

CONCRETIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: QUAL O PAPEL DA ADVOCACIA?

Gustavo Tepedino*

Sumário: 1. O advogado em tempos de crise: do papel político-partidário à missão de balizador ético; 2. A compreensão contextualizada da atuação do advogado: ocupação de espaços na implementação da agenda progressista; 3. O caso Pasquim; 4. Da lei de imprensa às biografias não autorizadas; 5. Efeitos da decisão no caso das biografias não autorizadas. Evolução tecnológica, explosão do potencial de riscos e de danos. Responsabilidade civil: novos danos ressarcíveis; 6. Justiça de transição: comissões da verdade e reparação dos danos causados no período ditatorial. O caso Panair; 7. Novos bens e novas funções a serem tutelados: o caso do livro eletrônico; 8. Crise ética e importância da funcionalização: bem de família e alimentos; 9. Famílias homoafetivas; 9. A advocacia em permanente vigília: julgamentos em pauta; 10. A advocacia em permanente vigília: julgamentos em pauta; 11. À guisa de conclusão.

1. O advogado em tempos de crise: do papel político-partidário à missão de balizador ético

Ao contrário da minha geração, que enfrentou a noite escura do autoritarismo político, vive-se hoje uma explosão de liberdades. Em meu bacharelado, havia muito idealismo, pouca liberdade. Sonhos de transformar o Brasil, o mundo, a sociedade, o mercado, a distribuição de rendas. Pouco espaço político para realizá-los. E à ditadura do regime militar se contrapunha verdadeira patrulha ideológica, ditando aquilo que era politicamente correto.

Hoje, inversamente, estamos imersos em estonteante liberdade e tamanha quantidade de informação que, talvez por isso, prevalece o pragmatismo, arrefecendo-se o idealismo de então, de resto incompatível com a objetividade do mercado globalizado. Liberdades políticas, religiosas, econômicas, culturais, sexuais, de expressão e de informação. Tal panorama se associa a duas características centrais de nosso tempo: o pluralismo, a retratar as múltiplas possibilidades de escolha individual; e a velocidade, que caracteriza a oferta infinita de opções, assim como a rapidez com que se pretende alcançá-las. O idealismo que marcou minha geração passou a ser percebido, assim, como ingênua caricatura de

* Professor Titular de Direito Civil e ex-Diretor da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Sócio fundador do escritório Gustavo Tepedino Advogados.

ultrapassados sonhadores, dando ensejo ao pragmatismo de uma geração muito mais bem informada e apta para otimizar o tempo, colhendo todas as oportunidades oferecidas *online*, a cada instante, pelo mercado de consumo.

No momento em que a *lex mercatoria* parece atingir os píncaros da difusão universal e globalizada, imposta pelas forças hegemônicas internacionais, urge que resgatemos valores éticos comezinhos, capazes de permear a convivência social. O respeito à pessoa e às instituições, estas entendidas como imprescindíveis núcleos de promoção de valores sociais e existenciais, há de ser perseguido com obsessiva insistência, revertendo-se perigosa tendência de se idolatrar o indivíduo e o seu patrimônio.

Ao combater estruturas estatais arcaicas e agigantadas, confunde-se, por ignorância, ideologia ou má-fé, com a complacência da mídia, o que é estatal com o que é público, o sentimento corporativista com o sentido de grupo e o socialismo estatal com a solidariedade social. O individualismo, contudo, embora insistentemente enaltecido pela sociedade tecnológica de massas, já que minimiza os custos de produção e amplia os resultados econômicos, gera desconforto e frustração, sendo da essência mais recôndita do ser humano o recíproco reconhecimento em seus semelhantes.

A abertura do olhar para o outro, portanto, parece ser indispensável em nosso dia a dia, para a verdadeira realização de cada um de nós. Tal é a postura ética que, como profissionais do direito, devemos perseguir. A valorização do diálogo resgata o valor da democracia como postulado não somente político, mas ético. O zelo pelas instituições permite uma ampliação e verdadeira potencialização da solidariedade. Dir-se-á que a solidariedade, só por si, mostra-se insuficiente, dando azo a atitudes dúbias, como a eventual exclusão de quem não é de determinado grupo, classe, etnia ou religião. Entendida de maneira restritiva, quando se delimita a dimensão “dos nossos” e “dos outros”, a solidariedade se transforma em odiosa lei tribal ou de grupos, sendo instrumento de discriminação e de arbítrio. Posta, entretanto, como valor ético universal, admitindo-se a solidariedade como a preocupação com o outro de modo irrestrito, a noção alcança a abrangência do humano, rompendo fronteiras corporativas e postulando a realização de toda a sociedade.

Do mesmo modo, a preocupação com as Instituições não pode deixar de ter em conta sua natureza instrumental para a realização das pessoas que dela participam, que a ela se vinculam. UMBERTO ECO, em diálogo antológico com o Cardeal de Milão, o Jesuíta CARLO MARIA MARTINI, sobre o fundamento de uma possível ética laica, acima das religiões e independentemente da crença em Deus, sustenta que “a consciência da importância do outro é suficiente para fornecer uma base absoluta, um fundamento imutável para um comportamento ético”, independentemente da “experiência de transcendência” que recebemos na cultura judaico-cristã. Isto porque, segundo ele, “a dimensão ética começa quando entra em cena o outro, tido não como “uma vaga propensão sentimental”, mas como “condição fundadora”: “é o outro, é o seu olhar, que nos define e nos forma”.¹

¹ Umberto Eco, *Em que creem os que não creem?*, trad. Eliana Aguiar, Rio de Janeiro: Record, 1999.

2. A compreensão contextualizada da atuação do advogado: ocupação de espaços na implementação da agenda progressista

A atuação do advogado deve ser compreendida no respectivo contexto histórico-social. No ambiente repressivo da ditadura, por exemplo, a opção circunstancial pelo positivismo formalista revelava-se, por vezes, essencial à conquista de liberdades básicas, escapando, pela invocação de artigo de portaria ou decreto, às mãos do regime.

O momento atual, como sabemos, é diverso, embora não menos desafiante ao advogado. A difusão de liberdades no contexto das novas tecnologias exige zelo especial para que se resguarde a tutela da pessoa humana, que não pode se perder na confusa dinâmica da contemporaneidade, em que quase tudo é “líquido”, relativizando-se por vezes valores, com evidente prejuízo ético.

A opção há de ser, portanto, pela retomada dos valores *fundantes de nossa sociedade*, consagrados na Constituição da República de 1988, imprescindíveis à tutela e promoção da personalidade. Nessa perspectiva, adquire notável protagonismo o advogado, cujo engajamento na busca por direitos fundamentais tem se revelado de grande importância na concretização dos princípios constitucionais.

