



Brochura
335 pags.
Form. 14x21
2002
ISBN 85-7147-471-0

A EFICÁCIA JURÍDICA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Ina Paula de Barcellos

Este livro foi concebido em duas partes. Na primeira a autora empreende uma viagem pelos principais cenários da teoria constitucional e da teoria dos princípios. Na segunda, associa-se ao esforço da melhor doutrina atual visando a determinar o conteúdo e a eficácia do princípio da dignidade da pessoa humana. A profundidade da pesquisa e o apuro técnico do texto irrepreensível poderiam ter resultado em um desses calhamaços eruditos, que até avançam o conhecimento, mas são penosos ao espírito. Não aqui, todavia, onde se diluem com suavidade, em uma linguagem que transpira poesia e encanta da primeira à última linha.



Brochura
553 pags.
Form. 14x21
2001
ISSN 1517-5987

ARQUIVOS DE DIREITOS HUMANOS

Ricardo Lobo Torres e Celso A. Mello
(diretores)

De periodicidade anual, os "Arquivos" vêm suprir lacuna na cultura jurídica brasileira, ainda pouco afeita às publicações referentes ao tema dos direitos básicos. O seu objetivo principal é o levantamento da produção bibliográfica, da jurisprudência e da legislação sobre os direitos humanos, bem como a divulgação de artigos e ensaios sobre o tema, de autores brasileiros e estrangeiros. Suas robustas edições passam em revista as novidades mundiais referentes aos direitos humanos, proporcionando ao leitor um amplo panorama.

PERFIS DO DIREITO CIVIL

**Introdução ao Direito
Civil Constitucional**

Relatividade da disciplina segundo o interesse

A relação preliminar não é sempre idêntica. Ela tem não somente conteúdos genéricos de boa-fé, diligência, lealdade (art. 1.358 Cód. Civ.), mas assume conteúdos específicos em relação ao tipo de interesse que se quer realizar e ao tipo de vicissitude que se quer produzir.

Relação obrigacional e relação preliminar

Estas considerações permitem assumir-se um comportamento crítico em relação àquela doutrina prevalente que considera a relação preliminar condicional como relação obrigacional. A norma (art. 2.659 Cód. Civ.) que prevê a transcrição dos contratos sob condição reconhece implicitamente que estes contratos, *medio tempore*, podem produzir outros efeitos além daqueles de natureza obrigacional. De fato, a transcrição é, de regra, uma forma de publicidade dos atos que têm função constitutiva, translativa, modificativa de uma relação real. O comprador sob condição, não somente se torna credor do vendedor, mas é também titular de um *ius ad rem*, isto é, de um direito à aquisição da coisa. A disciplina não será *tout court* aquela ditada para as relações obrigacionais, mas aquela que for mais compatível com a concreta relação da qual se trata.

Capítulo sétimo

Situações subjetivas existenciais

100. Crítica aos chamados direitos da personalidade. — 101. Coercibilidade das situações existenciais. — 102. Os chamados direitos da personalidade e as pessoas jurídicas. — 103. Direito à saúde. — 104. Tutela da integridade psicofísica. — 105. Legitimidade da insuficiência mental. — 106. Heterogeneidade e graduação da insuficiência mental. — 107. Justificação constitucional dos institutos de proteção. — 108. Gravidade da enfermidade "mental" e diferentes estatutos de proteção. — 109. Idoso auto-suficiente e inábil: flexibilidade dos instrumentos de tutela. — 110. Idade avançada, igualdade, solidariedade e estado social. — 111. Instrumentos individuais e coletivos de tutela da saúde. — 112. Direito à qualidade da vida e do ambiente. — 113. Dano à pessoa. — 114. Inseminação artificial e manipulação genética. — 115. Situações individuais e familiares. — 116. Nome e sobrenome entre exigências do Registro Civil e tutela da personalidade. — 117. Direito moral do autor. — 118. Riservatezza nas relações familiares. — 119. — Tutela da imagem, solidariedade familiar e direitos do indivíduo. — 120. Tutela da correspondência pessoal e confidencial. — 121. Liberdade de imprensa como função e exercício de um direito individual. — 122. Direito à retificação. — 123. Direito ao acesso aos meios públicos e privados de informação. — 124. Direito à correta informação. — 125. Direito à educação e a sua função promocional: relação entre República, instituição e pessoa. — 126. Liberdade de ensino e liberdade de manifestação do pensamento. — 127. Normativa escolástica e igualdade de garantias: prioridade do projeto educativo pessoal e familiar. — 128. Escola particular ou pública: pluralismo efetivo. — 129. Do chamado direito à moradia.

100. Crítica aos chamados direitos da personalidade. — Sobre os direitos da personalidade distinguem-se concepções que ten-

dem a reconhecer um “direito geral da personalidade” e teorias que sustentam a existência de uma pluralidade de direitos da personalidade. No âmbito destas últimas — ditas concepções “atomísticas” — apontam-se aquelas que consideram a existência de uma série aberta de direitos (atipicidade dos direitos da personalidade) ou fechada (tipicidade). A contraposição entre tipicidade e atipicidade, aparentemente apenas técnica, encerra opções ideológicas e culturais.

Tipicidade:
crítica

Na maioria das vezes, afirma-se que os direitos da personalidade são típicos: fora das hipóteses expressamente previstas, ou pelo Código Civil, ou pelas leis especiais, ou pela Constituição, não existiriam outras. Limita-se, freqüentemente, a mencionar o art. 6 s. Cód. Civ., sobre o direito ao nome e o art. 9 sobre a tutela do pseudônimo. Esta perspectiva exaure a relevância de tais direitos no aspecto patrimonial, no ressarcimento dos danos. O próprio Código, todavia, prevê a possibilidade de requerer em juízo, independentemente do ressarcimento do dano, a cessação do fato lesivo (art. 10 Cód. Civ. em tema de direito à imagem): existe uma diferença entre o poder de agir em juízo para pedir que o dano que já se sofreu seja ressarcido (ação de perdas e danos) e o poder de obter que a atividade danosa cesse e que não provoque danos ulteriores; esta ação (*azione inibitoria*) não pode ser limitada às hipóteses típicas, mas é um instrumento geral de tutela. Além daqueles indicados, existem interesses da pessoa mais decisivos e qualificantes, os quais, salvo alguma hipótese especial (v. art. 1.580 Cód. Civ.), não têm tutela jurídica no Código Civil, apesar de tê-la em alguma lei especial.

Art. 2: cláusula geral de tutela da pessoa

Na opinião de uma parte da doutrina, o advento da Constituição não teria mudado substancialmente o quadro, porque os direitos da personalidade continuariam a ser típicos: às hipóteses preexistentes, deveriam se acrescentar aquelas previstas em algumas disposições (arts. 4, 13-19, 21 s., 24, 32 e 36 Const.). Tal orientação seria sustentável apenas se o art. 2 Const., na parte em que se tutelam os “direitos invioláveis do homem”, fosse uma norma meramente recapitulativa (sem conteúdo próprio) e programática (não diretamente aplicável). Na realidade, tanto a natureza programática quanto aquela recapitulativa devem ser recusadas (cfr. *retro*, cap. 2, § 9 e

cap. 3, § 22). O art. 2 Const. é uma norma diretamente aplicável e exprime uma cláusula geral de tutela da pessoa humana: o seu conteúdo não se limita a resumir os direitos tipicamente previstos por outros artigos da Constituição, mas permite estender a tutela a situações atípicas.

Afirmada a natureza necessariamente aberta da normativa, é da máxima importância constatar que a pessoa se realiza não através de um único esquema de situação subjetiva, mas com uma complexidade de situações que ora se apresentam como poder jurídico (*potestà*), ora como interesse legítimo, ora como direito subjetivo, faculdade, poderes. Devem ser superadas as discussões dogmáticas sobre a categoria do direito (ou dos direitos) da personalidade. Nestas discussões controvertia-se principalmente sobre a possibilidade de assimilar a personalidade à categoria (em aparência “geral” e, portanto, vista — sem razão — como “universal”) do direito subjetivo, como tinha sido elaborado pela tradição patrimonialística. Não parece fundada, portanto, a opinião de quem nega uma tutela jurídica, ainda que na fase patológica, a tais situações porque não qualificáveis como direitos, ou no pressuposto de que elas não representariam interesses substanciais.

Pluralidade das situações existenciais

A esta matéria não se pode aplicar o direito subjetivo elaborado sobre a categoria do “ter”. Na categoria do “ser” não existe a dualidade entre sujeito e objeto, porque ambos representam o ser, e a titularidade é institucional, orgânica (cfr. *retro*, cap. 5, § 69). Onde o objeto de tutela é a pessoa, a perspectiva deve mudar; torna-se necessidade lógica reconhecer, pela especial natureza do interesse protegido, que é justamente a pessoa a constituir ao mesmo tempo o sujeito titular do direito e o ponto de referência objetivo de relação. A tutela da pessoa não pode ser fracionada em isoladas *fattispecie* concretas, em autônomas hipóteses não comunicáveis entre si, mas deve ser apresentada como problema unitário, dado o seu fundamento representado pela unidade do valor da pessoa. Este não pode ser dividido em tantos interesses, em tantos bens, em isoladas ocasiões, como nas teorias atomísticas.

O direito subjetivo não é um modelo idôneo

A personalidade é, portanto, não um direito, mas um *valor* (o valor fundamental do ordenamento) e está na base de uma série aberta de situações existenciais, nas quais se traduz a sua

A personalidade é um valor

incessantemente mutável exigência de tutela. Tais situações subjetivas não assumem necessariamente a forma do direito subjetivo e não devem fazer perder de vista a unidade do valor envolvido. Não existe um número fechado de hipóteses tuteladas: tutelado é o valor da pessoa sem limites, salvo aqueles colocados no seu interesse e naqueles de outras pessoas. A elasticidade torna-se instrumento para realizar formas de proteção também atípicas, fundadas no interesse à existência e no livre exercício da vida de relações.

Nenhuma previsão especial pode ser exaustiva e deixaria de fora algumas manifestações e exigências da pessoa que, mesmo com o progredir da sociedade, exigem uma consideração positiva. O fato de a personalidade ser considerada como valor unitário, tendencialmente sem limitações, não impede que o ordenamento preveja, autonomamente, algumas expressões mais qualificantes como, por exemplo, o direito à saúde (art. 32 Const.), ao estudo (art. 34 Const.), ao trabalho (art. 35 ss. Const.). O juiz não poderá negar tutela a quem peça garantias sobre um aspecto da sua existência que não tem previsão específica, porque aquele interesse já tem uma relevância ao nível de ordenamento e, portanto, uma tutela também em via judicial (art. 24 Const.).

101. *Coercibilidade das situações existenciais.* — A falta de aprofundamento, por parte dos civilistas, da temática concernente à atuação das relações não-patrimoniais se explica com numerosos fatores, e principalmente com três. A identificação *a)* do direito privado com o direito das relações patrimoniais; *b)* da juridicidade com o específico momento coercitivo; *c)* da juridicidade com a mera tutelabilidade do interesse mediante o processo, ainda que muitas das técnicas de atuação dos direitos sejam previstas por normas de direito substancial.

Os interesses e os valores que emergem das normas constitucionais são, de um ponto de vista substancial, juridicamente relevantes. É necessário verificar se o aparato, mesmo processual, é adequado a esta escolha. Das duas, uma: ou se tenta individuar, no âmbito do sistema, técnicas que, apesar de terem surgido por razões diversas, sejam idôneas para a tutela destes valores, ou se deve afirmar com decisão que o sistema proces-

O processo
leve garan-
tir o desen-
volvimento
da pessoa

sual não é legítimo constitucionalmente, porque não consegue tutelar interesses primários, constitucionalmente relevantes.

Desconhecer a tutelabilidade dos interesses juridicamente relevantes, em presença do art. 24 Const. que prevê o direito de agir em sua defesa, significaria sustentar a existência de uma contradição no sistema. Não se pode esconder-se atrás do fato de que não existe o instrumento típico, previsto expressamente, para tutelar aquele interesse. O processo não é uma variável independente, mas serve para realizar interesses substancialmente individuados; e se ele é inadequado, o intérprete deve ter consciência disso. É preciso evitar as generalizações. Não se determina a tutelabilidade de um direito se não se examina em qual outra situação ele influi. Também os direitos da personalidade devem ser apresentados em chave relacional. A investigação sobre a sua coercibilidade não deve ser conduzida em abstrato. Não se pode sustentar que as obrigações de fazer e de não fazer se exaurem naquelas previstas nas relações conjugais e familiares, como não se pode utilizar apenas a experiência trabalhista, formada sobre o art. 18 do Estatuto dos trabalhadores, como extensíveis a todas as relações civis. Pode-se estender o art. 18 a algumas relações, que se inspiram na mesma *ratio*, à tutela, isto é, da dignidade da pessoa e do trabalho.

Direito
constitucio-
nal de
ação (art.
24 Const.)

