

Maria Celina Bodin de Moraes

*Doutora em direito civil pela Universidade de Camerino,
Professora titular de direito civil da UFRJ. Professora
associada de direito civil da PUC-Rio.*

Carlos Nelson Konder

*Doutor e mestre em direito civil pela UERJ.
Especialista em direito civil pela Universidade de Camerino.
Professor adjunto de direito civil da UERJ e da PUC-Rio.*

Dilemas de Direito Civil-Constitucional

Casos e decisões sobre os novos desafios para a
tutela da pessoa humana nas relações existenciais

RENOVAR
Rio de Janeiro • São Paulo
2012

abrir
Respeite o direito de falar!

Tudo os direitos reservados.

LIVRARIA E EDITORA RENOVAR LTDA

MATRIZ: Rua da Assembleia, 107/421 - Centro - RJ

CEP: 20.001-901 - Tel.: (21) 2541-2205 - Fax: (21) 2531-2135

FILIAL RJ 706 - Tel.: (208) 1881-2588/8596 - Fax: (21) 2589-1962

FILIAL SP 706 - Tel.: (508) 9091 - Fax: (11) 3105-0359

www.renovar.com.br renovar@editorrenovar.com.br

© 2012 by Livraria Editora Renovar Ltda.

SAC: 0800-221863

Presidente:

Renato Lopes Saeskind

Caro Tavares (in memoriam)

Carlos Alberto Mendes Direito (in memoriam)

Cláudio de Albuquerque Mello (in memoriam)

Luiz Henrique F. da Rosa Jr.

Nelson Konder

Roberto Lopes Torres

Escrito por Maria Lúcia

Escrito por Maria Lúcia

Capa: André Gami

Editorial: Escritura: TopTextos Edições Gráficas Ltda.

000030

CPF-Brasil. Catalogação-na-fonte

Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

Dirige: Maria Celina Bodin de e Konder, Carlos Nelson

e Carlos Nelson Konder. — Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

439p. 23cm.

ISBN 978-85-7147-816-9

I. Direito Civil-Constitucional. — I. Título.

CDD: 346.81066

Proibida a reprodução (Lei 9.610/98)

Impresso no Brasil

Printed in Brazil

Apresentação

*E allora come può il giurista, che non voglia né sterilmente
ripudiare il proprio tempo né dolorosamente piangere il
declino, come può non guardarsi tutt'intorno e non
aprire il dialogo con il mondo dei filosofi?*
— Natalino Irti

Esta obra é resultado de um projeto de pesquisa — ou melhor, de vários projetos interligados por uma mesma finalidade — que perdura há cinco anos. Mais do que isso, é fruto de um movimento no sentido de tornar o ensino do direito civil mais problemático e interessante, adaptando-o ao novo contexto jurídico em que vivemos, ou, para os mais modernos, a um novo paradigma de interpretação e aplicação do direito contemporâneo.

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

1 Tradução livre: "E então, como pode o jurista, que não queira estertidamente repudiar o próprio tempo, nem chorar dolorosamente o seu declínio, como pode olhar-se em torno e não abrir o diálogo com o mundo dos filósofos?"

De modo geral, o período de grave crise econômica que acarretou o colapso do modelo liberal e deu lugar a mecanismos de intervenção do Estado na economia, aliado à revelação das atrocidades do holocausto nazista por ocasião da segunda guerra mundial, que impuseram uma provisão mais plena da pessoa humana, levou a uma mudança dramática no âmbito do Direito. Construído a partir de estruturas conceituais que, embora aparentemente neutras, eram inspiradas em valores típicos da sociedade do século XIX — direito subjetivo, direito de direito, contrato, propriedade privada etc. — a dogmática do direito civil se revelou axiologicamente inadequada para a análise dos problemas jurídico-existenciais contemporâneos, permeada que está pelo *ethos* de uma sociedade burguesa individualista e patrimonialista.²

