

Por outro lado, a indisponibilidade de determinados direitos de personalidade vem sendo mitigada, uma vez que podem ser objeto de limitação voluntária por seu titular, através da celebração de negócios jurídicos com conteúdo patrimonial. Dessa forma, o aspecto econômico destes direitos pode ser submetido à apreciação do Tribunal Arbitral.

No entanto, cumpre ressaltar que os altos custos da arbitragem são o principal obstáculo à adoção desta no âmbito dos contratos que envolvem direitos de personalidade. Dessa forma, será apenas diante do caso concreto que deverá ser apreciada a viabilidade e a possibilidade de submeter determinado litígio à via arbitral.

Por fim, nunca é demais ressaltar que a finalidade do Direito está em assegurar as condições necessárias ao desenvolvimento da personalidade da pessoa humana, nos diversos aspectos que esta envolve, com desejos, obrigações e necessidades vitais de um ser que naturalmente depende do outro para viver.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AYOUB, Luiz Roberto. **Arbitragem**: o acesso à justiça e a efetividade do processo: uma nova proposta, 1ª edição. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

ALEXANDRINO, José de Melo. **Direitos Fundamentais** – Introdução Geral, Principia, 2007.

ALMEIDA, Mario Aroso de. Arbitragem em matéria administrativa, In: **Resolução Alternativa de Litígios**, colectânea de textos publicados na Newsletter DGAE, Ministério da Justiça, 2006, págs. 15 e seguintes.

ALVES, Alexandre Ferreira de Assunção. **A Pessoa Jurídica e os Direitos de Personalidade**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

ALVIM, J.E.Carreira. **Direito Arbitral**, 3ª Edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil**: introdução, 6ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

AQUINO, Santo Tomás de. **La monarquia**. Tradução de Laureano Robles y Ángel Chueca, 3ª Edição, Madrid: Editorial Tecnos, 1995.

\_\_\_\_\_. **Somme Theologique**, Paris: Les Éditions du Cerf, 1984.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômacos**, 4ª edição. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2001.

\_\_\_\_\_. **Tratado de Política**. Tradução de M. De Campos, 2ª edição, Publicações Europa-América.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **O Direito**, 13ª Edição, Lisboa: Almedina, 2005.

\_\_\_\_\_. **Direito Civil**: Teoria Geral, vol. I, Introdução, as Pessoas, os Bens, 2ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

\_\_\_\_\_. Pessoa, Direitos Fundamentais e Direito da Personalidade, In: **Revista Mestrado em Direito**, Ano 6, n.º 1, Osasco: 2006, págs. 145 e seguintes.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**, Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**, 20ª Edição, São Paulo: Saraiva, 1999.

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito de autor**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Disponibilidade dos Direitos de Personalidade e Autonomia Privada**, Ed. Saraiva, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro, In: **Temas de Direito Constitucional**, Tomo II, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, págs. 03 e seguintes.

\_\_\_\_\_. A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil, In: **A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil**. Organizador Luís Roberto Barroso, Rio de Janeiro: Renovar, 2007, págs. 01 e seguintes.

BARROSO, Luís Roberto e BARCELLOS, Ana Paula de. O Começo da história. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro, In: **Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro**, v. 6, n. 23, 2003, págs. 25 e seguintes.

BRITO, Mário de. **Código Civil Anotado**, Vol. I, Tomo I, Edição do Autor, 1967.

BRONZE, Fernando J. Pessoa, Direito e Estado – algumas reflexões, In: **Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão**, vol. I, Lisboa: Almedina, 2008, págs. 291 e seguintes.

CABRAL, Liege Meireles Câncio dos Santos. **A Arbitragem no Âmbito do Direito Tributário** – reflexões com base nos ordenamentos brasileiro e português, Coimbra: Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, em 2007.

CAIVANO, Roque J. **Arbitrage** : su eficacia como sistema alternativo de resolución de conflictos, Buenos Aires : Ad-Hoc, 1993.

CAMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem*: Lei 9.307/96. 4ª edição. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005

CAMPOS, Diogo Leite de. A Génese dos Direitos da Pessoa, In: **Nós**: Estudos sobre o Direito das Pessoas, Coimbra: Almedina, 2004, págs. 13 e seguintes.