102. — *Os chamados direitos da personalidade e as pessoas jurídicas.* — É possível remover o equívoco sobre a extensão dos direitos da pessoa humana às pessoas jurídicas. Se a tutela da pessoa humana afunda as suas raízes na cláusula geral presente no art. 2 Const. e qualquer aspecto ou interesse concernente à pessoa é tutelado na medida em que sejam essenciais ao seu pleno e livre desenvolvimento, é também verdade que qualquer interesse, referido às pessoas jurídicas, não somente assume significados diferentes, mas recebe também uma tutela que encontra um distinto fundamento. Para as pessoas jurídicas o recurso à cláusula geral de tutela dos “direitos invioláveis” do homem constituiria uma referência totalmente injustificada, expressão de uma mistificante interpretação extensiva fundada em um silogismo: a pessoa física é sujeito que tem tutela; a pessoa jurídica é sujeito; *ergo*, à pessoa jurídica deve-se aplicar

Diversida-
de das ra-
zões de tu-
tela

a mesma tutela. Daqui uma concepção dogmática e unitária da subjetividade como fato neutro. O valor do sujeito pessoa física é, todavia, diverso daquele do sujeito pessoa jurídica.

É necessário adquirir consciência da identidade apenas aparente de problemáticas como, por exemplo, o segredo, a privacidade e a informação. Estes aspectos assumem valor existencial unicamente para a pessoa humana; nas pessoas jurídicas, exprimem interesses diversos, o mais das vezes de natureza patrimonial. O sigilo industrial, o sigilo bancário, etc. podem também ser em parte garantidos pelo ordenamento, mas não com base na cláusula geral de tutela da pessoa humana. Deve ser recusada, por exemplo, a tentativa de justificar o sigilo bancário com a tutela da privacidade. Esta exprime um valor existencial (o respeito da intimidade da vida privada da pessoa física); aquele, um interesse patrimonial do banco e/ou do cliente.

103. *Direito à saúde.* — A saúde, perfil essencial da pessoa, interessa ao operador do direito sob vários pontos de vista, os quais confluem na ampla problemática que, em geral, se encerra na expressão “direito à saúde”.

Nesse contexto, seria limitativo individuar o conteúdo do chamado direito à saúde no respeito à integridade física; e, isso, por duas razões. A saúde refere-se também àquela psíquica, já que a pessoa é uma indissolúvel unidade psicofísica; a saúde não é apenas aspecto estático e individual, mas pode ser relacionada ao são e livre desenvolvimento da pessoa e, como tal, constitui um todo com esta última.

Mesmo na perspectiva civil-constitucional seria limitativa também a concepção do direito à saúde como direito do homem à assistência sanitária, vista como posição jurídica em relação ao aparato burocrático do Estado. A saúde assume importância também nas relações intersubjetivas, como parâmetro da licitude ou da ilicitude dos comportamentos e da *meritevolezza* da atividade, em sentido lato, do homem. Ela é noção que se exprime não apenas sob um ponto de vista estritamente sanitário, mas também, sob aquele do comportamento social e ambiental.

Não se pode individuar, em termos de interesse protegido ou de bem, uma autonomia conceptual da saúde, como é possível em sede de interesses patrimoniais; ela apresenta-se mais como aspecto inseparável da pessoa, vista como valor unitário. A saúde, ainda que prevista autonomamente a nível constitucional (art. 32), deve ser considerada juntamente à norma que, como cláusula geral, reconhece e garante os direitos do homem, sem que se possa qualificá-los como taxativos ou típicos (arts. 2 e 3, § 2).

Trata-se de dar a cada exigência da pessoa um fundamento único. A tutela da dignidade deve realizar-se em relação a todos os aspectos, sem, porém, que se deva traduzir na mesma situação de vantagem e na noção de direito subjetivo. A diversidade dos interesses fundamentais do homem não se traduz em uma pluralidade de direitos fundamentais diversificados por conteúdo e por disciplina. O mesmo interesse à saúde, indissolúvel daquele do livre desenvolvimento da pessoa, pode apresentar-se de formas diversas, assumindo relevância e configurações diversas, segundo seja visto como direito ao serviço sanitário, à salubridade do ambiente, à integridade física ou àquela mental; dependendo do fato que seja realizado mediante o esquema do interesse diretamente protegido ou daquele do poder jurídico (*potestà*) e, portanto, do interesse legítimo. O que releva é o valor da pessoa unitariamente entendida.

104. *Tutela da integridade psicofísica.* — A integridade da pessoa tem uma unidade problemática, dado que único é o bem ou interesse protegido. Seja o perfil físico, seja aquele psíquico, ambos constituem componentes indivisíveis da estrutura humana. A tutela de um desses perfis traduz-se naquela da pessoa no seu todo, e a disciplina na qual consiste esta tutela é, de regra, utilizável também para cada um de seus aspectos. Deve ser utilizada não somente a normativa específica da integridade psíquica, mas, também, aquela prevista para a defesa da integridade física que é sempre inspirada pela garantia da pessoa. A tutela da integridade psíquica é atuável também onde a norma ordinária se limitou a tutelar a integridade física (por exemplo, art. 5 Cód. Civ.). A norma que estabelece a obrigação do empresário de adotar as medidas necessárias para tutelar a

Aspecto inseparável da pessoa

Inadmissibilidade de transposições mecânicas

Integridade de psicofísica

Assistência sanitária

Integridade psíquica

integridade física e a personalidade moral dos trabalhadores (art. 2.087 Cód. Civ.) é extensível também à integridade psíquica. Isso nem tanto porque a norma faz referência à personalidade moral, mas pela observação de que ela, em um ordenamento fundado nos valores da pessoa e do trabalho, deve ser interpretada como garantia da personalidade do trabalhador. As normas constitucionais permitem, na unidade do ordenamento, considerar a norma ordinária, colocada a favor da pessoa, não mais excepcional e suscetível de sofrer limitações aplicativas, mas como expressão de um princípio geral aplicável por analogia.

Em tema de psicoterapias é necessário discutir sobre a oportunidade e sobre a legitimidade do tratamento psiquiátrico, assim como é preciso individuar os sujeitos legitimados a efetuar as intervenções e a sua responsabilidade na especial relação de sujeição que, mesmo em diversas graduações, se estabelece com o paciente.

Ausência
de um poder
dispositivo
ilimitado

A integridade psíquica é um aspecto do mais amplo valor que é a pessoa; como autônomo "bem", analogamente à integridade física, não é suscetível de válida disposição se não for em razão de sérios e ponderados motivos de saúde. Do mesmo modo que a intervenção no corpo do sujeito, aquela destinada a modificar em modo considerável e permanente a psique se justifica, como ato em si, exclusivamente com base numa avaliação global do estado de saúde feita por pessoa legitimada. Ficam fora desta perspectiva todas aquelas atividades que, voltadas a incidir sobre a formação sócio-cultural, não tenham uma finalidade terapêutica e que não assumam objetivamente o valor de tratamento médico. Estes atos e intervenções, ainda que estejam na livre disponibilidade de quem os realiza e de quem é destinado a recebê-los, para serem juridicamente mercedores de tutela, devem respeitar a pessoa.

Interven-
ção coativa

105. *Legitimidade do tratamento sanitário.* — A solução do problema da legitimidade do tratamento não deve e não pode inspirar-se exclusivamente no aspecto subjetivo do consentimento do interessado. Se o enfermo mental se apresenta perigoso para a vida ou a incolumidade sua e dos outros, seria impossível, além de supérfluo, pedir o seu consentimento para

submetê-lo ao tratamento necessário, mesmo aquele psicoterapêutico. Aqui o tratamento justifica-se não tanto por uma objetiva oportunidade, mas por estado de necessidade. O ordenamento, ainda que com as devidas garantias, prevê a internação coativa (arts. 33-35 l. n.º 833 de 23 de dezembro de 1978). Digna de atenção é a dúvida de inconstitucionalidade dos arts. 33 e 34 da lei de reforma sanitária, porque existe a suspeita de que a intervenção coativa possa ser simulada sob a forma de intervenção obrigatória e submetida, portanto, ao regime administrativo e não ao controle e à garantia jurisdicional, devida — juntamente à reserva de lei — com base no art. 13, § 2, Const.

O art. 32, § 2 e o art. 16 da Constituição, além de conterem uma reserva de lei, estabelecem o princípio de que motivos de "saúde" e de "segurança" podem justificar limitações da liberdade. O respeito à pessoa é sempre um limite insuperável para o legislador ordinário. O tratamento sanitário, e, especificamente, aquele psicoterapêutico, para ser conforme ao ditame constitucional, deve ser respeitoso da pessoa e das suas excêntridades; é permitido intervir coativamente somente quando estas últimas constituírem um sério perigo para a pessoa e para a comunidade na qual vive. A intervenção deve ser orientada a eliminar ou a atenuar a periculosidade. Excluída esta, desaparece a causa legitimadora do tratamento feito contra ou sem a vontade do interessado.

Finalidade
da interven-
ção

Quando o enfermo mental não é perigoso, o tratamento sanitário e, portanto, psicoterapêutico é legítimo se, em presença dos extremos da oportunidade e da utilidade para o paciente, este der o seu consentimento. O consentimento em si não é idôneo para legitimar a intervenção; determinante é a avaliação objetiva, de competência do especialista: frente a um juízo negativo sobre a oportunidade e sobre a utilidade do tratamento, o pedido do interessado, a sua solicitação a ser submetido a psicoterapia, não legitimam a eventual intervenção e não exoneram o médico das relativas responsabilidades. Em presença de um juízo positivo, o consentimento do paciente é necessário para que a intervenção seja legítima. A esta última hipótese corresponde a figura da internação espontânea (art. 33, § 1 da lei n.º 833 de 1978; e, em precedência, o art. 4 da lei n.º 431 de 18 de março de 1968): aceitar a internação es-

Avaliação
da utilida-
de do trata-
mento vo-
luntário

pontânea com base numa utilidade objetiva para o paciente; recusá-la quando a mesma representar um capricho do paciente e for, portanto, não oportuna. Na ausência de verdadeiros motivos de periculosidade que justifiquem a internação coativa, o consentimento do paciente à internação e ao tratamento psicoterapêutico deve ser permanente: se cessar tal consentimento, o paciente terá direito à sua liberdade e, portanto, deverá ter alta.

É, também, um problema de sensibilidade: intervir sobre a psique apenas porque o sujeito manifesta sintomas de, por assim dizer, anormalidade é arbitrário (além de perigoso) e pode apresentar-se como instrumento de repressão voltado a atuar uma mudança das idéias do paciente, fazendo violência sobre as suas convicções. A história da loucura é, frequentemente, a história dos livre-pensadores, dos indivíduos que não são bem vistos pela sociedade, destinados a ficarem excluídos; de maneira que é errado negar à loucura, e de forma absoluta, a função expressiva de uma verdade diversa e anticonformista, às vezes destinada a se tornar a verdade de amanhã. O caráter relativo e histórico da normalidade na vida social deve induzir a um maior respeito às excentricidades do homem e, portanto, a garanti-lo contra as intervenções tendentes a deixá-lo conforme ao modelo dos maiorais ou ao modelo proposto pelo político.

Direito à
psicoterapia

A psicoterapia é um tratamento sócio-sanitário que não pode continuar sendo uma cara terapia de *élite*, excluída da assistência obrigatória; não constitui um interesse juridicamente merecedor de tutela quando for expressão de uma moda em expansão nos ambientes mais abastados. Se o tratamento foi julgado oportuno, o sujeito, tendo sempre presente a sua liberdade de decisão, a ele tem direito (arts. 32 e 38 Const.; art. 1, §§ 1 e 3, lei nº 833 de 1978).

Variabilidade
de da no-
ção

106. *Heterogeneidade e graduação da insuficiência mental.* — O *handicap* psíquico permanente configura um estado pessoal patológico caracterizado por uma estabilidade que influi na idoneidade para o cumprimento de uma série de atos, de atividades e, de qualquer modo, na possibilidade de desenvolver adequada e livremente, isto é, normalmente, a personali-

dade. Sem entrar na definição médica de estado patológico, se, isto é, se trata de doença ou insuficiência mental, deve-se observar a variedade das possíveis hipóteses que dependem não apenas das diferentes origens — congênita ou adquirida — mas, sobretudo, da diversidade de graduação e de qualidade da insuficiência mental. A maior ou a menor possibilidade de reversibilidade de tal insuficiência postula um tipo de intervenção qualitativamente diverso. Não se pode nem mesmo identificar *tout court* o insuficiente desenvolvimento intelectual com a incapacidade consistente na falta das faculdades volitiva e intelectual (*incapacità naturale*) (arts. 428 e 2.048 Cód. Civ.). Tal figura refere-se inais ao ato individual que ao estado da pessoa, mesmo porque seria difícil definir o significado geral do saber entender e, ainda mais, aquele do saber querer. A falta de aptidão para entender não se configura sempre como absoluta, apresentando-se, no mais das vezes, por setores ou por esferas de interesses; de maneira que a *incapacità naturale* construída, de um ponto de vista jurídico, como uma noção permanente, geral e abstrata, se pode traduzir em uma ficção e, de qualquer modo, em uma noção que não corresponde à efetiva inidoneidade psíquica para realizar determinados atos e não outros, para orientar-se em alguns setores e não em outros. Dessa situação deriva, por um lado, a necessidade de recusar preconceitos jurídicos nos quais pretender armazenar a variedade do fenômeno do *déficit* psíquico; por outro, a oportunidade que o próprio legislador evite regulamentar a situação do deficiente de maneira abstrata e, portanto, rígida, propondo-se estabelecer taxativamente o que lhe é proibido e o que lhe é permitido fazer.