Ilustrativamente, basta rememorar o histórico recente de demandas levadas às Cortes Superiores brasileiras, com importantes conquistas em matéria de efetivação dos valores constitucionais nas relações privadas: da liberdade de expressão ao reconhecimento das famílias homoafetivas, passando pela funcionalização dos bens jurídicos e pela tutela dos direitos da mulher. Cumpre destacar, nessa direção, alguns casos emblemáticos na trajetória de implementação dos valores constitucionais, a começar pelo nem sempre lembrado *caso Pasquim*, marco histórico da incidência dos valores constitucionais no combate à censura.

3. O caso Pasquim

Em 21 de setembro de 1989, em decisão histórica, o Ministro CARLOS MÁRIO DA SILVA VELLOSO (que viria a se tornar Ministro do Supremo Tribunal Federal) concedeu medida liminar em mandado de segurança impetrado pela Siguum Editora, através do advogado NILO BATISTA e do signatário, perante o Superior Tribunal de Justiça, contra a apreensão do semanário *Pasquim*, levada a efeito por ordem do então Ministro de Justiça SAULO RAMOS, com base no art. 63 da Lei nº 5.250/67, a chamada Lei de Imprensa.

Com a liminar (depois mantida pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro NERY DA SILVEIRA, rejeitando pedido de cassação requerido pelo Procurador-geral da República) liberou-se a circulação do semanário carioca que trazia controvertida vinheta envolvendo o Sr. PAULO MALUF, àquela altura candidato à Presidência da República.

Não é exagero afirmar que a decisão contribuiu decisivamente para o fim da censura prévia no Brasil, vez que o Poder Executivo, pura e simplesmente, desconhecera o novo texto constitucional que, desde 5 de outubro de 1988, repelia a legislação autoritária e impedia a apreensão de periódicos sem a mediação do Judiciário.

Pela importância jurídica e política da matéria, vale relatar, de forma sintética, os principais trechos do pedido de segurança e da respectiva decisão liminar:

1. A apreensão da edição de 7.9.89 do semanário humorístico Pasquim, publicado pela Siguim Editora, tornou-se fato público e notório, difundido pela imprensa escrita, falada e televisada, de âmbito local e nacional.
2. A ruidosa apreensão, determinada diretamente pelo Senhor Ministro da Justiça, cujas declarações foram amplamente noticiadas, deu-se sem qualquer mediação judicial (nenhum mandado, nenhuma ordem escrita — mesmo de autoridade administrativa — foi exibida aos perplexos jornalistas), em estilo prepotente, inusitado na novel ordem democrática, instaurada pela Constituição de 5 de outubro de 1988.
3. Com efeito, o próprio Ministro, conforme noticiou o jornal Folha de S. Paulo, de 15 de setembro de 1989, 'admite, no entanto, que há dúvidas sobre a validade dessa lei e que a última palavra só poderá ser dada pelo poder judiciário'.
4. Em face da evidente inconstitucionalidade do ato de apreensão, da forma truculenta como foi executada e do evidente prejuízo que causou à Editora, outro remédio não se configurou senão a via judicial, mediante a interposição do 'writ'.
5. A Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988, alterando radicalmente a ordem jurídica, inclui a liberdade de manifestação, sem qualquer restrição, dentre os direitos e garantias individuais (art. 5º, incisos IV e IX), assegurando-a, ainda, em dispositivos específicos (art. 220, §§ 1º, 2º e 6º).
6. Tais preceitos falam por si. O Constituinte foi incisivo, não deixando espaço para qualquer restrição, por parte do legislador ordinário, e muito menos para o Executivo, no tocante à liberdade de manifestação.
7. Como se vê, a apreensão impugnada, praticada sem qualquer controle do Judiciário e sem que fosse dado direito de defesa à impetrante, fere frontalmente a ordem constitucional vigente.
8. Conforme notificou a imprensa, a decisão do Ministro baseou-se no art. 63 da Lei nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967, a conhecida Lei de Imprensa, a qual dispunha que 'quando a situação reclamar urgência, a apreensão poderá ser determinada, independentemente de mandado judicial, pelo Ministro da Justiça e Negócios Interiores'.
9. A norma reproduzida, excepcional já no sistema constitucional anterior, tinha fundamento na Carta de 1967, com a redação aditada pela Emenda Constitucional nº 1, de 1969, cujo artigo 153, § 8º, ao declarar a liberdade de

manifestação de pensamento de convicção política ou filosófica ressalvava: 'não serão, porém, toleradas a propaganda de guerra, de subversão da ordem ou de preconceitos de religião, de raça ou de classe, e as publicações e exteriorizações contrárias à moral e aos bons costumes'.

10. O artigo 63 da Lei nº 5.250/67, acima transcrito, era, pois, compatível com o sistema anterior, que admitia a censura prévia e demais 'mecanismos preventivos', atribuídos à discricionariedade do Executivo, para assegurar parâmetros e padrões impostos à comunicação social. Todos se recordam, sem saudade, de trechos dos Lusíadas, receitas, culinárias, ou previsões meteorológicas ocupando, na imprensa, o espaço da liberdade banida.

11. Contudo, o que constituía discricionariedade do Ministro de Estado — não raro se revertendo em arbítrio — expressão de seu poder de polícia administrativa, hoje, sob a égide do Texto de 1988, constitui prática constitucionalmente intolerável.

12. É de correntia sabença a lição kelseniana acerca do fenômeno da recepção do direito anterior em face da nova Constituição. As leis ordinárias com esta incompatíveis excluem a recepção, perdem a validade, ou melhor, o fundamento hierárquico que as tornava vivas.

13. O Professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho, com a autoridade que lhe é consensualmente atribuída, leciona que 'o direito anterior incompatível com a nova Constituição perde a sua validade com a perda de eficácia da Constituição anterior, e não recobra validade com a eficácia da nova Constituição (...). Para usarmos a linguagem usual, ela é revogada ou derogada pela nova Constituição' (in *Direito Constitucional Comparado*, I, O Poder Constituinte, São Paulo, 1974, págs. 119-120).

14. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal apresenta-se na mesma direção, pacífica no sentido da revogação automática da lei ordinária incompatível com a nova Constituição, descartando-se, por isso mesmo, a arguição de inconstitucionalidade em relação a tais leis (RTJ 99/544, RTJ 95/993, RDA 138/116).

15. De notar-se que o artigo 63, em sua forma originária, continha quatro parágrafos pelos quais, na hipótese excepcional de apreensão discricionária, se exigia o contraditório, imediatamente posterior ao ato, ouvindo-se o responsável pelo impresso recolhido, e submetendo-se o ato ministerial, em cinco dias da apreensão, ao Tribunal Federal de Recursos.