\_\_\_\_\_. A Relação da Pessoa Consigo Mesma, In: **Nós**: Estudos sobre o Direito das Pessoas, Coimbra: Almedina, 2004, págs. 85 e seguintes.

\_\_\_\_\_. O Direito e os Direitos da Personalidade, In: **Nós**: Estudos sobre o Direito das Pessoas, Coimbra: Almedina, 2004, págs. 109 e seguintes.

\_\_\_\_\_. O Cidadão-Absoluto e o Estado, o Direito e a Democracia, In: **Nós**: Estudos sobre o Direito das Pessoas, Coimbra: Almedina, 2004, págs. 135 e seguintes.



\_\_\_\_\_. Os Direitos da Personalidade: Categoria em Reapreciação, In: **Nós: Estudos sobre o Direito das Pessoas**, Coimbra: Almedina, 2004, págs. 151 e seguintes.

\_\_\_\_\_. Lições de Direitos da Personalidade, In: **Separata do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, Vol. LXVI, 2ª edição, 1992.

\_\_\_\_\_. A Arbitragem em Direito Tributário, In: **Separata de Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao Professor Doutor António de Sousa Franco**, Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, págs. 739 e seguintes.

\_\_\_\_\_. Certeza e Segurança no Direito Tributário: A Arbitragem, In: **Revista da Ordem dos Advogados**, Ano 65, Lisboa: setembro/2005, págs.313 e seguintes.

CAMPOS, João Mota de e CAMPOS, João Luiz Mota de. **Manual de Direito Comunitário**, 5ª Edição, Coimbra Editora, 2007

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto, Coimbra: Almedina, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 5ª Edição, Coimbra: Almedina, 2002.

CANOTILHO, J.J. Gomes e MACHADO, Jónatas E.M. **“Reality Shows” e Liberdade de Programação**, Coimbra Editora, 2003

CAPPELLETTI, Mauro & GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Ed. Sergio Antônio Fabris, 1988.

CARAMELO, Antonio Sampaio. A Disponibilidade do Direito como Critério de Arbitrabilidade do Litígio – Reflexões de *jure condendo*, In: **Revista da Ordem dos Advogados**, Ano 66, dezembro de 2006, pág. 1233 e seguintes.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e Processo: Um Comentário à Lei 9.307/96**. 2ª edição, São Paulo: Ed. Atlas, 2006.

CASAS, Bartolomé de las. **De Regia Potestate**, volume VIII do Corpus Hispanorum de Pace, Madrid: Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1984.

CAUPERS, João. A arbitragem nos litígios entre a administração pública e os particulares, In: **Cadernos de Justiça Administrativa**, n.º 18, novembro/dezembro 1999, págs. 03 e seguintes.

\_\_\_\_\_. A arbitragem na nova justiça administrativa, In: **Cadernos de Justiça Administrativa**, n.º 34, julho/agosto 2002, págs 65 e seguintes.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, DINAMARCO, Cândido Rangel, e GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 21ª edição. São Paulo: Malheiros, 2005.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de Direito Civil**, volume 1, São Paulo: Saraiva, 2003.

CONSTANT, Benjamin. **Cours de Politique Constitutionnelle**, Tomos I e II, Paris: Didier.

CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de Direito Civil Português**, Parte Geral, Tomo III, 2ª edição, Lisboa: Almedina, 2007.

CORREIA, A. Ferrer. **Temas de Direito Comercial e Direito Internacional Privado**, Coimbra: Almedina, 1989

CORREIA, José Manuel Sérvulo. A Arbitragem Voluntária no Domínio dos Contratos Administrativos, In: **Estudos em Memória do Professor João de Castro Mendes**, vol. 1, pág. 229 e seguintes.

CUPIS, Adriano de. **Os Direitos de Personalidade**, tradução portuguesa de A. Vera Jardim e M. Caeiro, Lisboa: 1961 Lisboa: Livraria Morais Editora , 1961.

DELGADO, José Augusto. **A Arbitragem no Brasil**: evolução histórica e conceitual. Acessado em 13.06.2009, em <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/8302>.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**, 12ª edição, São Paulo: Atlas, 2000.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Limites da sentença arbitral e de seu controle jurisdicional, In: **Reflexões sobre arbitragem: in memoriam** do Desembargador Cláudio Vianna de Lima, coordenadores Pedro A. Batista Martins e José Maria Rossani Garcez. São Paulo: LTR, 2002.