Handicap e
capacidade
de entender
e de
querer

O assunto refere-se não apenas ao deficiente psíquico, permanente ou não, mas, em geral, ao imaturo, em uma acepção que compreende tanto o menor em idade evolutiva, como, eventualmente, também o idoso em idade em involução. Todos esses tipos de sujeito podem ser definidos menores em sentido amplo — titulares de um direito ao tratamento — quer porque apresentam problemas (*minorati*) desde o nascimento, quer porque caracterizados por um *déficit* psíquico adquirido, devido a motivos traumáticos ou patológicos do desenvolvimento.

Os menores
em sentido
amplo

107. *Justificação constitucional dos institutos de proteção.* — A tutela do menor em sentido amplo, em particular da sua dignidade de homem e de cidadão, representa uma tarefa primária e histórica (arts. 2, 3, §§ 1 e 2, 32, 38, § 3, Const.). Os valores constitucionais, sobre os quais é possível reconstruir o sistema de tutela do menor em sentido psicofísico, representam não somente valores políticos, simbólicos e paradigmáticos, mas, também, parâmetros normativos idôneos para avaliar os comportamentos e para interpretar adequadamente os institutos de proteção e de tutela disciplinados pelo Código Civil de 1942. Todo homem é, como tal, titular de situações existenciais representadas no *status personae*, das quais algumas, como o direito à vida, à saúde, ao nome, à própria manifestação do pensamento, prescindem das capacidades intelectuais, ou, pelo menos, de algumas formas de inteligência comumente entendida. O estado pessoal patológico ainda que permanente da pessoa, que não seja absoluto ou total, mas graduado e parcial, não se pode traduzir em uma série estereotipada de limitações, proibições e exclusões que, no caso concreto, isto é, levando em consideração o grau e a qualidade do *déficit* psíquico, não se justificam e acabam por representar camisas-de-força totalmente desproporcionadas e, principalmente, contrastantes com a realização do pleno desenvolvimento da pessoa.

A tutela não deve exaurir-se em meras limitações

Interdição, *inabilitazione* e garantia do *status*

Esta chave de leitura, superando confusões entre inidoneidade para exercer atividades patrimoniais e a enunciação de proibições relativamente a algumas significativas escolhas existenciais [tome-se, como exemplo, o casamento (arts. 85 e 119 Cód. Civ.) e o reconhecimento de filho natural (art. 266 Cód. Civ.)], permite reconstruir a interdição e a *inabilitazione* em modo mais adequado ao seu fundamento constitucional. É preciso, ao contrário, privilegiar sempre que for possível, as escolhas de vida que o deficiente psíquico é capaz, concretamente, de exprimir, ou em relação às quais manifesta notável propensão. A disciplina da interdição não pode ser traduzida em uma incapacidade legal absoluta, em uma “morte civil”. Quando concretas, possíveis, mesmo se residuais, faculdades intelectivas e afetivas podem ser realizadas de maneira a contribuir para o desenvolvimento da personalidade, é necessário que sejam garantidos a titularidade e o exercício de todas aquelas expres-

sões de vida que, encontrando fundamento no *status personae* e no *status civitatis*, sejam compatíveis com a efetiva situação psicofísica do sujeito. Contra essa argumentação não se pode alegar — sob pena de ilegitimidade do remédio protetivo ou do seu uso — a rigidez das proibições nas quais se substancia a disciplina do instituto da interdição, tendente à exclusiva proteção do sujeito: a excessiva proteção traduzir-se-ia em uma terrível tirania. Isso mostra, por um lado, a necessidade de superar a tendência, difícil de morrer, pela qual não seria necessário interditar o enfermo mental que não possui bens, por outro, a periculosidade de um uso indiscriminado do instituto como remédio quase exclusivo para a proteção do deficiente psíquico permanente.

Nem parece que se possa aceitar a interpretação tendente a reduzir o instituto da curatela do *inabilitato* à assistência do sujeito na administração dos bens e, na espécie, ao controle preventivo em todos os atos de extraordinária administração, com exclusão do tratamento da pessoa. A enfermidade mental, mesmo se menos grave, pode produzir no *inabilitato* a necessidade de uma assistência que não se reduz ao plano patrimonial; e a curatela, no ponto em que estamos, representa o único instrumento possível para realizar essa exigência de relevância primária. De outro modo, seria preciso proceder necessariamente à interdição mesmo em presença de uma enfermidade menos grave, verificando-se uma verdadeira antinomia no sistema, superável somente com a individuação de uma artificiosa lacuna fundada no pressuposto de que enfermidade menos grave signifique somente incapacidade de realizar sozinho atos de natureza patrimonial de extraordinária administração e vice-versa. É incontestável, ao contrário, que existem formas de enfermidade nas quais o sujeito, mesmo sabendo administrar bem os próprios interesses financeiros, não é capaz de realizar sozinho outros interesses para os quais tem direito à assistência e, portanto, ao controle. A extensão da noção de tratamento do *inabilitato* que a melhor doutrina, ainda que em relação ao menor emancipado, não deixou de assinalar, apresenta-se como uma necessidade seja dentro do sistema codicístico seja, em maneira mais decisiva, em relação a uma sua releitura coordenada com o princípio constitucional de tutela da pessoa.

Curatela e assistência não somente patrimonial

A esse fim, a curatela, incluindo a do *inabilitato*, pode adequar-se bem, principalmente levando em conta que a disciplina do instituto se traduz — já para o menor emancipado — em um controle que não se limita ao momento patrimonial.

Igualdade
substancial

108. *Gravidade da enfermidade "mental" e diferentes estatutos de proteção.* — A insuficiência mental, para justificar um estatuto particular de incapacidade ou limitada capacidade, e, portanto, para derogar o princípio de igualdade formal (art. 3, § 1, Const.), deve representar objetivamente um estado patológico. Esse estado patológico pode ser individuado mediante uma complexa avaliação das condições pessoais do sujeito e daquelas sociais, culturais e ambientais, mas, sempre, em relação ao exclusivo interesse das manifestações do desenvolvimento pessoal, e não já alegando razões de interesse superior que bem se prestariam a legitimar qualquer instrumentalização, também política, com violação do art. 22 Const. A necessidade de remover os obstáculos ao pleno e ótimo desenvolvimento da pessoa (arts. 3, § 2, 2 Const.) — ainda mais que à tutela da sua saúde (art. 32 Const.) — constitui a única legitimação constitucional do estatuto de proteção e de promoção que deve ser funcionalizado a tal exigência.

Interdição
e atos de
natureza
existencial

Isso consente individuar o sentido da relação entre os pressupostos das declarações de interdição e de *inabilitazione* e os seus efeitos: a gravidade, ou não, "da enfermidade mental" (art. 414 s. Cód. Civ.) é determinável somente em relação aos efeitos que, em concreto, a declaração pode e deve produzir na esfera do sujeito e em relação a sua capacidade. Por conseguinte, emerge a oportunidade de individuar diferentes estatutos de proteção da pessoa e, portanto, uma graduação de sua incapacidade. A declaração judicial de interdição, ao determinar a extensão e os limites da incapacidade, o regime de tutela e de proteção, poderá, por exemplo, reconhecer tanto uma idoneidade para realizar os atos da pequena e quotidiana administração, ou pelo menos alguns deles, quanto uma idoneidade para a realização de atos de natureza existencial.

Isto naturalmente não exclui a intervenção *a posteriori* do juiz, isto é, depois da realização do fato; essa intervenção tende

a verificar, caso a caso, a capacidade intelectual e volitiva. Investigação, esta, que deverá ser coordenada com a graduação da incapacidade acertada e declarada *a priori*.

109. *Idoso auto-suficiente e inábil: flexibilidade dos instrumentos de tutela.* — A idade não pode ser um aspecto incidente sobre o *status personae*. A idade, não importa se menor, madura ou senil, não incide *de per se*, sobre a aptidão à titularidade das situações subjetivas. O seu efetivo exercício pode ser limitado, ou em parte excluído, não a partir de predeterminadas, abstratas, rígidas e, às vezes, arbitrárias avaliações ligadas às diversas fases da vida, mas, sim, com base na correlação, a ser avaliada atentamente, entre a natureza do interesse no qual se substancia a concreta situação e a capacidade intelectual e volitiva. Deve-se verificar a real capacidade de efetuar e de realizar as escolhas e os comportamentos correlatos às situações subjetivas interessadas. Fundamental é distinguir o idoso auto-suficiente do idoso em condições de *handicap*.

Idade e *status personae*

Para o primeiro não se justificam limitações da capacidade de agir fundadas exclusivamente em razões da idade; as limitações podem ser entendidas como legítimas quando faltar a aptidão intelectual e volitiva.

110. *Idade avançada, igualdade, solidariedade e estado social.* — Para chegar à relativização dos problemas da pessoa e, portanto, também daqueles do idoso, é necessário desvincular a avaliação dos atos e das atividades das categorias abstratas e prefiguradas. Em respeito ao valor unitário da pessoa, é oportuno individuar a quantidade e a qualidade do objeto do ato, das suas implicações e das suas conseqüências. É expressão de garantia, o princípio sugerido, pelo qual somente quando as faculdades intelectivas forem gravemente comprometidas poderá, realmente, justificar-se a introdução de limites ao direito do idoso de concluir negócios; ainda mais que se considera necessária uma verificação direta, e não presumida, dessas eventuais incapacidades. No estudo da tutela do idoso, o jurista está preso a uma visão que ignora os aspectos relativos à pessoa como tal, fora e independentemente do perfil patrimonial. Falar da tutela do idoso somente em termos de capacidade de exercício

Capacidade
de negocia-
l e inte-
resses exis-
tenciais

é, sem dúvida, limitativo. É necessário considerar as complexas vicissitudes da pessoa, consciente do fato que não é suficiente o estudo somente da capacidade de exercício ou somente das vicissitudes da vida (perfil estático e perfil dinâmico, subjetivo e fático). A inexistência de problemas relativos à capacidade negocial do idoso não implica a inexistência de problemas ligados ao idoso como portador de interesses, caso a caso, especiais e merecedores de proteção e de promoção. A referência é aos interesses de natureza existencial: libertação das necessidades (*libertà dal bisogno*) e respeito à dignidade, em atuação do princípio de igualdade, que é válido prescindindo das condições pessoais e da idade. O problema do idoso assume dimensões individuais e, ao mesmo tempo, sociais.

"Idade avançada" não é uma categoria geral

Deve-se desconfiar da construção de uma categoria do idoso e de uma normativa exclusiva para o idoso *tout court*; uma e outra poderiam constituir fontes de nova marginalização. Entre os homens, a Constituição não permite distinções com base na idade, nem em termos positivos nem negativos; isto tem consequência no plano da legitimidade constitucional e da interpretação. As diversas previsões normativas, que se inspiram na idade avançada, devem ter sempre uma justificação em termos de razoabilidade, de maneira a assumir relevância, nos diversos setores do ordenamento, como intervenções voltadas a remover eventuais obstáculos de fato ao efetivo desenvolvimento do idoso.

Hoje, todavia, uma pessoa torna-se idoso não com base em subjetivas características psicofísicas, mas por efeito de objetivas determinações sócio-produtivas. O idoso acaba por ser uma categoria, um produto do sistema econômico, o qual decide quando se é idoso. As problemáticas da plena ocupação e do mercado condicionam a definição do idoso, freqüentemente afastando da produção experiências intelectuais e profissionais ainda úteis a um sistema produtivo que sempre menos necessita de força física e é condicionado cada vez mais pela inteligência e pela competência.

Uma releitura constitucional seja dos limites à capacidade estabelecidos em forma rígida, seja daqueles que impedem atos e atividades, ou daqueles interruptivos, constitui uma tarefa a ser cumprida.

É necessário distinguir a hipótese de relevância exclusiva da idade, que é aquela à qual se entende fazer referência, da hipótese na qual à idade se acrescenta um estado psicofísico patológico e, de qualquer jeito, de modo tal que incide sobre as "normais" capacidades. Assim como a pouca idade não é sinônimo de ausência de doença, de regra a idade senil não é sinônimo de doença e, portanto, de *handicap*. Este, se presente, introduz problemas bem mais graves, os quais, todavia, prescindem da idade.