Observamos assim a passagem de uma época de segurança para uma época de incertezas.³ As respostas técnicas tão cuidadosamente elaboradas pelos civilistas do passado não mais atendem aos dilemas de uma sociedade civil multicultural e complexa que aspira ser "livre, justa e solidária". Assim, o direito civil contemporâneo abre seus portais para a construção de uma normativa mais democrática, plural e solidária por meio daquilo que se vem chamando de sua "constitucionalização".⁴

Esta perspectiva consiste em dar plena eficácia à premissa teórica *existencialista* sobre a qual se constrói o paradigma jurídico contemporâneo: a superioridade normativa do texto constitucional. A Constituição prevê o ordenamento de unidade, coerência e sistematicidade ao determinar a obediência de todas as demais normas, inferiores, aos seus preceitos. Trata-se, como é de se destacar, não

apenas de uma obediência formal, no que tange à distribuição de competências, mas também uma subordinação material: as normas inferiores devem concretizar o conteúdo dos mandamentos constitucionais, em especial os valores que lá estão positivados sob a forma de princípios.⁵ Esta supremacia da Constituição encontra fundamento no princípio da democracia: enquanto as normas inferiores são elaboradas por uma assembleia de representantes ordinários — o Congresso Nacional —, a Constituição é resultado da deliberação da soberana Assembleia Nacional Constituinte.

Portanto, a interpretação e aplicação das normas do direito civil devem sempre ser feitas à luz da legalidade constitucional, sob pena de subversão da hierarquia normativa. Isso exige, por parte da doutrina, um urgente controle de validade dos conceitos, técnicos e muitas vezes herméticos, de direito civil, forjados sob a inspiração de valores pouco compatíveis com a ordem contemporânea.⁶ Ao mesmo tempo impõe, por parte da jurisprudência, um esforço para, de um lado, permitir que a aplicação das normas civis seja feita em concordância com a Constituição e, de outro lado, evitar que sob o pretexto desta adaptação a garantia de segurança jurídica seja esvaziada e decisões arbitrárias ocorram.

O âmbito das situações jurídicas existenciais — isto é, não patri-moniais — é especialmente exemplificativo desta dificuldade. A proteção integral da dignidade da pessoa humana, embora consagrada internacionalmente a partir da segunda metade do século XX e prevista de forma central no art. 1º, III, da nossa Constituição, pode ser efetivada de diversas maneiras. Segundo a melhor doutrina, a dignidade abarca em si uma série de outros princípios — como a liberdade, a solidariedade, a igualdade e a integridade psicofísica — que podem, em um determinado caso concreto, entrar em colisão entre si.⁷ As soluções desses *hard cases*,⁸ que vêm sendo enfren-

2 Cf. Maria Celina Bodin de Moraes, A caminho de um direito civil constitucional. In: *Curso, Estudos e Sociedade*. Revista do Departamento de Direito da PUC-Rio, n. 17, ed. Rio de Janeiro: PUC-Rio, jul./dez. 1991, p. 59-73. Este e outros textos, citados neste livro, ora estão revisos em um volume único: Maria Celina Bodin de Moraes, *Na medida da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

3 Maria Celina Bodin de Moraes, Constituição e direito civil: tendências, *Direito, Estudos e Sociedade* — Revista do Departamento de Direito da PUC-Rio, n. 15, ago./dez. de 1995, p. 112, ora em *Na medida da pessoa humana*, p. 33 e ss.

4 Para uma visão, pioneira da perspectiva, remete-se aos seus principais mentores, Bodin, *A vida na sociedade da originalidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999 e Stefano 2006.

5 Gustavo Tepedino, Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil. *Temas de direito civil*, 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 12-13.

6 Michele Giorganni, O direito privado e suas atuais fronteiras. *Revista dos Tribunais*, vol. 747. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, jan. 1998, p. 38-39.

7 Maria Celina Bodin de Moraes, O princípio da dignidade da pessoa humana. In: [org]. *Princípios do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, pp. 57-59, ora em *Na medida da pessoa humana*, p. 71 e ss.