DONEDA, Danilo. Os Direitos da Personalidade no Código Civil, In: **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Ano VI, n.º 6, junho de 2005, págs. 71 e seguintes.

DUARTE, Maria Luísa. **União Européia e Direitos Fundamentais**: No Espaço da Internormatividade. Lisboa: AAFDL, 2006.

\_\_\_\_\_. **Direito da União Europeia e das Comunidades**, vol. I, Tomo I, Lisboa: Lex, 2001.

\_\_\_\_\_. Uma Defesa do “Triângulo Judicial Europeu” . In: **Estudos de Direito da União e das Comunidades Européias**, vol. II. Lisboa: Coimbra Editora, 2000.

DUQUE, Marcelo Schenk. O novo modelo de direito privado brasileiro e os contratos: entre interesses individuais, sociais e direitos fundamentais, In: **A Nova Crise do Contrato**, Organizadora Cláudia Lima Marques, Editora Revista dos Tribunais, 2007.

ESQUÍVEL, José Luís. **Os Contratos Administrativos e a Arbitragem**, Lisboa: Almedina, 2004.

FARIAS, Cristiano Chaves de e ROSENVALD, Nelson. **Direito Civil – Teoria Geral**, 7ª Edição, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

FESTAS, David Fernandes de Oliveira. **Do Conteúdo Patrimonial do Direito à Imagem – Contributo para um Estudo do seu Aproveitamento Consentido *Inter Vivos***, Lisboa: Coimbra Editora, 2009.

FIGUEIRA JUNIOR, Joel Dias. **Manual da Arbitragem**. São Paulo: Editora RT, 1997.

FOUCHARD, Philippe, GAILLARD, Emmanuel e GOLDMAN, Berthold. **Traité de l'arbitrage commercial international**, Paris: Librairie de la Cour de cassation, 1996.

FRADA, Manuel A. Carneiro da. A própria vida como dano?: dimensões civis e constitucionais de uma questão-limite , In: **Estudos em honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão**, vol. I. Coimbra, 2008, págs. 165 e seguintes.

GARCEZ, José Maria Rossani. Introdução, In: **A Arbitragem na Era da Globalização**. Coordenador José Maria Rossani Garcez, Rio de Janeiro: Forense, 1999, págs. 01 e seguintes.

GOMES, Luiz Roldão de Freitas. Noção de Pessoa no Direito Brasileiro, In: **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, Vol. LXIX, Coimbra, 1993.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil**. Revista atualizada e aumentada, de acordo com o Código Civil de 2002, por Edvaldo Brito e Reginalda Paranhos de Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e Contrato Administrativo, In: **Revista Trimestral de Direito Público**, 32/200, Malheiros Editores.

GUERRA, Sidney. **A liberdade de imprensa e o direito à imagem**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

HANOTIAU, Bernard. L'arbitrabilité, In: **Recueil de Cours**, Martinus Nijhoff Publishers, 2003.

HEGEL, Principles de la Philosophie du Droit, 5ª edição, Librairie Gallimard , 1940.

HENN, John. Onde resolver os seus litígios de negócios? Por arbitragem ou em tribunal judicial?, In: **Resolução Alternativa de Litígios**, colectânea de textos publicados na Newsletter DGAE, Ministério da Justiça, 2006, págs. 23 e seguintes.

HOBBS, Thomas. **Leviatã**. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. Imprensa Nacional-Casa da Moeda.

HUME, David. **Ensaios Políticos**. Tradução de E. Jacy Monteiro, São Paulo: Instituto Brasileiro de Difusão Cultural, 1963.

JUSTEN FILHO, Maçã. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. São Paulo: Dialética, 2001.

KANT, Immanuel. **A Paz Perpétua e outros Opúsculos**. Lisboa: edições 70.

\_\_\_\_\_. **A Metafísica dos Costumes**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

LEITÃO, João Morais e VICENTE, Dário Moura. Portugal, In: Separata de **International Handbook on Commercial Arbitration**, supl. 45, Janeiro de 2006.

LIMA, Cláudio Vianna de. A Arbitragem no Tempo. O Tempo na Arbitragem, In: **A Arbitragem na Era da Globalização**. Coordenador José Maria Rossani Garcez, Rio de Janeiro: Forense, 1999, págs. 05 e seguintes.