Estados fisiológicos e patológicos

No pressuposto de que, sozinho, o decurso do tempo, principalmente com referência a cada ato ou atividade, não incide automaticamente em sentido negativo sobre as normais capacidades naturais, é necessário rever as soluções legislativas que, presumindo uma decadência da pessoa devido à idade — inspiradas, em verdade, na necessidade de realizar um *turn over* com pessoas mais jovens — têm a pretensão de aparecer como atuativas do interesse do idoso. Essas soluções, na realidade, freqüentemente propõem estatutos de favor ou de desfavor irrazoavelmente lesivos ao princípio de igualdade.

Se o sistema italiano não é fundado no ócio e garante o trabalho a todos, como modo para realizar a própria personalidade, para sentirem-se vivos e úteis socialmente, grande parte da legislação que coloca limites de idade rígidos, seja para o acesso ao trabalho, seja para a aposentadoria (limites inspirados exclusivamente na idade e não em outros fatos eventualmente concorrentes) é suspeita de inconstitucionalidade.

Direito ao trabalho e ao desenvolvimento da pessoa

As leis que individualizam na idade (e somente nesta) um apriorístico fator discriminante são suspeitas de inconstitucionalidade. Não se reconhece, por exemplo, qual pode ser a motivação na qual se funda o art. 3 da lei nº 25 de 27 de janeiro de 1989 que estabelece o limite máximo de idade para participar dos concursos públicos estatais e equiparados. Aumentou-se o limite de 30-35 para 40 anos, mas este limite realiza um interesse contrário à Administração Pública. Uma série de exceções e de particularidades, como, por exemplo, aquelas que autorizam a quem já está no emprego público a passar a outra administração ou a participar sem limites de idade em outro concurso público, demonstram que, na realidade, não é a idade o critério com base no qual se deve regular a participação. Tais exceções

e particularidades parecem responder à lógica do “quem está dentro fica dentro e quem está fora fica de fora”. Quanto isso seja coerente com o direito ao trabalho é bem discutível. Nem se deve esquecer que a República é fundada no trabalho (art. 1 Const.) e que o art. 4 reconhece a todos os cidadãos o direito ao trabalho. Dificilmente é compreensível a razão pela qual uma pessoa que deseja trabalhar não possa fazê-lo porque superou uma certa idade.

Discurso análogo vale para a aposentadoria com idade rígida; sem falar na disparidade de tratamento entre homem e mulher, desta vez a favor da mulher, e na possibilidade reservada somente a algumas categorias de empregados de continuar no emprego público ou no trabalho privado por um período ulterior à normal idade para a aposentadoria. Disparidades que não parecem justificáveis com base no princípio da igualdade.

A saúde tutelada através do patrimônio: crítica

111. *Instrumentos individuais e coletivos de tutela da saúde.* — A saúde não pode ser protegida através da utilização de normas inspiradas por uma exclusiva lógica patrimonial, nem a sua tutela pode exaurir-se em um critério ou em um corretivo do juízo de harmonização entre exigências proprietárias e aquelas da produção. Não há dúvidas de que a função social da propriedade e a utilidade social da empresa no ordenamento vigente assumiram conteúdos solidaristas e personalistas (art. 41, § 2, Const.). Propriedade e empresa não são certamente institutos nos quais a pessoa assume o papel de interesse diretamente protegido; são apenas meios indiretos de realização de tal interesse.

Imissões e saúde do “proprietário”

Emblemática, a propósito, é a longa e apaixonada disputa sobre a normativa relativa à imissões (art. 844 Cód. Civ.: *Immissioni*), caracterizada por alternadas sortes e por contestadas aplicações: daquelas inspiradas pela restrita dependência da decisão à simples harmonização dos interesses estritamente proprietários e produtivos, àquelas pelas quais “o ponto de apoio real” constituiu apenas um pretexto formal para que o art. 844 “realize os seus efeitos inibidores nas *fattispecie* lesivas da esfera personalíssima dos sujeitos”. Ainda que por opostos motivos, considera o art. 844 inoperante ou limitadamente operante também quem propõe a sua utilização como instru-

mento tipicamente “individualista” e evidencia a sua idoneidade para tutelar até mesmo os interesses sociais protegidos pela Constituição. O art. 844, como a ação de nunciação em defesa da situação real e da posse (art. 1.170 ss. Const.), pode também traduzir-se em um indireto meio de tutela da salubridade dos lugares e portanto da saúde; isto não significa que ele constitua um instrumento para a tutela da pessoa (o art. 844 não tutela a pessoa, mas a propriedade: o seu pressuposto é a propriedade do “terreno”; tutela, portanto, somente indireta da saúde: o sujeito é protegido não como pessoa, mas como proprietário). Não faltam no sistema — como se demonstrou — normas e princípios nos quais a saúde é protegida como valor em si.

Em presença de uma possível ou efetiva lesão à saúde é obrigatório reconhecer uma tutela cautelar “em via de urgência”, sobretudo através de medida cautelar (*azione inibitoria*) (art. 700 Cód. Proc. Civ.), como remédio preventivo previsto para a defesa de qualquer situação de natureza absoluta. *L'azione inibitoria* constitui um remédio geral contra os ilícitos “de tipo iterativo e continuativo” e não pressupõe a existência de um dano atual, nem a imputabilidade a título de culpa do comportamento, sendo suficiente uma objetiva situação de contraste com um bem ou valor, individual ou não, de um ou mais sujeitos.

Ação inibitória

Deve ser redimensionada a disputa entre quem pretende apresentar a tutela da saúde em chave exclusiva de direito subjetivo individual e quem, na tentativa de limitar a tutela individual, acaba por supervalorizar aquela coletiva ou associacionista reconhecendo na saúde predominantemente um interesse difuso. Entender a saúde como interesse difuso teria como consequência confiar a sua tutela exclusivamente às entidades que em qualquer modo representam tal interesse: a ação em juízo seria própria da entidade que representa a coletividade e não poderia ser exercida pelo indivíduo.

Tutela coletiva: interesse difuso

A imediata operatividade das normas constitucionais não exprime uma lógica individualista. O interesse individual pode realizar um interesse não-egoísta; o interesse difuso e aquele legítimo podem encontrar nas normas constitucionais um fundamento mais qualificante. Nem se pode pensar que o alcance

Interesse individual altruísta

inovador do ditame constitucional possa ser individuado e interpretado à luz da legislação ordinária (tome-se, como exemplo, o art. 1 lei nº 615 de 13 de julho de 1966), nem que esta última possa ser a medida decisiva dos parâmetros de tipicidade social. Trata-se de lógicas diversas, mas paralelas: a lógica da legitimação individual e aquela da legitimação "por categorias". E se a primeira pode prestar-se à especulação do indivíduo e ao "isolamento" de uma controvérsia que em termos substanciais é comum a mais pessoas, a segunda pode ser distorcida de forma a reduzir o organismo coletivo a objeto ativo ou passivo de instrumentalização e a exaurir a legitimação processual em uma máscara formal, muito ou muito pouco praticada. Resta o risco de que as ações de grupo degenerem em ações populares, que o fenômeno associativo se preste a fáceis abusos e que a oligarquia ao interno do grupo sufoque a liberdade de ação do indivíduo. É um bem que as duas lógicas (individual e coletiva) coexistam — do mesmo modo que a jurisdição ordinária e administrativa — e, combinadas entre elas, constituam um sistema complexo e articulado. Diversamente, insistir na exclusiva legitimação por categorias e na qualificação da saúde em termos pelo menos processuais de interesse difuso, poderia prejudicar formas de tutela individuais que tenham como fundamento normas ordinárias e constitucionais e traduzir-se-ia em um injustificado atraso na adequação dos institutos clássicos do direito civil às novas exigências.

Com presença da tutela individual e coletiva

112. *Direito à qualidade da vida e do ambiente.* — A concepção patrimonial ou realista do problema ecológico considera o ambiente como *habitat* das coisas; a escolha personalista, ao revés, configura o ambiente como instrumento privilegiado para o desenvolvimento da pessoa. O art. 2 Const. é o ponto de partida para a solução do problema. O art. 9 Const. que tutela a paisagem, o art. 32 que tutela a saúde, o segundo parágrafo do art. 41 que fala de controle da iniciativa econômica privada em função da liberdade, da dignidade e da segurança do homem, e as normas sobre a propriedade (art. 42 ss.) não podem ser compreendidos se não forem lidos à luz deste valor primário. Seria oportuno abandonar a lógica do ressarcimento e da patrimonialização do dano e privilegiar a função de reintegração de quanto foi violado. Em uma época

Ambiente e pessoa

na qual a cultura tenta desligar-se das concepções estatalistas, a normativa sobre o ambiente (art. 18 lei nº 349 de 8 de julho de 1986) nasce já velha. A sua lógica não parece estar em linha com os valores constitucionais. A limitação da titularidade da ação às associações reconhecidas é por vários lados censurável; esquece-se que as associações não-reconhecidas têm desenvolvido e desenvolvem uma atividade para a sociedade sem dúvida merecedora de tutela. Tais críticas encontram uma confirmação na jurisprudência e, em particular, naquela constitucional. Não parece legítima nem mesmo a solução pela qual a ação é exclusiva do Estado e do seu aparato. Se o ambiente é aspecto essencial do desenvolvimento da pessoa, e se cada um, no seu *status personae*, tem direito a um *habitat* que garanta a qualidade da vida, deve-se reconhecer a cada um o direito de agir para que isso se realize. O interesse é juridicamente protegido pelo próprio Texto Constitucional. Além da tutela do patrimônio do Estado, a proteção do ambiente refere-se à tutela da qualidade da vida como direito que se relaciona diretamente ao *status personae*.

Lei sobre dano ambiental: crítica

Direito individual ambiental

A tentativa de reconstruir a problemática do ambiente no âmbito de um dano unitário não parece corresponder às exigências de uma metodologia pós-dogmática que repudia conceitos unitários e rígidos. O art. 18 lei nº 349 de 8 de julho de 1986, de um lado, e o art. 2.043 Cód. Civ., do outro, juntos com outras *fattispecie* previstas no Código e nas leis especiais, representam uma problemática unitária, mas não justificam a reconstrução de um dano visto de um ponto de vista unitário.

Pluralidade de interesses relevantes e de danos

113. *Dano à pessoa.* — A qualificação da situação subjetiva, a sua titularidade, exclusiva ou não, tem notável relevância no problema da responsabilidade civil, em particular no *an* e no *quantum* da indenização e do ressarcimento.

Prescindindo da tormentosa questão acerca da possibilidade de ressarcir o interesse legítimo, é oportuno evidenciar que a saúde pode sofrer não apenas um dano injusto extracontratual, mas também um dano no âmbito das vicissitudes de uma relação com conteúdo determinado. Nesta última hipótese — tome-se, como exemplo, a tutela da saúde do trabalhador no ambiente de trabalho (art. 2.087 Cód. Civ.; art. 9 Estatuto dos Trabalhadores) — o dano sofrido pode constituir violação de

Dano contratual e extracontratual

uma obrigação “específica” com conseqüente responsabilidade contratual e ressarcibilidade em relação ao requerente.

Atipicidade
do ilícito

Particularmente atual apresenta-se a hipótese na qual a saúde da pessoa sofra um dano mesmo na falta de “uma obrigação específica” de comportamento entre a parte que danifica e aquela danificada. As orientações que se foram formando são diversificadas e particularmente significativas de uma evolução orientada à investigação de aceitáveis ajustes, à espera de reformas que possam prever técnicas de tutela mais atuativas dos valores constitucionais.

Avaliação
equitativa

Digna de atenção é a estrada escolhida pela jurisprudência de alguns Tribunais que, reafirmando ora a necessidade de ressarcir o dano físico ou moral como tal, ora a autonomia conceitual do dano à saúde, evidencia a oportunidade de uma liquidação equitativa. Esta tem a vantagem da flexibilidade e da maior adequação às exigências e às circunstâncias da *fatti-specie* concreta, mas, para evitar aplicações distorcidas, tem de ser especificada. Ela não pode consistir em uma operação arbitrária, mas em uma avaliação discricionária que leve em consideração as particularidades existenciais da pessoa, isto é, aquelas exigências conaturais à sua personalidade e atinentes ao seu livre desenvolvimento e às suas intrínsecas manifestações. Desse modo, a avaliação equitativa (art. 1.226 Cód. Civ.) é fortemente personalizada, individualizada, superando-se qualquer critério rígido e mecânico de avaliação em contraste com o art. 3, § 2, Const. que postula tratamentos diferentes em presença de condições desiguais. Assim, especial será o dano ao ouvido de um esportista ainda que não profissional que ama nadar ou para quem se diletta a ouvir música; assim como será especial o dano na perna de quem mora em um dos últimos andares de um edifício sem elevador. A avaliação equitativa prescinde do rendimento individual ou *pro capite* e concentra-se nas conseqüências que o dano produz nas manifestações da pessoa como mundo de costumes de vida, de equilíbrios e de realizações interiores.