16. Tal mecanismo, que visava, justamente, a amenizar a inflexibilidade do censor, submetendo o ato administrativo a controle jurisdicional obrigatório, foi revogado pelo Decreto-Lei nº 510, de 20.3.1969, a Lei de Segurança Nacional que,

`endurecendo' o Decreto-Lei 314/67, preparou o caminho para a famigerada lei dos nossos anos de chumbo (Dec-Lei nº 898/69).

17. Com a revogação dos quatro parágrafos do artigo 63, o dispositivo tornou-se monstruoso, atribuindo-se o poder de censura e de apreensão a uma só pessoa, o Ministro da Justiça, o qual tornava-se invulnerável a qualquer espécie de controle social ou jurisdicional.

18. Tal dispositivo monstruoso era compatível com a idéia de censura prévia, adotada pelo sistema jurídico do autoritarismo.

19. Aquele sistema, entretanto, foi decididamente repellido pela Constituição de 1988, cujos preceitos acima transcritos privaram de validade o malsinado artigo 63 da Lei nº 5.250/67.

20. Em conclusão:

a) O ato impugnado, que determinou a apreensão da edição do jornal pasquim, é inconstitucional, ferindo os arts. 5º, IV, IX e 220 da Constituição Federal, cerceando a liberdade de imprensa.

b) A base legal do ato impugnado, o art. 63 da Lei nº 5.250/67, por colidir com o Texto Constitucional, foi por este automática-mente revogado.

c) A discussão quanto à eventual lesão cometida pela imprensa envolve matéria que diz respeito ao editor e a terceiros interessados, que se sintam lesados com as publicações veiculadas pelo jornal, escapando à competência ou à censura do Ministro de Estado.

d) A Lei de Imprensa — permita-se, em remate, a imagem mitológica — assim como a divindade romana, Janus, foi editada com contorno bifronte, possuindo, em certos passos, olhos para o passado obscuro e, em outros, ao reverso, a visão ampla projetada para o futuro democrático. Os preceitos que se compadecem com a ordem vigente restam revigorados. Aqueles infringentes da Constituição restam desvirilizados, sem validade, despindo de base jurídica os atos administrativos neles estribados (...).

Em decisão histórica, afirmou o Ministro CARLOS MÁRIO DA SILVA VELLOSO:

No caso sob exame, o fundamento do pedido é relevante, forte na Constituição, artigos 5º, IV, IX, 220, §§ 1º, 2º e 6º, que cuidam da liberdade de pensamento e expressão e proibem a censura, bem assim no art. 5º, LIV e LV, que consagram o princípio do `due process of law', inclusive no que toca ao processo administrativo. Está afirmado, na inicial, que o ato impugnado foi tomado sem que fosse assegurado o direito de

defesa à impetrante, assim com violação ao citado princípio. Tenho como ocorrente, também, no caso, o 'periculum in mora'. Ora, não há negar que 'a apreensão de toda uma edição' do jornal 'revela-se desastrosa para a impetrante.' Não concedida a liminar, do ato impugnado, pode resultar a ineficácia da medida, caso seja deferida. É que as matérias veiculadas perdem atualidade, 'além de romper com a periodicidade inerente ao jornal.'

Dir-se-á que o deferimento da liminar pode resultar, em termos práticos, na concessão do 'writ'. Mas é possível afirmar-se, em contrapartida, que a não concessão da liminar resultará, em termos práticos, no indeferimento da ordem. Posta a questão nestes termos, impõe-se seja concedida a liminar. A uma, porque é preferível errar em favor da liberdade do que contra esta, como bem acentuava, na Corte Suprema americana, o Juiz Frankfurter. A duas, porque, tendo em vista a eminência da garantia constitucional do mandado de segurança e o princípio da inafastabilidade de qualquer lesão da apreciação do Poder Judiciário (Constituição, art. 5º, XXXV), permitir o Juiz o perecimento da garantia e do direito individual seria tratar mal a Constituição, certo que o juiz jamais poderá deslembrar-se de que a característica maior do Judiciário é ser guardião da Constituição e dos direitos individuais.

Do exposto, porque ocorrentes os pressupostos da liminar — Lei nº 1.533/51, art. 7º, II, RI/STJ, art. 213, § 1º — defiro-a (...)"

A decisão, devolvendo o jornal às bancas (e rejeitada pelo STF sua revogação), acarretou a perda do objeto de segurança, liminarmente satisfeita. Estabeleceu, assim, em definitivo, o Judiciário, importante limite ao arbítrio do Executivo, trazendo às comunicações sociais os ventos constitucionais da liberdade de expressão e da democracia.

4. Da lei de imprensa às biografias não autorizadas

Tanto as liberdades de informação e de expressão como a tutela à imagem, à honra, à intimidade e à privacidade, expressões da personalidade humana, encontram-se constitucionalmente inseridas no rol das garantias fundamentais estabelecidas no art. 5º, IV, IX, X e XIV, da Constituição da República, *in verbis*: "IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; XIV – é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional".

Não bastasse a sua inserção no rol das garantias fundamentais, o direito à informação e as liberdades de expressão e de manifestação do pensamento encontram-se previstos no art. 220 da Constituição da República, de maneira ostensivamente reiterada e ampla: “*A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. § 1º – Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV. § 2º – É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística*”.

Desse conjunto de preceitos normativos extrai-se que os arts. 20 e 21 do Código Civil, ao tutelarem a imagem, a intimidade, a privacidade e a honra, consideradas emanações da personalidade humana, não podem amesquinhar “a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação” e nem se constituir em “embaraço à plena liberdade de informação”, tampouco em “censura de natureza política, ideológica e artística”, terminantemente vedada pelo § 2º do art. 220 da Constituição da República.

Eis o que pretendeu o constituinte, concedendo às liberdades de expressão, pensamento e de informação posição de destaque, justificada historicamente em nome da consolidação do Estado Democrático de Direito, desenhado pelo constituinte e definitivamente proclamado pelo Supremo Tribunal Federal no histórico julgamento que banuiu a Lei nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967, a chamada Lei de Imprensa.

Naquela ocasião, estatuiu-se que “a Constituição brasileira se posiciona diante de bens jurídicos de personalidade para, de imediato, cravar uma primazia ou precedência: a das liberdades de pensamento e de expressão *lato sensu* (que ainda abarca todas as modalidades de criação e de acesso à informação, esta última em sua triplice compostura, conforme reiteradamente explicitado). Liberdades que não podem *arredar pé* ou sofrer antecipado controle nem mesmo por força do Direito-lei, compreensivo este das próprias emendas à Constituição, frise-se”.²

Seguindo tal linha de raciocínio, remete-se ao recente julgamento que afastou a exigibilidade de prévia autorização para publicação de biografias de pessoas famosas.