8 Na deliberação de Manuel Atienza, os *hard cases* [ou casos difíceis] são aqueles nos quais, aplicando-se um critério de racionalidade estrita, resultaria que: a) o caso não

tado no Brasil e no estrangeiro, configuram verdadeiros dilemas para os criistas contemporâneos, para os quais o arcaico instrumentalismo que lhes apresenta o Código Civil de 2002 não é de grande valia.

No contexto atual, em que já se encontra razoavelmente consagrada em nossa doutrina e jurisprudência a importância da aplicação direta dos princípios constitucionais às relações privadas, em vez de evitar impedir que o poder conferido ao juiz para este fim não seja desvirtuado, corrompido em exercício arbitrário dos valores essenciais inscrita na motivação das decisões que realizam a ponderação de princípios nos chamados *hard cases* pode oferecer parâmetros objetivos pelos quais o judiciário se pauta ou deve se pautar. A análise da solução determinada a tais casos e a sistematização de tais parâmetros é uma contribuição fundamental para garantir o respeito ao valor da segurança jurídica, central em nosso ordenamento.

Esta obra visa inicialmente permitir ao aluno, através da pesquisa envolvendo casos concretos, a construção de uma perspectiva de análise crítica e renovada do direito civil contemporâneo. Busca-se, assim, o desenvolvimento do raciocínio jurídico do aluno sob o viés de problematização do Direito. Mais especificamente, visa identificar, por meio da análise dos casos, possíveis parâmetros idôneos a guiar o operador do direito na solução destas controversias de forma adequada à legalidade constitucional e, simultaneamente, em respeito à segurança jurídica.

O catálogo de casos e decisões não se pretende exaustivo nem na sua seleção, nem nas informações que cada relato traz. A seleção foi verdadeiramente arbitrária, no sentido de que foi guiado apenas pelo nosso arbítrio. O único critério guia foi: "é interessante?". Toda sistematização veio em um segundo momento, quase como uma constatação de como a vida é pródiga de casos interessantes quando despida completamente de formalismos e dogmatismos. De mesma maneira, os enunciados normativos pertinentes e as re-

ferências bibliográficas indicadas foram aquelas mais acessíveis e rapidamente identificáveis. Pedimos àqueles dedicados ao estudo aprofundado de cada um dos temas a compreensão de que uma obra desta abrangência não pode se permitir a verticalização em cada assunto. Enfim, de maneira, geral, não é um tratado, mas apenas um convite. Um convite a pensar o direito de forma mais lúdica.

Este convite não poderia ter sido feito sem a contribuição de muitos dos seus convidados, os alunos e pesquisadores que nos auxiliariam a recolher casos, decisões e informações e a debatê-los, testando seu potencial como material de estudo. Assim, agradecemos inicialmente a Miguel Labouriau, que, na condição de bolsista de iniciação científica do CNPq junto ao Departamento de Direito da PUC-Rio, levou a cabo longa e minuciosa pesquisa sobre a tutela da personalidade, a qual permitiu dar início a toda esta empreitada. Agradecemos também a colaboração de João Victor Guedes dos Santos, que deu continuidade a este projeto de pesquisa. Agradecemos ao CNPq pelo auxílio neste projeto.

Da mesma forma, parte substancial das informações aqui reunidas foi coletada e organizada pelos alunos integrantes do grupo de pesquisa junto à Faculdade de Direito da UERJ, coordenados com o imprescindível auxílio do professor Rafael Esteves. Agradecemos, portanto, "aos meninos da UERJ", isto é, Beatriz Chiesse, Daniel Lannes, Elias Mendes, Ely Caetano Xavier Júnior, Laura Carvalho, Letícia Branguinho, Nathalie Gazzano, Nayara Rocha, Pedro Rennó, Rafaela Coutinho Canetti, Raphael Linhares e Tabata Poleze.

Cabe mencionar ainda a participação dos alunos do Núcleo de Estudos de Direito Civil "Constitucionalização do Direito Civil e Proteção da Pessoa Humana", do Curso de Direito do Ibmeq, Daniela Pessanha, Evelyn Melo, Erika Ribeiro, Felipe Laport, Fernanda Ballerini, Graziela Rossi, Herbert Moura Teles e Thamires Gualter, que participaram de uma versão embrionária deste projeto, ainda em fase de testes.