Tutela
constitucio-
nal: dano
“injusto”
(2.043
Cód. Civ.)

Quanto à tentativa de qualificar o dano à pessoa como não patrimonial e, portanto, circunscrito somente às hipóteses legais típicas, segundo o texto do art. 2.059 Cód. Civ., deve-se dizer que a discricionariedade do legislador ordinário, ao ado-

tar tratamentos diferenciados e exclusivos, encontra o limite da relevância constitucional das situações subjetivas constitucionalmente garantidas. A jurisprudência constitucional e aquela de legitimidade [*Corte di Cassazione*] admitem sem sombras de dúvida que a saúde tutelada no Texto Constitucional adquire relevância “também nas relações entre particulares”; de maneira que não se pode duvidar da existência de um ilícito na hipótese de sua violação e conseqüentemente da qualificação do dano à saúde como, por definição, “injusto” (em relação ao art. 2.043).

O dano à saúde, como dano à pessoa, tem sempre sua autonomia e encontra fundamento nos princípios constitucionais — particularmente no art. 2 — que reconhecem na pessoa o valor central do ordenamento à luz do qual se deve reter a normativa ordinária, incluindo todas as disciplinas sobre a responsabilidade civil. Nesta perspectiva, deve-se constatar a inadequação deste último instituto e a necessidade, de um lado, de adequar as suas técnicas — por exemplo excluindo cada vez mais a liquidação do dano *una tantum* —, do outro, de utilizar com maior decisão sistemas de segurança social, realizando assim, em um modo mais tangível — com exclusão de qualquer possibilidade de especulação — o princípio da solidariedade constitucional.

Responsabi-
lidade civil
e seguran-
ça social

114. *Inseminação artificial e manipulação genética.* — Para uma eventual disciplina normativa da inseminação artificial, é preferível a técnica legislativa por princípios àquela de tipo regulamentar. Todavia, é duvidoso que também uma lei formulada por princípios seja útil, na medida em que os princípios relativos aos problemas da pessoa já encontram completa expressão no Texto Maior. Não se pode, certamente, afirmar que no ordenamento a regra seja a inseminação artificial, e a união homem e mulher, a exceção. Considerar o recurso à inseminação artificial como excepcional não equivale a exprimir um juízo negativo sobre a mesma. A qualificação de excepcional significa que o emprego de tal técnica é possível somente quando se torna instrumento que não pode ser eliminado, ou que é muito útil ao pleno desenvolvimento da pessoa; nesta hipótese ela realiza principalmente o direito à saúde e insere-se na

“Excepcio-
nalidade”
do remédio

assistência sanitária nacional. Em presença de esterilidade incurável, de riscos de transmissão de doenças hereditárias, de razões de ordem psicológica, o problema da inseminação não se coloca mais em termos discricionários. Não existirá direito à prestação sanitária gratuita somente quando o recurso à inseminação for motivado por escolhas arbitrárias.

Consentimento informado, responsável, revogável

A atividade médico-cirúrgica que assiste o procedimento de inseminação deveria levar em consideração o perfil do consentimento: consentimento informado, responsável, livre. Os atos de natureza pessoal são sempre, por definição, revogáveis. Isso não significa que a revogabilidade não possa, em algumas hipóteses, comportar responsabilidade, mas este aspecto se refere a um plano diverso e não coloca em dúvida o direito de revogação. Não se pode excluir a possibilidade que exista mais de uma mãe e que a figura do pai não se identifique com aquela do genitor. Estas situações induzem a individuar o tipo de relevância que elas têm em relação ao menor. É possível que uma mulher solteira se submeta à inseminação com o sêmen de um homem e este, em um segundo tempo, reconheça o filho. Nesta hipótese, justamente enquanto existe um juízo favorável do ordenamento sobre a recorrência da dupla figura genitorial, no interesse do menor tornar-se-á oportuno atribuir ao genitor a qualificação de pai.

Responsabilidade do marido e do doador

Diversa é a situação do filho que nasce por inseminação artificial heteróloga em um casal, casado ou não (tem-se inseminação heteróloga quando o doador do sêmen é um terceiro; se o sêmen provém do marido — ou do convivente “de fato” — a inseminação é chamada homóloga), quando é possível que se determine um conflito entre a posição do marido e aquela do doador, titular do patrimônio genético. Não se pode excluir que se o pai — genitor legal — morrer, o doador — genitor genético — possa assumir algumas responsabilidades, mesmo de tipo educativo, em relação ao filho.

Proibição de anonimato

Deve-se dissentir das propostas que prevêm o anonimato do doador do sêmen. As perplexidades sobre a eliminação do anonimato não podem representar uma contra-indicação à inseminação artificial. Não tutelar o anonimato, antes, atribuir responsabilidades a quem doa, com o seu sêmen, a vida, personalizar a doação, significa evitar a especulação.

O menor tem o direito de conhecer as próprias origens não somente genéticas, mas culturais e sociais. O patrimônio genético — de acordo com a concepção pela qual a estrutura se adapta à função — não é totalmente insensível no seu futuro às condições de vida nas quais a pessoa opera. Conhecê-lo significa não apenas evitar o incesto, possibilitar a aplicação da proibição de núpcias entre parentes, mas, responsavelmente, estabelecer uma relação entre o titular do patrimônio genético e quem nasce. Pode-se objetar que essa solução comporta a atribuição ao menor de um *status* diverso daquele legítimo (se não fosse consentido o anonimato do doador do sêmen, resultaria que o marido da mulher que deu à luz não é o pai da criança: ela não poderia, portanto, ser considerada filho legítimo); objeção ligada a uma concepção que acredita que o *status* de legítimo seja privilegiado em relação àquele de filho natural: isso não é mais respondente nem ao ditame constitucional nem à legislação ordinária, na qual desapareceu qualquer discriminação. Poder-se-ia pensar em um especial tipo de filiação natural para aqueles sujeitos nascidos mediante o emprego da técnica da inseminação artificial. Dúvidas surgem sobre a possibilidade de o doador reconhecer o nascido somente para fins patrimoniais e sucessórios, mas sempre deverá lhe ser atribuído o direito ao reconhecimento.

Direito ao conhecimento do patrimônio genético

Sobre as técnicas de inseminação artificial e de manipulação genética é preciso exprimir um juízo não apenas de licitude mas também de valor (*meritevolezza*). O problema está na individuação dos valores com base nos quais exprimir esse juízo. Não se pode aceitar a comercialização, a patrimonialização destes fenômenos. Deve-se distinguir a satisfação da necessidade de procriar do interesse patrimonial.

Ilicitude da comercialização

Uma coisa é o discurso sobre o *an* da inseminação, outra, é aquele sobre as suas conseqüências. Estas não podem ser ignoradas pelo jurista. Mesmo se o *an* não fosse conforme ao ordenamento, as conseqüências deveriam ser previstas de todo jeito, de maneira a não prejudicar o nascido.

Já foi lembrado o papel de uma série de normas constitucionais (arts. 2, 29 e 31 Const.) como parâmetros de juízo que não consentem a licitude da clonagem, da hibridação. Uma conhecida sentença da Corte constitucional (nº 27 de 18 de fevereiro de 1975) considerou o embrião como pessoa.

Experimentação genética e terapia

Quanto à manipulação genética, nem sempre é possível, ao revés, excluir a sua licitude. Quando existir uma necessidade terapêutica, relacionada à *ratio* do art. 3, § 2, Const., como limitação física ou psíquica eliminável e que de fato condicione o pleno desenvolvimento da pessoa, e a situação for relevante nos termos dos arts. 2 e 32 Const., a manipulação genética deverá ser feita, e com coragem, se conseguir evitar um dano certo e grave e possibilitar o desenvolvimento normal, se não otimal, da pessoa e sempre que existir a certeza, de um ponto de vista científico, de alcançar um resultado positivo. Causa perplexidade a legitimação de uma intervenção de manipulação genética no embrião toda vez que for possível intervir no homem. É preferível legitimar apenas aquelas intervenções que servem a remover graves impedimentos físicos ou psíquicos. É oportuno evitar qualquer tipificação legislativa. A manipulação não pode chegar à reprodução de seres otimais, nem a novas concepções da raça. Isso significaria dar um passo para trás na história.

Situações fundadas no *status personae*

115. *Situações individuais e familiares.* — Algumas situações existenciais têm em comum uma estrita conexão entre titularidade, seu exercício e razões familiares, ao ponto que o *status familiae* — passado, atual ou potencial do sujeito — constitui o pressuposto legitimador. A referência é àquelas situações que têm em comum a função de tutela de razões que, na maioria das vezes, transcendem o interesse existencial do indivíduo, envolvendo aquele do grupo na sua história, também futura. Cada componente é legitimado também processualmente ao exercício destes direitos, realizando um interesse que é próprio e também comum aos outros sujeitos pertencentes ao mesmo grupo. Este interesse não exclusivo ora resta individual, ora assume o papel de interesse coletivo, no sentido de realizar diretamente a tutela de todos os componentes da família. Em uma e em outra hipótese, a titularidade do direito compete aos membros da família e não à família como tal. Esta não é uma pessoa jurídica, nem pode ser concebida como um sujeito com direitos autônomos: ela é formação social, lugar-comunidade tendente à formação e ao desenvolvimento da personalidade de seus participantes; de maneira que exprime uma

Interesse individual e coletivo

função instrumental para a melhor realização dos interesses afetivos e existenciais de seus componentes. As “razões da família” não têm autonomia em relação às razões individuais. Não se poderia nem mesmo pensar que a titularidade dos direitos em vez de *pro capite* possa competir aos ramos nos quais a família é subdividida.

A atribuição do direito não é a título de quota; cada um tem a sua plena disponibilidade, com implícita impossibilidade de que ela seja de fato negada aos outros titulares. Frequentemente, não existe conflito de interesses, mas se existisse, a solução seria ditada por critérios diversos daqueles da comunhão patrimonial: seria necessário recorrer ou ao princípio da prioridade ou ao critério da avaliação objetiva. O interesse dessa perspectiva de estudo afunda as suas raízes na particularidade da “formação social” família, na sua função constitucionalmente relevante e na peculiar solidariedade que caracteriza as suas vicissitudes internas, inspiradas na igual dignidade moral e jurídica dos seus componentes e à unidade familiar, entendida como comunhão — ainda que não mais atual — de sentimentos e de afetos, isto é, de vida e de história.

Titularidade plena, não por cotas

116. *Nome e sobrenome entre exigências do Registro Civil e tutela da personalidade.* — Em relação ao nome, a doutrina, apesar de ter advertido para a oportunidade “de uma reconstrução global da relação que liga o sujeito aos grupos sociais nos quais se insere e da função que efetivamente o nome exerce nesta perspectiva”, não evidenciou a particularidade da relação entre pessoa e família, que, certamente, não pode ser equiparada àquela existente, mais genericamente, entre a pessoa e qualquer tipo de grupo social intermédio do qual faz parte. Não adquirem importância apenas razões de sangue, de parentesco, de estreita, às vezes suposta, comunhão de vida; parte do nome da pessoa, o sobrenome, é também potencial meio de identificação de qualquer componente da família. O sujeito, por outro lado, é legitimado ao uso do nome e do sobrenome familiar (que é parte do primeiro); ele, como componente do grupo, tem um interesse tutelado (arts. 6 e 7 Cód. Civ.) de requerer que cesse qualquer fato lesivo ao “nome” familiar.

Sobrenome e grupo

Razões familiares merecedoras de tutela

Cada um tem tutela, seja para a defesa do nome (nome + sobrenome), como expressão da própria personalidade, seja para a defesa (somente) do sobrenome, como componente de um grupo: na primeira hipótese o direito é individual, pessoal e exclusivo; na segunda, o direito não é individual, não é instrumento exclusivo de tutela das razões do indivíduo e da sua personalidade: ele se funda na exigência de tutela da própria pessoa, mas como integrante do grupo familiar, e é de competência de todos os componentes. De fato, a tutela do nome pode ser estendida também a quem, mesmo não usando o nome contestado ou indevidamente usado, tem um interesse fundado em "razões familiares dignas de serem protegidas" (art. 8 Cód. Civ.).