No dia 10 de junho de 2015, o Supremo Tribunal Federal, em julgamento de considerável repercussão social, outorgou interpretação conforme a Constituição aos artigos 20 e 21 do Código Civil de 2002. Trata-se da ADI 4.815/DF, de relatoria da Ministra CÁRMEN LÚCIA ANTUNES ROCHA, em que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, julgou procedente a ação, declarando inexigível a autorização prévia para a publicação de biografias. A decisão se revela paradigmática na tutela dos direitos fundamentais e no movimento de funcionalização do direito civil aos valores constitucionais.

Dentre os votos proferidos pelos Ministros da Corte Suprema, afigura-se particularmente significativa a manifestação do Ministro LUÍS ROBERTO BARROSO,

² STF, ADPF 130/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, julg. 30.4.2009.

em que se destaca a precedência das liberdades constitucionais em relação à regra do Código Civil que hierarquizaria, abstratamente e em prejuízo da liberdade, os direitos fundamentais: “*A solução do Código Civil coloca em posição inferior justamente a liberdade de expressão, que nas democracias deve ser tratada como uma liberdade preferencial*”. Segundo observou o eminente Ministro, tal tratamento “*significa que a sua superação transfere o ônus argumentativo para o outro lado*”.

A dificuldade e o desafio que se apresentam na garantia das liberdades traduzem-se, substancialmente, no fato de que, com frequência, tais liberdades são exercidas em absoluta contrariedade a outros valores significativos. É neste momento que se torna mais tormentoso, e, proporcionalmente, mais necessário, garantir as liberdades de expressão e de informação. Na feliz síntese do aludido voto: “a liberdade de expressão não é garantia de verdade ou de justiça. Ela é uma garantia da democracia. Defender a liberdade de expressão pode significar ter de conviver com a injustiça e até mesmo com a inverdade. Isso é especialmente válido para as pessoas públicas, como agentes públicos ou artistas”.

Por outro lado, o voto condutor da Ministra Relatora CÁRMEN LÚCIA ressaltou a valorização do direito à informação, outra face da liberdade, como direito imprescindível ao pleno desenvolvimento da personalidade:³ “*O direito de se informar relaciona-se à liberdade de buscar a informação em fonte não censurada e sobre qualquer tema que se revele de interesse do cidadão. Coartar a busca livre de assunto ou em fonte circunscrita antecipadamente significa limitar a liberdade de obter dados de conhecimento para a formação de ideias e formulação de opiniões. O direito fundamental constitucionalmente assegurado compreende, pois, a busca, o acesso, o recebimento, a divulgação, a exposição de dados, pensamentos, formulações, sendo todos e cada um responsável pelo que exorbitar a sua esfera de direitos e atingir outrem*”. Sob o prisma da importância histórico-social do direito que se busca tutelar, concluiu: “*O passado compõe o que a pessoa se torna. E a interpretação plural, advinda de variadas biografias, é que pode levar gerações futuras a chegar à conclusão sobre o que ocorreu, porque e como se repetir (se positivo) ou evitar (episódios negativos)*”.

³ Na lição de Stefano RODOTÀ (2008, p. 97), a tutela do direito fundamental à privacidade, ao contrário do que se poderia imaginar, encontra-se imbricada à liberdade de informação. É o que o autor denomina “o terceiro paradoxo da privacidade”, destacando, inclusive, modelos legais, como o *Privacy Act* canadense, em que a garantia de liberdade de circulação de informações está prevista na lei sobre a proteção de dados: “O fortalecimento do direito individual à privacidade converte-se assim em instrumento para tornar mais transparentes e controláveis as esferas de outros sujeitos. Não por acaso, o desenvolvimento de legislação sobre a tutela dos dados pessoais foi acompanhado pela difusão de leis sobre o acesso às informações”.

5. Efeitos da decisão no caso das biografias não autorizadas. Evolução tecnológica, explosão do potencial de riscos e de danos. Responsabilidade civil: novos danos ressarcíveis

A decisão, ao vedar a censura prévia, consagrando o valor fundamental da liberdade de expressão, não obstaculiza, por outro lado, como não poderia deixar de ser, a reparação de eventuais danos causados à pessoa retratada na biografia.

Com efeito, a reparação do dano injusto representa, hoje, o principal foco da responsabilidade civil. Também nesse aspecto adquire relevo a atuação do advogado na “luta pelos direitos” (para utilizar a expressão de JHERING em sua célebre obra), devendo-se olhar com cautela para críticas bastante difundidas e que nem sempre guardam relação com a realidade dos Tribunais, como a chamada “indústria do dano moral” e os chamados “danos punitivos”. Ao menos na experiência brasileira, o que se verifica, a rigor, é o apego dos Tribunais a regras, muitas vezes de construção jurisprudencial, que pretendem criar obstáculos à reparação dos danos: assim, por exemplo, o entendimento segundo o qual não há dano moral por inadimplemento, afirmado na jurisprudência do STJ e consolidado em súmula do TJRJ (Enunciado 75 da Súmula do TJRJ: “O simples descumprimento de dever legal ou contratual, por caracterizar mero aborrecimento, em princípio, não configura dano moral, salvo se da infração advém circunstância que atenta contra a dignidade da parte”). Cria-se, com isso, criticável raciocínio “*in re ipsa* às avessas”, com a presunção de que o inadimplemento contratual não gera dano moral.⁴

Certo é que, como argutamente observado pelo Professor ANDERSON SCHREIBER, “longe de representar uma subversão acéfala da dogmática tradicional, a erosão dos filtros da responsabilidade civil explica-se, em larga medida, por uma sensibilidade crescente dos tribunais à necessidade de assegurar alguma reparação às vítimas de um dano”. No contexto de erosão dos filtros da reparação civil, sobretudo da culpa, é sobre o dano que as atenções vêm se concentrando, podendo se afirmar que, hoje, “o objetivo das cortes, na aplicação da responsabilidade civil, tem sido menos o de identificar um responsável que se vincule (pela sua culpa ou pela sua atividade) ao dano, e mais o de assegurar, por qualquer meio disponível, a integral reparação dos prejuízos sofridos pela vítima”.⁵

Ao advogado cumpre, nessa perspectiva, enfrentar os obstáculos muitas vezes criados em razão de movimento reacionário inspirado em ideias – sem correspondência com a realidade – de que haveria uma “indústria do dano moral” ou de que haveria “dano moral punitivo” gerando enriquecimento sem causa. De outra parte, a atuação do advogado será importante para, mediante consultoria técnica a seus clientes, evitar crença generalizada de que qualquer infortúnio (dor, tristeza ou sofrimento, de acordo com a corrente subjetiva) – parte natural da vida de qualquer pessoa – geraria dano moral.