LOBO, Paulo Luiz Netto. Danos morais e direitos da personalidade. In: **Jus Navigandi**, Teresina, ano 7, n. 119, 31 out. 2003. Acessado em 21.06.2009, no site: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4445>>.

LOCKE, John. **The Second Treatise of Government: An Essay Concerning the True Original Extent and End of Civil Government**, Great Britain: Basil Blackwell, 1976.

\_\_\_\_\_. **Carta sobre a Tolerância**. Tradução de João da Silva Gama Lisboa: Edições 70.

LOPES, Cláudia Possi. Limitações aos direitos de autor e de imagem, In: **Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual**, n.º 35, São Paulo: ago./1998.

MACHADO, Jónatas E.M. **Liberdade de Expressão: Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social**, Coimbra Editora, 2002.

MACHIAVELLI, Nicolo. **Comentários sobre a primeira década de Tito Lívio**. Tradução de Sérgio Bath, Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1982, 2ª edição.

MARINHO, Josaphat, Os Direitos da Personalidade no Projeto de Novo Código Civil Brasileiro, In: **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, Portugal-Brasil - Ano 2000, Coimbra Editora, 1999.

MARTINS, Ana Maria Guerra. **Curso de Direito Constitucional da União Européia**, Almedina, 2004.

MARTINS, Pedro A. Batista. Arbitragem através dos Tempos. Obstáculos e Preconceitos à sua Implementação no Brasil, In: **A Arbitragem na Era da Globalização**. Coordenador José Maria Rossani Garcez, Rio de Janeiro: Forense, 1999, págs. 35 e seguintes.

\_\_\_\_\_. **Aspectos fundamentais da lei de arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MELLO, Celso D. De Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**, 14ª Edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

MESQUITA, Maria José Rangel de. Sobre o mandato da Conferência Intergovernamental definido pelo Conselho Europeu de Bruxelas: É o Tratado de Lisboa um Novo Tratado?, In: **Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão**, vol. I, Lisboa: Almedina, 2008, págs. 551 e seguintes.

MILL, John-Stuart. **Le Gouvernement Représentatif**. Tradução de M. Dupont-White, Paris: Guillaumin et C., 1877.

\_\_\_\_\_. **Sobre a Liberdade**. Tradução de Pedro Madeira, Lisboa: Edições 70.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, Tomo IV, Direitos Fundamentais, 3ª Edição, Coimbra Editora, 2000.

MIRANDOLA, Giovanni Pico Della. Discurso sobre a Dignidade do Homem. Tradução de Maria de Lurdes Sirgado Ganho, Lisboa: Edições 70, pág. 51.

MONTESQUIEU, **De L'Esprit des lois**, Paris: Librairie Garnier Frères.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de Direito Processual**. 8ª série. Rio de Janeiro: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_. Tendências Contemporâneas do Direito Processual Civil, In: **Revista de Processo**, ano 31, Editora Revista dos Tribunais.

MUSSOLINI, Benito. **La Dottrina del Fascismo**, Milão: Treves-Treccani-Tumminelli, 1933.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil**, parte geral, vol. I. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. **Curso de Direito Administrativo**, 14ª Edição, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

NIETZSCHE, Friedrich. **Para Além do Bem e do Mal**: prelúdio a uma filosofia do futuro. Tradução Carlos Morujão. Círculo de Leitores, 1996.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **O Direito Brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana**, In: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=161>, acessado em 14.06.2009.

NOVAIS, Jorge Reis. Renúncia a Direitos Fundamentais, In: **Perspectivas Constitucionais nos 20 anos da Constituição** (org. Jorge Miranda), Coimbra: Coimbra Editora, 1996, vol. I, págs. 263-335

OLIVEIRA, J. M. Leoni Lopes de. **Novo Código Civil Anotado**, Parte Geral, Vol. I, 3ª edição, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

OTERO, Paulo. **Instituições Políticas e Constitucionais**, 1ª Edição, Lisboa, Almedina, 2007.

\_\_\_\_\_. **Legalidade e Administração Pública**: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade, Coimbra: Almedina, 2003.