Titularidade

Nesse sentido, teria limitada importância discutir sobre a titularidade: o chamado direito ao nome é da pessoa vista como sujeito; o chamado direito ao sobrenome é do indivíduo como componente do grupo familiar, de maneira que não pode ser exclusivo, mas coletivo, enquanto estritamente relacionado e fundado em um determinado *status familiae*. Para as pessoas físicas o nome, e mais limitadamente, o sobrenome, mais que direitos isoladamente vistos, são manifestações de uma situação global, estritamente relacionada ao perfil unitário da personalidade. A relevância não se exaure no perfil publicista e naquele administrativo (art. 71 lei nº 1.238 de 9 de julho de 1939) consistente na exata identificação do sujeito ou do grupo social ao qual pertence. A pessoa titular do nome, como qualquer componente do grupo familiar individuado pelo sobrenome (nos limites estabelecidos pela lei), é titular de um interesse pessoal e substancial, que não se exaure na defesa judiciária em relação às manifestações de usurpação (do nome), mas se traduz, em estrito relacionamento com a complexa subjetividade, na expressão da sua personalidade. Mesmo sendo a tutela do nome de igual relevância para todos, assume a cada vez conteúdo e extensão diversos, adquirindo só raramente uma estrita autonomia. Para a perspectiva que aqui interessa, deve-se evidenciar que todo nome é sempre expressão de um grupo familiar que tem a sua história e a sua reputação. De forma que não é possível individuar a esfera de aplicação da relevância do nome e do grupo familiar sem levar em conta todas as

Símbolos da personalidade

circunstâncias que caracterizam o seu uso e atribuem uma idoneidade distintiva.

117. *Direito moral do autor*. — Também para o direito de autor, visto não como poder de utilização econômica da obra, mas como situação pessoal tendente à tutela da paternidade e da integridade da obra (chamado direito moral de autor), repropõe-se uma análoga problemática. A lei, depois da morte do autor, confia aos familiares próximos (art. 23, § 1, lei dir. aut.), *ratione familiae*, a tutela destes aspectos não diretamente patrimoniais, porém mais atinentes à personalidade do autor, e, portanto, à sua dignidade, à sua honra e à sua reputação (art. 20, § 1, lei dir. aut.). No fundo, existe uma exigência objetiva de verdade, de maneira que a ação pode ser proposta "sem limites de tempo" (art. 23, § 1, lei dir. aut.). Nesta hipótese, o grupo familiar adquire relevância subordinadamente em três diversas composições: em primeiro lugar, a resídua família dita nuclear (cônjuge supérstite e filhos); depois — à falta de pelo menos um componente da primeira — a família mais ampla, que inclui os ascendentes e os seus diretos descendentes; por fim, à falta de componentes das duas primeiras — a família composta pelos colaterais, irmãos e irmãs, e os seus descendentes.

Dignidade, honra, reputação do defunto

É necessário individuar o fundamento e a natureza da situação jurídica do parente ao qual a lei atribui o direito de "reivindicar" a paternidade da obra e de se opor a qualquer deformação, mutilação ou modificação. O direito dito moral de autor é pessoal e intransmissível mesmo *mortis causa*; os familiares em questão — indicados expressamente pela lei — assumem relevo *iure proprio*, e não como sucessores. A eles compete o direito independentemente da sua qualidade de herdeiro. Tais parentes não podem transmitir este direito, que lhes deriva *ex lege*, aos herdeiros. Trata-se de um interesse não patrimonial pelo qual somente impropriamente se pode falar de transferência (transferibilidade). A avaliação do prejuízo entre o *de cuius* e cada parente legitimado pode ser, em concreto, diversa, podendo cada um deles exprimir exigências e motivações não coincidentes. Todos, porém, exercem um papel de interpretação das razões do grupo familiar, na maior parte das hipóteses

Titularidade de *iure proprio*, não *mortis causa*

fundado no *ius sanguinis* e, principalmente para a família nuclear, no *ius nominis*, ou seja, na unidade da família. Agir, então, torna-se além de um direito, um dever que afunda as raízes na solidariedade familiar. Isto não significa que o parente não aja como titular de um próprio interesse. Trata-se de um interesse pessoal e familiar voltado a tutelar a personalidade do autor e a verdade da manifestação do seu pensamento e, indiretamente, também a honra e a reputação do grupo familiar ao qual pertence. É um direito individual e não exclusivo para os que fazem parte das categorias dos parentes; é exclusivo, ao contrário, em favor do autor durante a sua vida.

Direito individual de agir

Não obstante a expressão “cônjuge e filhos” contida na lei, onde o “e” poderia dar a impressão de atribuir conjuntamente a ambos o direito de agir, pelo fundamento da norma, pela particularidade da situação de cada componente da família e pela diversa avaliação dos interesses em jogo — bem podendo somente um deles ser herdeiro dos direitos patrimoniais de utilização da obra de engenho — a opinião mais fundada é aquela que atribui singularmente a cada componente do núcleo familiar o direito de agir. Não se trata de um interesse coletivo; a sua natureza existencial exclui que sobre ele possa ter razão a maioria, ao ponto de impedir a um qualquer dos componentes do grupo o efetivo exercício do direito. E isso, com mais razão, se pondera-se que a maioria poderia estar condicionada por interesses de natureza patrimonial e hereditária: o interesse pessoal acabaria por ficar sem tutela em favor de interesses patrimoniais (por exemplo, nas hipóteses pouco ortodoxas nas quais os parentes são obrigados a não manifestarem a própria vontade); o que certamente seria em contraste com os princípios do ordenamento. Quando os titulares do direito são menores, eles, se são conscientes e maduros suficientemente, poderão manifestar a vontade de exercer esse direito e não poderão ser contrastados pelo seu representante legal. Além de tudo são situações existenciais, de natureza personalíssima e indisponível, cujo exercício é idôneo como ato de iniciativa ou de impulso, útil a si, ao grupo familiar e à coletividade.

Intimidade da vida familiar

118. *Privacidade* (riservatezza) nas relações familiares. — A intimidade da vida privada vista como bem assume uma característica

precípua em relação ao lugar-comunidade dos afetos. Na mais ampla problemática da privacidade, assume um papel independente a tutela da intimidade da vida privada do grupo familiar, especialmente do núcleo convivente. A situação do indivíduo é complexa, comporta tanto direitos como deveres em relação aos componentes do núcleo familiar, uns e outros fundados na unidade e na solidariedade familiar e nas obrigações juridicamente relevantes nas especiais relações (conjugal, de filiação) reforçadas pela convivência. A tutela da intimidade é ligada à pessoa não como tal, mas como componente do núcleo familiar. Cada um tem o direito, em relação aos parentes próximos, a que fatos e comportamentos de natureza existencial, relativos a ele e à sua família em sentido lato, não sejam divulgados ao externo. A intimidade da vida familiar é uma condição para o livre desenvolvimento da pessoa (arts. 2, 3, § 2, 13, 14 e 15 Const.).

A privacidade do grupo familiar em relação à ingerência de terceiros, sujeitos particulares e, ainda mais, públicos, apresenta-se como uma manifestação de respeito da mais qualificada e constitucionalmente privilegiada formação social, além da dignidade das pessoas que dela fazem parte (art. 29 ss. Const.). Não é possível, nesta sede, examinar com detalhes a extensão e as modalidades desta tutela. Basta relevar que o interesse à privacidade pessoal e familiar em relação a terceiros pode traduzir-se na atribuição ao indivíduo de um direito de requerer que cesse a ilícita interferência, atual ou potencial.

Tutela inibitória

119. *Tutela da imagem, solidariedade familiar e direitos do indivíduo*. — Em tema de tutela da imagem (art. 10 Cód. Civ.; art. 97, § 1, lei nº 663 de 22 de abril de 1941) ou do retrato (art. 96, lei nº 663 de 1941), a noção de família é bem limitada. A autoridade judiciária poderá ordenar a cessação do abuso, o valor do ressarcimento e qualquer outra possível disposição, a “pedido do interessado” (art. 10 Cód. Civ.).

Além da pessoa efígiada, a lei considera “interessados a agir” os pais, o cônjuge e os filhos, cada um singularmente. O interesse destes não é tanto de natureza pessoal quanto de natureza familiar, e encontra a sua justificação na solidariedade familiar e na possível consequência negativa que o uso ilegítimo da

“Interessados” em agir

Indisponibi-
lidade do
decoro de
terceiros

imagem do parente pode provocar a si e ao núcleo ao qual pertence. Dá-se a ilegitimidade do uso quando comporta prejuízo à honra, ao decoro e à reputação, ou da pessoa representada e/ou dos “referidos parentes” (art. 10 Cód. Civ.; art. 97, § 2, lei dir. aut.). A legitimação a dispor do uso da imagem será, de regra, somente do efigiado, quando o uso não comporta ao mesmo tempo um grave prejuízo à honra, ao decoro e à reputação do inteiro grupo. Do contrário, o consentimento ao uso da imagem por parte do efigiado pode excluir a ilegitimidade em relação a si mesmo — *rectius* trata-se de consentimento do titular do direito — mas não em relação aos outros lesados. A essa conclusão chega-se através de uma interpretação coordenada do art. 96, § 1, lei dir. aut., que prevê que o retrato da pessoa não pode ser utilizado “sem o seu consentimento”, e do art. 10 Cód. Civ., pelo qual o uso da imagem pode causar prejuízo, distintamente, à honra, ao decoro, à reputação “da pessoa ou dos referidos parentes”. Nesta última hipótese, o consentimento do efigiado não será decisivo; ao contrário, será necessário o consentimento dos parentes concretamente lesados. É isso releva também para individuar os titulares do direito não somente de exigir, mas também de reter o valor devido a título de ressarcimento dos danos: serão aqueles que efetivamente sofreram um dano.

“Direito
próprio”

Não convence a posição de quem é orientado a afirmar que os parentes “não têm um direito próprio, mas agem, quando agem, por um direito de outrem”. Se é verdade que a disposição do uso da imagem por parte do efigiado faz desaparecer qualquer interesse à sua tutela, é sempre necessário avaliar, em concreto, se do uso da imagem não possa derivar uma lesão ao decoro e à reputação dos outros componentes do núcleo familiar.

Disposição
familiar da
imagem do
defunto

Na fase sucessiva à morte do efigiado a lei exprime uma precisa hierarquia dos parentes legitimados a manifestar o consentimento: primeiramente o cônjuge e os filhos, à falta deles, os pais, subordinadamente, os irmãos e as irmãs e, por fim, os ascendentes e os descendentes até o quarto grau (art. 93, § 2, lei dir. aut.). Trata-se de uma hierarquia que a lei especial dita para a utilização das correspondências epistolares (art. 93, § 2, lei dir. aut.) e que, mais ou menos, se repete também em outras

faltispecie em tema de paternidade e de integridade da obra (art. 23, § 1, lei dir. aut.). Na hipótese de dissentimento, decide a autoridade judiciária (art. 93, § 3, lei dir. aut.) não respeitando automaticamente a vontade da maioria — na matéria não vige nenhum princípio maioritário —, mas adotando a solução que equilibre os diversos interesses e que, de qualquer jeito, seja mais conveniente à tutela da personalidade do defunto, respeitando as circunstâncias concretas. Também o escopo da divulgação da imagem deverá ser levado em conta, já que uma coisa é a exigência de informação, outra, o escopo publicitário e comercial (*ex art. 97 lei dir. aut.*).

Inaplicabili-
dade do
princípio
maioritário

120. *Tutela da correspondência pessoal e confidencial.* — Análogas considerações podem ser feitas sobre o sigilo da correspondência pessoal e confidencial (art. 93, § 1, lei dir. aut.) realizada sob qualquer forma e que tem expressa garantia constitucional (art. 15 Const.). Do fato de se pertencer a uma família pode-se, explícita ou implicitamente, deduzir — consideradas também as circunstâncias especiais — a autorização do interessado, de forma que o parente pode ter acesso à correspondência do membro do grupo familiar; acesso às vezes necessário no interesse da própria pessoa e devido a razões familiares. O que se justifica não apenas pela própria natureza disponível por parte do autor do interesse, mas também pela especial comunhão de vida e pela recíproca confiança. Isso é dificilmente imaginável em circunstâncias especiais: por exemplo, em regime de separação dita de fato e de divórcio, ao cônjuge nunca será reconhecido o direito de abrir uma carta destinada ao outro, sem uma expressa autorização. Não existe nenhum direito ao conhecimento da correspondência do cônjuge, nem mesmo para fins de controle do dever de fidelidade — controle que além de tudo seria lesivo à dignidade pessoal —; nem do exercício do pátrio poder dos pais pode-se deduzir *sic et simpliciter* o direito de interceptar os conteúdos das comunicações dos filhos menores, abrindo as cartas a eles destinadas, ainda que a relação familiar — e, em especial, o múnus do pátrio poder dos pais — atenua a inviolabilidade dos direitos fundamentais dos menores. Um tal comportamento justifica-se apenas no interesse objetivo da instrução e da educação do menor, no

Comunida-
de familiar
e segredo
epistolar

Inviolabili-
dade das
comunica-
ções, fide-
lidade, edu-
cação

... de normas e de meios
 não sejam traumáticos e, portanto, *de per si* deseducativos.

Depois da morte do autor ou do destinatário, à falta de válidas disposições por parte deles, o interesse dos parentes é similar àquele já examinado em outras *fattispecie*.