⁴ Sobre o tema, v. Milena Donato Oliva, Dano moral e inadimplemento contratual nas relações de consumo, in *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 93, 2014.

⁵ Anderson Schreiber, Novas tendências da responsabilidade civil brasileira, in *Direito Civil e Constituição*, São Paulo: Atlas, 2013, pp. 151-172.

6. Justiça de transição: comissões da verdade e reparação dos danos causados no período ditatorial. O caso Panair

Ainda no contexto de reparação dos danos, destaca-se o papel da advocacia na busca por reparação dos danos causados em momento anterior à ordem constitucional vigente. Também nessa matéria tem se percebido certa resistência por parte de alguns tribunais que, apegando-se a vetustas técnicas formalistas, fazem de tudo para negar reparação às pessoas que sofreram tortura no regime militar.

Chama a atenção, em especial, o caso do anistiado que, em sede administrativa, recebeu indenização por verbas laborais e, posteriormente, pleiteia o ressarcimento de danos extrapatrimoniais em juízo. Há inúmeras decisões do Superior Tribunal de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais sobre o tema, aplicando a Lei da Comissão da Anistia à revelia da Constituição da República para negar reparação aos danos morais.

Prevê o artigo 16 da Lei 10.559/02 (Lei da Comissão da Anistia): “*Os direitos expressos nesta Lei não excluem os conferidos por outras normas legais ou constitucionais, vedada a acumulação de quaisquer pagamentos ou benefícios ou indenização com o mesmo fundamento, facultando-se a opção mais favorável*”. A jurisprudência dos Tribunais Regionais Federais (TRF's), competentes para julgar casos dos quais a União participa, majoritariamente confere ao dispositivo teor restritivo, no sentido de impedir a cumulação da indenização da Lei 10.559/02 com qualquer outra modalidade indenizatória. Dessa forma, ao ter optado pelo sistema da Lei da Comissão da Anistia e recebido a reparação econômica nela prevista, a vítima acabaria privada da compensação relativa aos danos morais sofridos, por força do aposto limitativo que a impede de acumular alguma outra verba, ainda que os efeitos extrapatrimoniais da lesão não se confundam com os patrimoniais. A prevalecer, como tem prevalecido, a tese resultaria no amesquinamento da tutela integral da pessoa humana, valor fundante do sistema jurídico.

Como observa o Professor Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho, “a Lei, ainda que trouxesse enunciado expresso que tangenciasse o afastamento da jurisdição ou a inacumulabilidade de danos patrimoniais e extrapatrimoniais, deveria ser declarada inconstitucional em tais partes ou submetida à interpretação conforme à Constituição, se fosse o caso. (...) como se sabe, segundo o princípio da supremacia da Constituição e em atenção à eficácia interpretativa de suas normas, nenhum ato normativo de hierarquia inferior poderá contrariar seus ditames. Não se pode interpretar a Lei da Comissão da Anistia de modo a excluir as vítimas da ditadura da persecução judicial de seus direitos, mais notadamente daqueles referentes à compensação pelos danos morais sofridos. Extrair do dispositivo do artigo 16 da Lei da Comissão da Anistia tais entendimentos significa *interpretar a Constituição da República à luz da lei ordinária, e não o contrário, como manda a hierarquia do sistema*”.⁶

⁶ Subversões hermenêuticas: a Lei da Comissão da Anistia e o direito civil-constitucional. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 5, n. 1, 2016. Disponível em: <http://civilistica.com/wp-content/uploads/2016/07/Monteiro-Filho-civilistica.com-a.5.n.1.2016.pdf>.

Outra questão interessante relacionada à reparação de danos no contexto da justiça de transição diz respeito aos atos ditatoriais que procuraram atingir opositores do regime por meio de suas atividades empresariais, promovendo verdadeira perseguição aos empresários que não compactuavam com o regime militar por meio da restrição às atividades da empresa e até mesmo ordens que impediam sua atuação.

Afigura-se eloquente o exemplo da PANAIR DO BRASIL, maior empresa área brasileira à época do regime, contando com mais de 6.000 (seis mil) funcionários, e destruída em virtude de perseguição política sofrida pelo empresário Celso da Rocha Miranda. Celso da Rocha Miranda e Mário Simonsen, assim como outros empresários que se colocaram contra o golpe militar, passaram a ser considerados uma ameaça para a estabilidade do regime. Celso da Rocha Miranda, especificamente, além de ser um dos maiores e mais influentes empresários da época e apresentar notória posição política contrária ao regime militar, possuía relações estreitas com o ex-presidente Juscelino Kubitschek, uma das maiores lideranças políticas da época (e, portanto, aos olhos do governo ditatorial, uma das maiores ameaças ao regime militar), tendo inclusive sido tesoureiro de sua campanha à Presidência da República.

Tendo em vista que em 1965 estava prevista a realização de eleições gerais, inclusive para a presidência da República, a alta cúpula do governo ditatorial decidiu que os empresários ligados aos governos de João Goulart e Juscelino, entre eles Celso da Rocha Miranda, deveriam ser silenciados. Como não havia nenhuma justificativa legal ou moral para incriminá-lo, o Estado Brasileiro iniciou um processo alternativo de tortura e destruição, atingindo Celso da Rocha Miranda diretamente em seu patrimônio individual bem como em sua reputação profissional.

Sob ordens diretas das mais altas cúpulas do governo militar, a Aeronáutica, por meio dos seus serviços de inteligência, o famigerado CISA (Centro de Informações da Aeronáutica), iniciou implacável perseguição a Celso da Rocha Miranda e a suas empresas, entre elas a Panair. Assim é que, sem qualquer aviso prévio ou mesmo indícios, em 10.2.1965, o Presidente da República, Marechal Castello Branco (em conjunto com o Ministro da Aeronáutica, Brigadeiro Eduardo Gomes) emitiu decreto presidencial, no qual foi determinada a suspensão, por tempo indeterminado, das autorizações administrativas para as linhas nacionais e internacionais exploradas pela Panair sob o falso fundamento que a empresa não teria condições econômicas de continuar operando. Ou seja, naquele dia, de forma súbita, sem a instauração de processo administrativo regular, todas as concessões de linhas aéreas da Panair foram abruptamente suspensas sem qualquer justificativa legítima. A comunicação foi transmitida por noticiário radiofônico e recebida pelos diretores da empresa via telegrama, apenas cinco horas antes da decolagem programada de um voo internacional para Frankfurt, na Alemanha. A esse ato seguiram-se outros, tão ou mais absurdos, que culminaram no fechamento da PANAIR. Todos os fatos, vale destacar, foram expressamente reconhecidos pelo Estado Brasileiro no âmbito da Comissão Nacional da Verdade e da Comissão Estadual da Verdade do Rio de Janeiro.