Enfim, agradecemos a todos os professores e pesquisadores que contribuíram para a seleção do material, seja diretamente nos encaminhando e sugerindo casos, seja através de publicações científicas empreendendo este mesmo esforço de tornar o direito mais concreto e rico. Neste sentido, desejamos nominar os colegas e amigos Ana Carolina Brochado Teixeira, Ana Luiza Maia Nevaes, Ander-

uma seleção, by tem uma seleção que resultaria inaceitável); c) tem mais de uma solução (acompanhamos este m). (Para una razonable definición de razonable. In *Doxa*, n. 4, 1987, p. 134).

II	Normativa aplicável.....	102
III	Bibliografia sugerida.....	104
6	Direito à integridade física e psicológica	107
I	Casos e decisões.....	107
II	Normativa aplicável.....	116
III	Bibliografia sugerida.....	124
	INVIOLABILIDADE DE VIDA E LIBERDADE INDIVIDUAL	127
I	Direito a um tratamento dignificante.....	129
II	Casos e decisões.....	129
III	Normativa aplicável.....	134
IV	Bibliografia sugerida.....	135
6	Direito à mudança de sexo	137
I	Casos e decisões.....	137
II	Normativa aplicável.....	153
III	Bibliografia sugerida.....	160
6	Direito à autodeterminação corporal	163
I	Casos e decisões.....	163
II	Normativa aplicável.....	170
III	Bibliografia sugerida.....	174
6	Direito a não nascer	177
I	Casos e decisões.....	177
II	Normativa aplicável.....	184
III	Bibliografia sugerida.....	185
	TUTELA DA PERSONALIDADE DA PESSOA HUMANA	187
II	Direito à mudança de nome	189
I	Casos e decisões.....	190
II	Normativa aplicável.....	201
III	Bibliografia sugerida.....	204

12.	Direito à imagem-retrato, imagem-atributo e identidade pessoal	207
I.	Casos e decisões.....	208
II.	Normativa aplicável.....	224
III.	Bibliografia sugerida.....	225
13.	Direito a morrer com dignidade	227
I.	Casos e decisões.....	228
II.	Normativa aplicável.....	236
III.	Bibliografia sugerida.....	261
	A EXPANSÃO DA PRIVACIDADE	265
14.	Direito à privacidade e liberdade de informação	267
I.	Casos e decisões.....	267
II.	Normativa aplicável.....	281
III.	Bibliografia sugerida.....	282
15.	Direito ao esquecimento	287
I.	Casos e decisões.....	287
II.	Normativa aplicável.....	294
III.	Bibliografia sugerida.....	305
16.	Direito a não saber	307
I.	Casos e decisões.....	308
II.	Normativa aplicável.....	315
III.	Bibliografia sugerida.....	334
	TUTELA DA PERSONALIDADE NA FAMÍLIA	337
17.	Direito do incapaz à constituição da própria família	339
I.	Casos e decisões.....	340
II.	Normativa aplicável.....	353
III.	Bibliografia sugerida.....	355
18.	Direito do incapaz à assistência moral	357
I.	Casos e decisões.....	357

II	Normativa aplicável	364
III	Bibliografia sugerida	371
18	Norma a não sofrer punição corporal	371
I	Casos e decisões	375
II	Normativa aplicável	375
III	Bibliografia sugerida	379
20	Tentativa a conhecer as próprias origens genéticas	381
I	Casos e decisões	383
II	Normativa aplicável	383
III	Bibliografia sugerida	392
DECIDIDA E REPRODUÇÃO		
22	Reprodução assistida	397
I	Casos e decisões	399
II	Normativa aplicável	400
III	Bibliografia sugerida	406
23	Embriões congelados	409
I	Casos e decisões	413
II	Normativa aplicável	424
III	Bibliografia sugerida	425
24	Gestação substituída	427
I	Casos e decisões	427
II	Normativa aplicável	433
III	Bibliografia sugerida	434

**DIREITO PÚBLICO E
DIREITO PRIVADO**