121. *Liberdade de imprensa como função e exercício de um direito individual.* — A informação, em uma sociedade democrática, representa o fundamento da participação do cidadão na vida do País e, portanto, do próprio correto funcionamento das instituições. A qualidade e a eficácia do comunicar, todavia, dependem sempre da formação de quem informa e dos destinatários da mensagem; e a formação destes é o resultado da liberdade da manifestação do pensamento (art. 21 Const.), daquela da arte, da ciência e de seus ensinamentos (art. 33, § 1), além da autonomia das instituições de alta cultura (art. 33, § 6).

Informação e formação do cidadão

O ordenamento da profissão de jornalista (lei nº 69 de 3 de fevereiro de 1963), no art. 2 — com a significativa rubrica “Direitos e deveres” —, precisa que “É direito insuprimível dos jornalistas a liberdade de informação e de crítica, *limitada pela observância das normas de lei ditadas para tutelar a personalidade de terceiros*, e é obrigação inderrogável deles o respeito à verdade substancial dos fatos, observados sempre os deveres impostos pela lealdade e pela boa-fé”. É importante notar que as normas de lei ditadas para a tutela da pessoa não podem esgotar-se certamente naquelas penais, mas se identificam, sobretudo, com os princípios fundamentais e, em particular, com as normas contidas nos arts. 2 e 3 Const. Nesta perspectiva, deve ser apreciada a orientação que, mesmo em presença da verdade dos fatos, configura como ilícita a sua crônica e a sua valoração quando elas forem realizadas com inútil lesão à dignidade da pessoa. Mesmo o condenado à prisão perpétua tem direito ao respeito como homem. Se é verdade que a liberdade *ex art. 21 Cons.* é garantida não somente em relação ao interesse de quem utiliza o meio de difusão, mas também em relação àquele do destinatário da comunicação, é também verdade que tal atividade de informação deve ser exercida respeitando o valor da pessoa. A informação realizada desse modo não é funcio-

nalizada por fora, por objetivos determinados pelo legislador para atender interesses gerais, mas é condicionada por dentro, pela própria razão profunda do seu reconhecimento: contribuir à promoção, à formação e informação, isto é, ao desenvolvimento da personalidade dos consociados, sem excluir aqueles que são objeto de crônica ou de crítica. Os valores deontológicos da lealdade e da boa-fé e o respeito à verdade substancial dos fatos não representam ordem interna aos jornalistas, mas se traduzem em deveres de comportamento. Contra a inadimplência deles é possível reagir com as técnicas e os instrumentos civilísticos, daqueles cautelares e propriamente inibitórios àqueles reparadores em sentido amplo.

A peculiaridade do exercício da liberdade de imprensa é provada pela própria presença de institutos de tutela ou de autotutela como a retificação e o acesso individual e coletivo às fontes de informação.

122. *Direito à retificação.* — Os institutos da retificação de imprensa e da retificação rádio-televisiva são disciplinados respectivamente pelo art. 8 da lei nº 47 de 8 de fevereiro de 1948 (na nova versão disposta pelo art. 42 da lei nº 416 de 5 de agosto de 1981) e pelo art. 10, § 2, lei nº 223 de 6 de agosto de 1990, que substituiu o art. 7 da lei nº 103 de 14 de abril de 1975. Um obriga o responsável a fazer inserir no jornal ou no periódico ou na agência de imprensa “as declarações ou as retificações dos sujeitos dos quais foram publicadas imagens ou aos quais foram atribuídos atos ou pensamentos ou afirmações *que eles consideraram lesivos à própria dignidade ou contrários à verdade*, desde que as declarações ou as retificações não tenham conteúdo suscetível de incriminação penal”; o outro, relativo ao rádio e à televisão, dispõe que “Qualquer pessoa *que se considere lesada nos seus interesses materiais ou morais por transmissões contrárias à verdade*, tem o direito de pedir [...] que seja transmitida uma retificação *ad hoc*, desde que esta última não tenha conteúdo que possa comportar responsabilidade penal”.

É evidente a disparidade de pressupostos e de tratamento entre as duas *fattispecie* nas quais, para fins de retificação, se requer ora somente a lesão à dignidade mesmo em presença

Atividade informativa e função promocional da pessoa

Imprensa e rádio-televisão

Dignidade ou verdade

da verdade das declarações, ora que as transmissões sejam contrárias à verdade e, portanto, lesivas a interesses materiais e morais. Esta disparidade não encontra um fundamento razoável.

Disparidade injustificada

A disparidade juridicamente injustificada se estende também ao tratamento e às modalidades de atuação. Enquanto que declarações e retificações — preste-se bem atenção, não somente retificações — devem ser publicadas, pelos jornais, não além de dois dias daquele no qual foi feito o pedido, “no alto da página e colocada na mesma página do jornal na qual foi publicada a notícia”; para os periódicos, não além do segundo número sucessivo à semana na qual chegou o pedido, “na mesma página na qual foi publicada a notícia à qual se refere”; para os programas de rádio e televisão é previsto genericamente que as retificações sejam efetuadas “dentro de quarenta e oito horas da recepção do respectivo pedido, na mesma faixa horária e com o realce correspondente àquele da transmissão que deu origem à lesão aos interesses”. Somente para a imprensa, por fim, se especifica que as retificações e as declarações, mesmo tendo que fazer referência ao escrito que as determinou, “devem ser publicadas inteiramente, desde que contidas dentro dos limites de trinta linhas, com as mesmas características tipográficas, pela parte à qual se referem diretamente as afirmações contestadas”.

Enquanto que o art. 8 da lei de imprensa — com a significativa rubrica “Respostas e retificações” — atribui ao interessado um verdadeiro direito de resposta porque não limitado somente à mera retificação (eliminação de um erro, integração da notícia, etc.), mas estendido a qualquer declaração relativa ao conteúdo do escrito em questão, o art. 10, § 2 da lei de disciplina do sistema de rádio e televisão público e privado parece literalmente referir-se à retificação em sentido estrito. Disparidades, também essas não justificadas, principalmente à luz da qualificação, por parte da Corte Constitucional, do direito de retificação como direito humano fundamental *ex* art. 2 Const. Ao contrário, partindo da importante qualificação, é preciso reler as precedentes disposições ampliando ao máximo o conteúdo desse direito sem aviltá-lo com interpretações literais e restritivas. Assim, excluir o direito de publicar imagens

Interpretação sistemática e adequada

em sede de resposta, mesmo quando estas eram presentes no escrito em questão, calcular nas trinta linhas, dentro das quais conter a resposta, também os títulos e as premissas da obrigação — quando, na realidade, a resposta, e particularmente a sua extensão, deveria ser proporcionada à entidade das declarações e das retificações, seja pela quantidade, seja pela sua complexidade —, não contribui para realizar efetivamente um direito humano fundamental e para atuar, sem hipocrisias, o equivalente informativo, de maneira a informar corretamente a opinião pública, consentindo, assim, uma consciente participação de todos na vida do país. A releitura da disciplina ordinária, a sua interpretação combinada com os princípios constitucionais, induzem a não considerar a retificação um instrumento excepcional a ser atuado restritivamente, nem necessariamente que deva ser relacionado à natureza pública do sujeito editorial. O art. 10, § 2 esclarece que a obrigação de retificação é do concessionário do serviço, seja privado ou público. A retificação não encontra o seu correspondente na subvenção pública, direta ou indireta, mas se apresenta como um indispensável instrumento de tutela da pessoa.

Retificação também contra os “poderes privados”

Mais de um aspecto particular da disciplina ordinária em tema de retificação é suspeito de inconstitucionalidade, seja por violação injustificada da igualdade de tratamento, seja pela insuficiência das modalidades atuativas do direito de resposta que, mesmo quando é formalmente reconhecido, corre o risco de se realizar com formas inadequadas.

Duvidosa constitucionalidade

Uma tendência à unidade pode também ser individuada na nova indicação acerca do âmbito de aplicação da tutela que, quando faz referência à avaliação pessoal do requerente, tende a se caracterizar por uma mais marcada valência subjetiva da pretensão. É suficiente que o requerente “considere” imagens, atos, pensamentos, afirmações a ele atribuídas como lesivos à sua dignidade; amplia-se desse modo a legitimação, também processual, além do difícil e discricional limite da lesão objetiva e introduz-se, portanto, os pressupostos para uma colocação relativista. Neste contexto, não se pode, portanto, continuar a afirmar que entre a retificação de imprensa e aquela rádio-televisiva exista uma diferença qualitativa.

Acesso individual e coletivo

123. *Direito ao acesso aos meios públicos e privados de informação.* — Ao lado do acesso individual aos meios de informação, qualificável como direito de resposta, põe-se o problema dos espaços abertos ou reservados à iniciativa individual ou de grupos. O art. 6 da lei nº 103 de 14 de abril de 1975 reserva um percentual do total das horas de programação televisiva e radiofônica nacional ou regional, não inferior, respectivamente, a 5 e a 3 por cento, “aos partidos e aos grupos representados no Parlamento, às organizações associativas das autonomias locais, aos sindicatos nacionais, às confissões religiosas, aos movimentos políticos, às entidades e às associações políticas e culturais, às associações nacionais do movimento cooperativo juridicamente reconhecidas, aos grupos étnicos e lingüísticos e a outros grupos de relevante interesse social que apresentem requerimento”.

Restrição injustificada à Tv pública

Acesso e imprensa

Sem entrar na problemática relativa à legitimação ao acesso, resolvida pela lei sob forma somente coletiva, cumpre evidenciar que também o acesso — como instituto que, nas intenções, contribui para a pluralidade e para a variedade da informação e, como expressão da livre manifestação do pensamento, seja de iniciativa, seja de resposta — deve encontrar atuação respeitando os “princípios do ordenamento constitucional”, e — como precisa o art. 6 — em particular daqueles “relativos à tutela da dignidade da pessoa além da honestidade, da lealdade do diálogo democrático”. O acesso, portanto — ainda que em face da falência da praxe atuativa —, representa sempre uma contribuição “externa” à função informativa e se apresenta como uma técnica voltada a completar a atividade da empresa editorial. Nesta ótica é duvidoso que a função informativa possa apresentar-se como um limite somente à atividade exercida pelo monopolista público. Se o seu objetivo é ampliar, através do pluralismo, algumas vozes noticiais, o seu caráter exaustivo, a sua previsão — respondente ao valor do pluralismo que caracteriza o quadro constitucional —, não se pode considerar excepcional e, portanto, não pode ser limitada, na sua esfera de aplicação, apenas ao monopólio público rádio-televisivo (v. art. 1, § 2, lei nº 223 de 1990). O acesso deve ser estendido, ainda que individuando as modalidades adequadas às diversas técnicas expressivas, por um lado, aos serviços rádio-televisivos

privados e, por outro, aos jornais e aos periódicos da imprensa, neles reservando espaços correspondentes à realização de um funcionamento mais correto dos *mass media*. Somente desse modo o instituto poderá renascer e representar um instrumento tendente a remover as limitações de fato à liberdade de expressão do pensamento e a realizar a efetiva participação das formações sociais, onde se desenvolvem as vicissitudes do indivíduo, na vida cultural, social e política.

Também em relação à disciplina do acesso pode-se propor uma releitura em chave constitucional; e em relação a mais de um ponto dessa disciplina é possível suscitar dúvidas de legitimidade, às vezes superáveis mediante interpretações e aplicações conformes aos valores fundamentais, de maneira a redimensionar, no setor da imprensa, as concentrações e os seus efeitos negativos.

O problema toca os graves e importantes temas da publicidade subreptícia, da imprensa como aliada dos escritórios de relações públicas, dos serviços aparentemente gratuitos e objetivos, mas na realidade a pagamento, que se referem a produtos e consumos, até envolver a própria promoção, organização e divulgação da cultura e de suas diversas manifestações, com grave perigo para o pluralismo (sobre esse ponto é significativo o art. 4, § 12, lei nº 223 de 1990). Seria necessário prever acessos gratuitos aos sujeitos que operam em tais setores, contribuindo para quebrar o monopólio de fato que caracteriza também as páginas culturais (as chamadas *terze pagine*) e muitos dos serviços falsamente inspirados por escolhas objetivas, frequentemente, ao contrário — apesar dos financiamentos e subvenções públicas à imprensa ou das taxas pagas pelo usuário —, reduzidos a instrumentos de divulgação dos produtos pertencentes aos grupos editoriais dominantes no mercado ou daqueles que controlam, de um ponto de vista societário ou de modo clientelar, o cabeçalho (*la testata*) em questão. Um acesso liberalizado e recíproco, ainda que regulamentado com modalidades que evitem a sua “guetização”, poderia contribuir para reequilibrar equanimemente uma situação hoje insustentável e poderia, de fato, realizar uma equivalência informativa também em favor de sujeitos que, excluídos dos canais de comunicação de massa, poderiam conduzir os conteúdos dos

Releitura constitucional

“Persuasão oculta”

Pluralismo efetivo

serviços a um nível qualitativamente mais adequado, no interesse dos destinatários, no real respeito mesmo de quem profissionalmente se dedica a organizar a cultura e a sua difusão.