\_\_\_\_\_. Disponibilidade do Próprio Corpo e Dignidade da Pessoa Humana, In: **Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão**, vol. I, Lisboa: Almedina, 2008, págs. 107 e seguintes.

PAINE, Thomas. **Rights of Man**. United States of America: Penguin Books.

PADUA, Marsilio de. **El defensor de la paz**. Tradução de Luis Martinez Gomez. Madrid: Editorial Tecnos, 1989.

PEREIRA, Alexandre Libório Dias. Do Patrocínio Desportivo («Sponsoring»), In: **Separata de Desporto & Direito**, Revista Jurídica do Desporto, Ano II, n. 6, maio-agosto 2005, Coimbra Editora, pág. 359-365.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**, volume I, 22ª Edição revista e atualizada por Maria Celina Bodin de Moraes, Rio de Janeiro: Forense, 2007.

PERESTRELLO, Marcos. A Arbitragem Institucionalizada: três passos para o seu desenvolvimento, In: **Resolução Alternativa de Litígios**, colectânea de textos publicados na Newsletter DGAE, Ministério da Justiça, 2006, págs. 13 e seguintes.

PERLINGIERI, Pietro. Perfis do Direito Civil – Introdução ao Direito Civil Constitucional. Tradução de Maria Cristina de Cicco, Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

PIÇARRA, Nuno. A Justiça Constitucional da União Européia, In: **Estudos jurídicos e económicos em homenagem ao Professor Doutor António de Sousa Franco**, vol. 3, Lisboa: 2006.

PINHEIRO, Luís de Lima. **Arbitragem Transnacional**: a Determinação do Estatuto da Arbitragem. Coimbra: Almedina, 2005.

PINTO, Paulo Mota. A Limitação Voluntária do Direito à Reserva sobre a Intimidade da Vida Privada, In: **Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues**, vol. 2, Coimbra Editora.

\_\_\_\_\_. O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade, In: **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, Portugal-Brasil, Ano 2000, Coimbra Editora, 1999.

PRAÇA, Lopes. **Direito Constitucional Portuguez** – Estudos sobre a Carta Constitucional de 1826, Parte I, Coimbra: Imprensa Literária, 1878.

PUFENDORF, Samuel. **The Whole Duty of Man, According to the Law of Nature**. Tradução de Andrew Tooke, Indianapolis: Liberty Fund, 2003.

QUADROS, Fausto de. **Direito da União Europeia**, Lisboa: Almedina, 2004.

RIBEIRO, Joaquim de Sousa. Constitucionalização do Direito Civil, In: **Direito dos Contratos** – estudos, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, pág. 32.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Du Contrat Social**. Paris: Garnier-Flammarion, 1966.

ROBERT, Jean. **L'Arbitrage**, droit interne droit international privé, 6ª edição, Dalloz.

SANDERS, Pieter. **Quo Vadis Arbitration?** – Sixty Years of Arbitration Practice, Kluwer Law International.

SAINT-SIMON, Henri De. **Le nouveau christianisme** – et les écrits sur la religion, Paris: Éditions du Seuil, 1969.

SANTO AGOSTINHO. **A Cidade de Deus**, vol. III, 2ª edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2000.

SAN ISIDORO de Sevilla. **Etimologias**, I, 2ª edição. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos, 1993, Livro V, 4.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**, 6ª edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**, 2ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

\_\_\_\_\_. Eficácia Privada dos Direitos Fundamentais, In: **A Reconstrução Democrática do Direito Público no Brasil**. Organizador Luís Roberto Barroso, Rio de Janeiro: Renovar, 2007, págs. 293 e seguintes.

SCHOPENHAUER, Arthur. **O Mundo como Vontade e Representação**. Tradução de M.F.Sá Correia, Porto: Rés Editora.

SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Organização e Introdução de Leonardo Martins. Tradução de Beatriz Henning, Leonardo Martins, Mariana Bigelli de Carvalho, Terza Maria de Castro e Vivianne Gerales Ferreira. Editora Konrad-Adenauer-Stiftung E.V., 2005.

SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz. Efeitos dos Contratos: Princípios Gerais, In: **Separata do Boletim do Ministério da Justiça**, n.º 74, Lisboa: 1958.

SIDOU, J. M. Othon. **Processo Civil Comparado**. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

SILVA, Manuel Duarte Gomes da. Esboço de uma concepção personalista do direito: reflexões em torno da utilização do cadáver humano para fins terapêuticos e científicos, In: **Separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, vol. XVII, 1965.

SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. **O Direito Geral de Personalidade**, Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

SPINOZA, Baruch. **Tratado teológico-político, Tratado Político**. Tradução de Enrique Tierno Galván, 3ª edição, Madrid: Tecnos, 1985.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo, A Arbitragem no Sistema Jurídico Brasileiro, In: **A Arbitragem na Era da Globalização**. Coordenador José Maria Rossani Garcez, Rio de Janeiro: Forense, 1999, págs. 21 e seguintes.

TEPEDINO, Gustavo. A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-constitucional Brasileiro, In: **Temas de Direito Civil**, 4ª Edição, Renovar, 2008, págs. 25 e seguintes.

\_\_\_\_\_. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil, In: **Temas de Direito Civil**, 3ª Edição, Rio de Janeiro: 2004.

\_\_\_\_\_. A Incorporação dos Direitos Fundamentais pelo Ordenamento Brasileiro: sua eficácia nas relações jurídicas privadas, In: **Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul**, Ano XXXII, n.º 100, dezembro de 2005, págs. 153 e seguintes.

TEPEDINO, Gustavo, BARBOZA, Heloisa Helena, MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República**, 2ª Edição revista e atualizada, Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

TIBURCIO, Carmen. A Arbitragem envolvendo a Administração Pública: REsp nº 606.345/RS, In: **Revista de Direito do Estado**, ano 2, n.º 6, abr-jun/2007, págs. 341 e seguintes.

TORRES, António Maria Machado Pereira e Cunha Pinheiro. **Acerca dos Direitos de Personalidade**, Lisboa: Editora Rei dos Livros, 2000

TRABUCO, Cláudia. Dos Contratos Relativos ao Direito à Imagem, In: **Separata da Revista O Direito**, Ano 133.º, n.º II, Lisboa: 2001, págs. 438 e seguintes.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. I, 3ª Edição, Lisboa: Almedina, 2005.



\_\_\_\_\_. **Direitos de Personalidade**, Lisboa: Almedina, 2006,

\_\_\_\_\_. **A Participação Social nas Sociedades Comerciais**, 2ª edição, Lisboa: Almedina.

\_\_\_\_\_. A Posição Jurídica do Pai na Interrupção Voluntária da Gravidez, In: **Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão**, vol. I, Lisboa: Almedina, 2008, págs. 139 e seguintes.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: parte geral, 4ª edição, São Paulo: Atlas, 2004.

VENTURA, Raúl. Convenção de Arbitragem, In: **Revista da Ordem dos Advogados**, Ano 46, Lisboa: setembro/1986, págs. 289 e seguintes.

VICENTE, Dário Moura, L'Évolution Recente du Droit de L'Arbitrage au Portugal, In: **Direito Internacional Privado** – Ensaios, vol. 1, Lisboa: 2002, pág. 327 e seguintes.

\_\_\_\_\_. A Manifestação do Consentimento na Convenção de Arbitragem, In: Separata da **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa**, vol. 43, n.º 2, Lisboa: Coimbra Editora, 2002, págs. 987 e seguintes.

\_\_\_\_\_. Problemática Internacional da Sociedade da Informação, In: **Direito Internacional Privado**. Lisboa: Almedina, 2005.

\_\_\_\_\_. Applicable Law in Voluntary Arbitrations in Portugal, In: **Direito Internacional Privado**, Ensaios I, Lisboa: Almedina, 2002, pág. 353 e seguintes.

\_\_\_\_\_. Arbitragem de Conflitos Colectivos de Trabalho, In: Separata da obra *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, Coimbra: Almedina, 2003, págs. 249 e seguintes.

VILLEY, Michel. **La Formation de la Pensée Juridique Moderne**. Paris: Presses Universitaires de France, 2003.

WALD, Arnoldo. **Obrigações e Contratos**, v. 2, 13ª Edição, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998.

\_\_\_\_\_. A recente evolução da arbitragem no direito brasileiro (1996-2001), In: **Reflexões sobre arbitragem: in memoriam** do Desembargador Cláudio Vianna de Lima, coordenadores Pedro A. Batista Martins e José Maria Rossani Garcez. São Paulo: LTR, 2002.