7. Novos bens e novas funções a serem tutelados: o caso do livro eletrônico

A demonstrar a importância do advogado na qualificação funcional dos bens jurídicos, campo especialmente relevante diante das novas tecnologias, vale remeter ao julgamento, na última semana, pelo STF, reconhecendo a imunidade tributária do livro eletrônico. O Plenário do STF decidiu, em votação unânime, que os livros eletrônicos e os suportes próprios para sua leitura são alcançados pela imunidade tributária do artigo 150, inciso VI, alínea “d”, da C.R. Os ministros negaram provimento aos Recursos Extraordinários (REs) 330817 e 595676, julgados em conjunto na sessão de quarta-feira (8.3.2017). Para o colegiado, a imunidade tributária a livros, jornais, periódicos e ao papel destinado à sua impressão deve abranger os livros eletrônicos, os suportes exclusivos para leitura e armazenamento, além de componentes eletrônicos que acompanhem material didático.

Cumpra ao advogado arguto indagar, inicialmente, o que configuram bens na contemporaneidade. Consideram-se bens as parcelas da realidade (ou simplesmente coisas) que se mostram aptas a integrar o objeto de relações jurídicas. Afirmou-se, por isso mesmo, que os “bens da vida – *Lebensgüter* –, quando submetidos à tutela jurídica, originando os bens jurídicos – *Rechtsgüter* – tornam-se ponto de referência objetivo de determinado interesse humano, em relação ao qual corresponde uma situação jurídica atribuída ao titular para assegurá-los”.⁷ Ou seja, os bens não são todas as coisas, mas apenas aquelas que podem formar o objeto de situações jurídicas subjetivas. Dito diversamente, bens traduzem coisas que podem constituir objeto de direitos. O bem se torna, nesta direção, ponto de referência objetivo da relação jurídica e, nesta medida, idôneo a satisfazer determinada necessidade humana merecedora de tutela por parte do ordenamento jurídico.

Na esteira da evolução tecnológica, a cada dia identificam-se novos bens jurídicos, notadamente imateriais, como as criações intelectuais, a informação, o *know-how*, os interesses difusos, a reclamarem disciplina jurídica. Observa-se, assim, o redimensionamento da noção de bens – relativa e mutável, de acordo com o contexto socioeconômico –, os quais compõem o patrimônio dos sujeitos e consistem em objeto de aproveitamento econômico, a demandarem tutela por parte do ordenamento jurídico.

De fato, a partir do exercício da titularidade sobre os bens, corpóreos ou incorpóreos, os sujeitos extraem as utilidades econômicas pretendidas, de sorte que as normas que irão reger o aproveitamento econômico dos bens serão determinadas de acordo com a finalidade e função que tais bens desempenham.

Nessa perspectiva, a qualificação do livro eletrônico (também denominado *e-book*) deve ser equivalente à do livro impresso. Seja impresso em papel, reproduzido em áudio, estampado pelo método Braille ou codificado em arquivo digital, a obra é a mesma. Nas diversas alternativas existentes para o registro e transmissão do texto, cuida-se do mesmíssimo livro, com as ideias e informações expressas pelo autor. Por isso mesmo, toda obra existe independentemente do instrumento material que lhe serve de veículo, podendo ser transmitida por meio de suportes distintos.

⁷ Gustavo Tepedino, *Multipropriedade Imobiliária*, São Paulo: Saraiva, 1993, p. 92.

A identificação do livro eletrônico, portanto, como livro não depende de operação analógica ou de interpretação extensiva em relação à disciplina do exemplar impresso, sendo ele próprio livro, *tout court*, em decorrência da evolução do conceito primitivo de livro e da forma de utilização deste bem jurídico. De outra parte, o livro eletrônico não se confunde com os insumos a partir dos quais se fabrica o livro (tinta, máquinas e equipamentos mecânicos destinados à impressão de livros, componentes eletrônicos para a produção do livro etc.), tampouco se corporifica em CD ou outro meio material de acesso a seu conteúdo, cuidando-se de bem incorpóreo autônomo, que com os aparatos eletrônicos não se confunde. Por desempenhar a mesma finalidade e função, o livro eletrônico é modalidade contemporânea de livro, a atrair as mesmas normas que disciplinam o livro impresso, do qual somente se distingue pelo modo de consulta e de acesso ao seu conteúdo. Nesta perspectiva, o conceito de livro não pressupõe o papel, podendo apresentar diversas formas de exteriorização, desde que se preservem a sua finalidade e função.

8. Crise ética e importância da funcionalização: bem de família e alimentos

Na esteira da crise ética que desafia o advogado na contemporaneidade, já se destacou a necessidade de priorizar os valores constitucionais, garantindo precedência às situações existenciais e afastando-se do individualismo. Seguindo tal linha metodológica, cumpre, por outro lado, revisitar categorias que, tendo sido desenvolvidas no intuito de tutela da dignidade da pessoa humana, são por vezes invocadas de forma irrazoável, subvertendo-se a *ratio* de precedência das situações existenciais em relação às situações patrimoniais.

O debate no STJ acerca do bem de família luxuoso afigura-se representativo do problema. No dia 27 de setembro de 2016, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do Recurso Especial nº 1.351.571/SP, debateu a funcionalização do instituto do bem de família, de que cuida a Lei nº 8.009/90, trazendo a lume a importância de se reinterpretar a tutela legal à luz da finalidade perseguida pelo legislador. A controvérsia exigiu do STJ a definição acerca da possibilidade de penhora de fração ideal de imóvel de alto valor econômico qualificado como bem de família. O relator, Ministro Luis Felipe Salomão, propôs a revisão do entendimento consolidado, segundo o qual os imóveis residenciais de alto padrão ou de luxo não estão excluídos da proteção conferida pela Lei nº 8.009/90. Posicionou-se, assim, no sentido de afastar a impenhorabilidade do bem de família de alto valor.

No entanto, o Ministro Marco Buzzi, em seu voto-vista, considerou incabível a ampliação das hipóteses de penhorabilidade do bem de família autorizadas na lei. Os Ministros Raul Araújo e Antonio Carlos Ferreira acompanharam a divergência, mantendo-se, por maioria de 3x2, o entendimento anterior da Corte.⁸

⁸ O acórdão é analisado por Paulo Franco Lustosa, De volta ao bem de família luxuoso: comentários sobre o julgamento do Recurso Especial nº 1.351.571/SP, in *Revista Brasileira de Direito Civil – RBD Civil*, vol. 10, 2016, pp. 141-142. Disponível em: https://www.ibdcivil.org.br/image/data/revista/volume10/rbdcivil_vol_10_08_atualidade.pdf.