Situação
subjéctiva
do destina-
tário da co-
municação

124. *Direito à correcta informação.* — As escassas considerações que precedem induzem a evidenciar a “progressiva emersão” — ao nível legislativo e também interpretativo e aplicativo — da situação do destinatário da comunicação e, ainda mais, da pessoa objeto direto ou indireto da mesma informação. Neste contexto pode-se também qualificar a notícia como bem que concorre a formar a personalidade; a sua correcta atuação constitui uma das passagens cruciais da reconstrução do sistema.

Arts. 21 e
2 Const.

A atividade informativa nunca é culturalmente neutra nem é atividade em função de si mesma, mas é sempre constitucionalmente garantida para que contribua, do mesmo modo que qualquer outra atividade, para o desenvolvimento do homem e para sua efetiva participação na vida comunitária. O direito de manifestar o próprio pensamento e a liberdade de imprensa não são posições autónomas que têm justificação exclusiva no art. 21 Const., mas se apresentam estritamente relacionadas aos direitos invioláveis e aos deveres inderrogáveis (art. 2 Const.).

Limites in-
ternos do
poder

Para a exoneração da responsabilidade do jornalista não é necessário, nem de outra parte é sempre suficiente, a verdade dos fatos: é preciso a honestidade da sua investigação e de seu controle, a exaustão das circunstâncias; em outros termos, são necessárias lealdade e diligência profissional. Todo poder, constitucional ou não — e aquele da informação não é o menos relevante —, deve ter limites internos. A violação de tais limites concretiza um dano extracontratual à pessoa, injusto e, como tal, ressarcível (cfr. *retro*, § 113).

Necessida-
de de con-
frontação

É preciso prever técnicas, regulamentos e controle para que a informação *de per se* útil, seja respeitosa da dignidade da pessoa e realmente pluralista. E seria de auspício que isso se realizasse também no âmbito de cada cabeçalho para que, sem perder a sua fisionomia, garantam no seu interno a “confrontação” com os outros e, em particular, com aqueles dos quais tenham diretamente ou indiretamente falado.

Somente desse modo o poder de informação, não funcionalizado a razões de Estado ou de grupos de pressão, pode en-

contrar a sua profunda justificação histórica, favorecendo a exigência primária da promoção humana. Quando ciência e informação tiverem sabido encontrar o modo de prevalecer sobre o contingente e sobre o mais forte, somente então o humanismo terá iniciado a viver um novo momento.

125. *Direito à educação e a sua função promocional: relação entre República, instituição e pessoa.* — Informação e formação estão estritamente relacionadas. A liberdade de educação não se joga ao nível apenas escolástico, mas na lealdade da transmissão tanto dos fatos quotidianos, quanto dos problemas culturais, uns e outros igualmente carregados de valores pedagógicos, positivos ou negativos, segundo as modalidades e os tempos da sua comunicação. O problema da liberdade de educação deve ser proposto, portanto, e com particular atenção, em relação aos canais e às técnicas da informação, que cada vez mais invadem, literalmente, pessoas e famílias, acabando por achatá-las, na maioria das vezes sensibilizando-as a valores efêmeros que condicionam o desenvolvimento da pessoa e a sua formação.

Educação
e formação

Em termos constitucionais, o tema da educação não implica, nem em via preferencial e nem mesmo exclusiva, os arts. 33 e 34 Const., sobre os quais de regra se concentra a atenção, mas envolve sobretudo aquelas normas que caracterizam o sistema. Especialmente os arts. 2 e 3 sobre direitos e deveres do homem e sobre o princípio de solidariedade e de igualdade, que assumem um papel central e incidem seja sobre a interpretação do princípio de que cada um tem “o dever de exercer, segundo as próprias possibilidades e as próprias escolhas, uma atividade ou uma função que concorra ao progresso material ou espiritual da sociedade” (art. 4, § 2), seja, e principalmente, sobre a interpretação da solene enunciação pela qual a “República promove o desenvolvimento da cultura e da pesquisa científica e técnica” (art. 9, § 1), explicitamente proclamando que “A arte e a ciência são livres e livre é o seu ensino” (art. 33, § 1), de maneira que sela de modo peculiar seja a liberdade de expressão (art. 21) seja aquela de associação (arts. 18 e 19).

Sistema
constitucio-
nal

Até aqui o quadro de referência normativo volta-se às relações gerais entre a República e a instituição escolar, entre a República e o cidadão. A angulação seria parcial e punitiva

Família e
educação

para o papel da família como “sociedade natural” (art. 29, § 1). Em particular deve-se evidenciar a importância de alguns princípios constitucionais pelos quais: “É dever e direito dos genitores manter, instruir e educar os filhos, mesmo nascidos fora do matrimônio” (art. 30, § 1); “Nos casos de *incapacidade* dos genitores, a lei providencia para que sejam cumpridas as suas tarefas” (art. 30, § 2); “A República facilita com medidas econômicas e outras disposições a formação da família e o cumprimento das tarefas relativas” (art. 31, § 1). Estas normas relacionam o ofício educativo à procriação, carregando-o de responsabilidades morais e jurídicas. Se aos genitores é reconhecido o prioritário direito e dever de instruir e educar os filhos — e isso não significa somente a obrigação de manutenção nos estudos —, o cumprimento dessa complexa função educativa não se pode concretizar em uma mera delegação à Escola sem que sejam envolvidos em modo responsável. A educação não se esgota nas horas de trabalho escolar, mas se apresenta de forma mais ampla e arejada, incluindo de um lado os comportamentos — como exemplos e testemunhas —, do outro toda uma atividade cultural, espiritual e recreativa que não é possível considerar delegada à Escola. No mais das vezes a obrigação de manutenção como “suporte patrimonial dos deveres de instrução e de educação” — mesmo em relação às circunstâncias concretas pessoais e familiares e à adequada, indispensável inserção no mundo produtivo e do trabalho — não se extingue com a maioria dos filhos, mas continua até que sejam completados os estudos que representam a atuação de seu “projeto educativo”.

Poder jurídico dos genitores e Escola

Liberdade e responsabilidade do ensino

126. *Liberdade de ensino e liberdade de manifestação do pensamento.* — É necessário colocar em evidência a periculosidade da concepção que reconhece a liberdade de ensino indistintamente como liberdade de expressão sem sublinhar as peculiaridades de funções e de responsabilidade. Não é correto limitar-se ao estrito relacionamento entre as liberdades de ensino e de manifestação do pensamento: quando esta tiver função educativa deve ser submetida ao controle de congruidade com o pensamento e a filosofia de quem primariamente é parte substancial do ensino, isto é, em primeiro lugar dos genitores e depois, na

fase da adquirida consciência, do próprio discente. A finalidade educativa da manifestação do pensamento implica uma maior responsabilidade dos sujeitos, mesmo considerando que tal finalidade representa não a expressão de um mero direito, mas antes a realização de um ofício constitucionalmente relevante. O mesmo discente é titular de um direito-dever que se realiza com a atuação de um adequado nível de instrução idôneo para contribuir para o progresso material e espiritual da sociedade. A liberdade *na* educação, que além aos conteúdos e aos métodos não pode ser confundida com a liberdade *de* educação nem para os sujeitos encarregados de exercer a função, nem para os protagonistas-destinatários da relação pedagógica.

A individuação de um correto sistema educativo deve ser conforme, superando conteúdo e métodos dogmáticos, ao pluralismo cultural e organizativo.

Pluralismo cultural e organizativo

Se a liberdade de escolha na educação postula um pluralismo organizativo, de conteúdo e metodológico, apresentam-se necessariamente algumas soluções aos mais graves problemas.

Primeiro: a Escola em todas as suas ordens e graus deve representar o pluralismo público-particular, como expressão de um mais amplo e constitucionalmente protegido pluralismo, sem nenhum monopólio.

Segundo: na Escola particular é preciso que os conteúdos e os métodos, isto é, a filosofia do ensino, sejam coerentes com a inspiração laica ou religiosa do instituto educacional, sem transgressões que em última análise representariam uma violação da liberdade de escolha dos usuários.

Terceiro: a escola estatal, ou mais amplamente pública, deve garantir no seu interior um pluralismo metodológico, de maneira a consentir o “livre acesso” e as “livres escolhas” por parte dos usuários.

127. *Normativa escolástica e igualdade de garantias: prioridade do projeto educativo pessoal e familiar.* — De um ponto de vista normativo deveria estar superada a posição de quem adverte que em relação ao respeito à personalidade do menor a escola estatal ofereceria maiores garantias. Tal posição encerra a maior insídia no pressuposto que diversas poderiam ser as garantias para o menor na escola particular em relação àquela

Escola pública e particular: identidade de garantias

pública, não levando em consideração que o pleno desenvolvimento da pessoa — em respeito às suas naturais aptidões e às escolhas familiares — encontra garantia no art. 2º Const., que caracteriza todo o sistema.

Instrução
escolástica
e familiar

A dicotomia escola pública-escola particular exprime uma posição concorrente e não antinômica. Assim, concorrentes e não-antinômicas apresentam-se a instrução confiada aos genitores e aquela confiada ao sistema educacional; na medida em que, porém, o poder jurídico (*potestà*) de educar, que caracteriza aquela dos genitores fundada na relação procreativa é a matriz de qualquer outra, a mais ampla. A função educativa, representando um projeto formativo peculiar e culturalmente pessoal, deve prevalecer sobre qualquer outro direito de tipo burocrático e dogmático, destinado como é a enfraquecer-se somente em relação às escolhas do menor à medida que ele se encaminha para a maturidade e a capacidade de discernimento.

Todavia, o Estado não tem somente uma tarefa integrativa e instrumental em relação ao prioritário direito-dever dos genitores de instruir os filhos, de maneira a “criar ou disciplinar os instrumentos através dos quais os genitores podem cumprir a tarefa que lhes foi confiada”. Programas e matérias são, pelo menos para fins de controle de mérito e do conseqüente reconhecimento oficial do título escolástico, subtraídos ao poder jurídico (*potestà*) dos genitores, ainda que, principalmente para os estudos de 2º grau e universitários, sejam fortemente predispostos no âmbito da autonomia das instituições de alta cultura — cada vez mais reivindicadas no tempo presente — e das opções dos estudantes.

Inviolabili-
dade do va-
lor indivi-
dual

O sistema tem uma articulação e diversificação nas distintas fases da formação do homem mesmo em respeito ao seu valor fundamental que não pode ser subordinado a razões superiores do Estado ou a qualquer outra razão superior de fato opressiva do pleno e livre desenvolvimento da pessoa como valor irrenunciável e indisponível. Indisponível mesmo por parte dos genitores para os quais, no caso de inadimplimento das obrigações de educação em relação aos filhos, são previstas sanções penais (art. 731 Cód. Pen.) e disposições de natureza civilística, que vão da perda do Pátrio Poder ao afastamento dos filhos da residência familiar (arts. 330 e 333 Cód. Civ.). O prejuízo do

filho pode não consistir somente em aspectos patrimoniais; nem do Pátrio Poder dos genitores é possível excluir os aspectos educativos. Ao contrário, o maior prejuízo para o filho “relaciona-se, por ordem hierárquica dos valores privilegiados pela Constituição, principalmente à esfera pessoal, e, portanto, às situações existenciais”.

128. *Escola particular ou pública: pluralismo efetivo.* — Quanto à escola particular, o discente e os seus pais são titulares de um interesse juridicamente relevante a que na escola escolhida o ensino seja conforme às orientações e às metodologias próprias da escola.

“Interesse
à tendên-
cia”

Quanto à escola pública, o pluralismo que a caracteriza nem sempre se realiza na prática; à pluralidade das vozes frequentemente se substitui uma unidade de endereço de todo o instituto ou pelo menos do ano ou da classe à qual o aluno é destinado, acabando assim com ser lesado o direito dos pais e dos alunos de, dar-se um projeto formativo e também o direito de incidir sobre as escolhas metodológicas. Estas são totalmente subtraídas à pessoa interessada e a quem tem a responsabilidade moral e jurídica por sua educação.

Pluralismo
da escola
pública

O sistema educacional nesta ótica não é liberal e deve ser reformado. O aluno e os pais não têm instrumentos substanciais nem remédios jurídicos adequados para subtrair-se a um ensino não conforme o próprio modo de conceber a vida e capaz, por conseguinte, de suscitar problemas de incompreensão muito graves para a formação do aluno. É necessário que na escola pública exista não apenas pluralismo das ocasiões mas também a possibilidade de uma escolha culturalmente fundada e não arbitrária, que espelhe as convicções dos protagonistas da educação, sem pensar no aluno como um objeto de conquista e de endoutrinamento independentemente e contra a sua adesão convicta e a convicção dos genitores. O direito ao estudo implica também que os métodos do ensino sejam conformes à visão pessoal do mundo e da vida ou pelo menos aceitos por quem é destinado a receber os seus efeitos. Não basta a faculdade de escolha de planos alternativos, é preciso também a faculdade de escolha de cursos alternativos.

Necessida-
de de pode-
res de con-
trole