Outro exemplo interessante pode ser extraído de caso em que o STJ analisou conflito entre a “irrepetibilidade de alimentos” e a “vedação ao enriquecimento sem causa”. Entendeu-se que as situações que justificam a irrepetibilidade das verbas de caráter alimentar não poderiam ser transportadas, “sem as ressalvas e distinções necessárias”, para caso em que prevalecem interesses exclusivamente patrimoniais:

Diante de rescisão parcial de decisão judicial que ensejou a fixação de honorários de sucumbência, é possível que o autor da rescisória, em posterior ação de cobrança, pleiteie a restituição da parte indevida da verba advocatícia, ainda que o advogado, de boa-fé, já a tenha levantado.

Conforme destacado no voto do Relator, Min. João Otávio de Noronha, não se trata de “questionar a atribuição de natureza alimentar aos honorários para esses específicos fins, e sim de verificar o alcance dessa qualificação para dirimir o suposto conflito entre os princípios da irrepetibilidade dos alimentos e o da vedação ao enriquecimento sem causa”. A partir do princípio da razoabilidade, concluiu-se que “a lógica que deve pautar todo o sistema também deve incidir no caso concreto, para ficar definido que a questão da irrepetibilidade de verba de caráter alimentar pode e deve sofrer temperamentos”.⁹

9. Famílias homoafetivas

No campo do direito de família, a atuação da advocacia em favor da efetividade constitucional permitiu que se reconhecesse a prioridade da igualdade e da solidariedade em detrimento da perspectiva institucional e formal das famílias. Mostra-se inegável a passagem da família instituição para a família como núcleo de desenvolvimento da pessoa humana.

O novo conceito de unidade familiar (expressão chave para a compreensão da evolução do direito de família) introduzido pela Constituição assinala alteração paradigmática da unidade formal em torno do matrimônio à unidade instrumental à realização dos componentes do núcleo familiar. Nesse particular, ressalte-se o acórdão paradigmático do Superior Tribunal de Justiça em que se passou a considerar as pretensões oriundas de união de pessoas do mesmo sexo como pedidos juridicamente possíveis e, em seguida, a conhecida decisão do Supremo Tribunal Federal que admitiu a união homoafetiva.

A decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal, de 4 de maio de 2011, acerca das famílias formadas por uniões homoafetivas (julgamento da ADI 4277 e da ADPF132), suscita numerosas reflexões. Em consequência da pluralidade de entidades familiares – decorrente sempre da liberdade fundamental à constituição do núcleo familiar –, deriva necessariamente a possibilidade para o estabelecimento da forma de instituição da própria família. O constituinte a um só tempo assegura a autonomia individual para o planejamento da convivência familiar e vincula tal

⁹ STJ, REsp 1.549.836/RS, 3ª T., Rel. p/ Acórdão Min. João Otávio de Noronha, julg. 17.5.2016.

liberdade à responsabilidade para com a promoção da pessoa humana, a igualdade e a solidariedade que devem nortear a convivência familiar.

Em tal cenário, aos critérios para a legitimidade constitucional de determinada entidade familiar associam-se a seriedade de propósitos e a aptidão para a função promocional da pessoa humana. Por isso mesmo, não se pode admitir qualquer interferência legislativa ou interpretativa restritiva de tais opções constitucionais, sob pena de se aniquilar a finalidade axiológica atribuída pelo constituinte às entidades familiares. Nessa esteira, o Supremo preferiu consagrar tais direitos fundamentais não diretamente na ADPF 132 que lhe fora submetida, convertendo-a, consoante voto do Ministro Ayres Britto, em Ação Direta de Inconstitucionalidade. Consagrou, então, como inconstitucional, a interpretação do art. 1.723 do Código Civil e de outros preceitos infraconstitucionais que excluísse a formação de famílias homoafetivas, em favor de interpretação dita conforme à Constituição.

Preferiu assim o STF o caminho hermenêutico mais sinuoso — mas nem por isso menos corajoso e altivo —, da proibição hipotética de interpretação restritiva de regra que, curiosamente, limita-se a reproduzir, *ipsis litteris*, a dicção do art. 226, § 3º, da Constituição da República. Evidentemente que o Constituinte, ao prever aquela espécie de família, não excluiu outras modalidades que promovessem igualmente o conjunto de garantias fundamentais. Bem mais simples, portanto, seria considerar os textos constitucionais e legais não taxativos e, conseqüentemente, inconstitucional, por descumprimento de preceitos fundamentais, qualquer ato normativo ou comportamento que restringisse os modelos familiares por conta da orientação sexual dos conviventes.

De todo modo, a decisão do Supremo demonstra que, em termos práticos, o debate acerca da aplicação direta ou indireta da Constituição se revela um falso problema no amplíssimo sistema brasileiro de controle de constitucionalidade. Tanto a aplicação indireta das aludidas garantias fundamentais, mediante a interpretação do art. 1.723 do Código Civil, quanto a incidência imediata dos princípios constitucionais da dignidade humana, da igualdade e solidariedade social, asseguram a unidade axiológica do ordenamento, devem ser estimuladas e produzem resultados substancialmente idênticos, desde que a regra legal não seja vista como elemento de contenção da força normativa dos princípios emanados pelo Constituinte. Cabe ao intérprete aplicar toda e qualquer regra infraconstitucional em consonância com o Texto Maior, cuja incidência, à míngua de intervenção legislativa ou ao lado desta, não pode ser obstada na solução de conflitos interindividuais, sob pena de se dissiparem a coerência e a integridade do sistema jurídico.

10. A advocacia em permanente vigília: julgamentos em pauta

No STF, pendente de conclusão o julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 878.694, em que, até o momento, sete ministros votaram pela inconstitucionalidade da diferenciação dos regimes sucessórios do cônjuge (art. 1.829 do Código Civil) e do companheiro (art. 1.790 do Código Civil).¹⁰ A Corte

¹⁰ O caso foi definitivamente julgado no dia 10 de maio de 2017, prevalecendo a tese da inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil: “a diferenciação de regime sucessório entre

seguiu a orientação adotada no belíssimo voto do Ministro Luís Roberto Barroso, relator do caso, e complementada pelo não menos substancial voto do Ministro Luiz Edson Fachin. O Instituto Brasileiro de Direito de Família – IBDFAM, atuando como *amicus curiae*, foi muito bem representado pela Professora e advogada Ana Luiza Nevares.

Sobre a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil: “Desde a promulgação do Código Civil de 2002, angustiam-se os estudiosos acerca do regime sucessório do companheiro. O codificador não inclui o companheiro no rol dos herdeiros necessários, de que trata o art. 1.845 (“São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge”) e limita a vocação sucessória aos bens onerosamente adquiridos na constância da união estável, conforme a dicção do art. 1.790, de cuja redação se depreende: *Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes: I — se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho; II — se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles; III — se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança; IV — não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.* Diante da discriminação, apressaram-se os civilistas a afastar a ideia, sugerida pelo texto codificado, de hierarquia entre as entidades familiares. Afirmou-se que, à luz dos princípios constitucionais da isonomia, da solidariedade social e da dignidade da pessoa humana, a liberdade de escolha, a pluralidade e a igualdade dos modelos de família tornam-se imperativo da legalidade constitucional, chave de leitura da tutela assegurada pelo art. 226 do Texto Maior. Sustentou-se, então, mesmo diante da letra fria e hostil do Código Civil, a inclusão do companheiro como herdeiro necessário, por força da aludida isonomia, além da linguagem cogente do art. 1.790 (“o companheiro participará da sucessão do outro”) e do art. 1.850, que autoriza o afastamento por testamento apenas dos colaterais (“Para excluir da sucessão os herdeiros colaterais, basta que o testador disponha de seu patrimônio sem os contemplar”). No que tange à desigualdade das bases de cálculo, contudo, e à concorrência entre companheiro e colateral, herdeiro de classe diversa, imposta pelo art. 1.790, incisos III e IV, mostra-se sem fundamento constitucional o discriminar pretendido pelo codificador.

Sobre o ponto, tem se procurado destacar que o problema abrange espectro mais amplo do que os incisos III e IV do dispositivo, servindo a demonstrar a inconstitucionalidade de todo o art. 1.790 do Código Civil. Isto porque, embora discutível o fundamento constitucional da herança e da ordem da vocação hereditária, a atribuição de maiores direitos hereditários ao cônjuge revela preferência intolerável à luz dos mencionados princípios constitucionais. Por se revestir de formalidade e de publicidade ostensivas, o casamento há de ser prestigiado pelo Estado como instrumento para a afirmação da personalidade. É de se facilitar, por isso mesmo, a conversão da união estável em casamento, em prol da segurança acerca da disciplina jurídica imediatamente aplicável à relação familiar.

cônjuges e companheiros devendo ser aplicado em ambos os casos o regime estabelecido no artigo 1829 do Código Civil”.

Com o casamento, tem-se claro e indiscutível o regime jurídico aplicável ao casal, ao contrário da união estável, que avoca gradativamente a proteção do Estado, na medida em que se consolida a vida em comum com objetivo de constituição de família. Só nisso reside a diferença entre as entidades familiares. Tal circunstância, reconhecida pelo constituinte, não autoriza a discrepância que implique a inferiorização dos direitos dos conviventes em detrimento dos cônjuges. É hora, portanto, de reafirmar a isonomia dos cônjuges e companheiros sem deixar de respeitar as diferenças próprias da natureza de cada entidade familiar, o que vale para uniões heterossexuais e homoafetivas. Caminha-se, nessa esteira, para que se superarem preconceitos culturais, conclamando a absoluta igualdade de direitos na franca diversidade de modelos de organização das vidas privadas e de constituição de famílias.¹¹

Da mesma forma a ADI 5543, em que se questiona a vedação à doação de sangue por homossexuais:

As normas impugnadas, ao excluírem indivíduos do sexo masculino que tiveram relações sexuais com outros indivíduos do mesmo sexo do processo de doação sanguínea nos 12 (doze) meses subsequentes a tal prática, acabam por outorgar tratamento diferenciado para duas situações equivalentes: os homens que não fazem sexo com outros homens apenas são impedidos de doar sangue se efetivamente tiverem se imiscuído em alguma prática sexual de risco, como o envolvimento com múltiplas parceiras ocasionais. Semelhante tratamento é negado, de plano, aos homens que fazem sexo com outros homens, os quais são impedidos aprioristicamente de doar sangue, mesmo que suas práticas sexuais sejam absolutamente seguras, por exemplo, monogâmicas e com uso de preservativos. Há, nessa medida, clara violação ao princípio da igualdade (art. 5º, caput, da Constituição da República), decorrência direta da dignidade da pessoa humana, assim como ao objetivo fundamental da República de promover o bem de todos sem qualquer forma de discriminação (art. 3º, IV, da Constituição Federal).

Como destacou a Procuradoria Geral da República em seu douto parecer, não se pretende suprimir “as imprescindíveis cautelas que envolvem a doação de sangue, voltadas a assegurar a higidez do sistema de hemoterapia, livre de contaminação por vírus HIV e outros. Contudo, as normas criam rótulos que deslocam o foco do risco apresentado por determinados comportamentos e práticas, para noções

¹¹ Gustavo Tepedino, A inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil, Editorial, *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*, vol. 48, 2011, pp. v-vii. V. tb. Ana Luiza Maia Nevaes, Casamento ou união estável?, in *Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil*, vol. 9, 2016, pp. 163-166. Disponível em: https://www.ibdcivil.org.br/image/data/revista/volume10/rbdcivil_vol_10_08_atualidade.pdf.

estereotipadas sobre estilos de vida e orientação sexual, o que termina por estigmatizar grupos já alvo de preconceito e violência (homens gays e bissexuais) e imunizar outros (homens heterossexuais e mulheres).

Além disso, a vedação veiculada pelas normas que regem os serviços hemoterápicos contradiz os avanços e conquistas de direitos pela população homoafetiva sob a chancela do Supremo Tribunal Federal. Em 2011, no julgamento conjunto da ADI 4277 e da ADPF 132, a Corte reconheceu que a união estável entre pessoas do mesmo sexo constitui entidade familiar legítima e protegida pelo ordenamento jurídico brasileiro. No entanto, em virtude da forma como o questionário individual de candidatos a doadores de sangue se encontra atualmente estruturado nos centros de serviços hemoterápicos do país, os homens que vivam em casamentos ou uniões estáveis homoafetivas – nas quais se presume o sexo nos últimos doze meses – ou que tenham feito sexo com outros homens nos últimos doze meses têm apenas duas opções: ou não doam sangue – o que reforça a discriminação por orientação sexual e a cultura da não-doação de sangue, como também perpetua a escassez dos bancos de sangue –, ou mentem sobre sua história sexual – o que prejudica os avanços individuais em assumir a própria sexualidade e obsta os avanços do movimento LGBTI.

O ato de doar sangue relaciona-se profundamente com os valores familiares: respeito à vida, união, afeto, solidariedade, amor, compaixão. Desse modo, o reconhecimento das famílias homoafetivas como entidades familiares juridicamente protegidas não se harmoniza com a discriminação dos membros dessas entidades, despojando-os de direitos básicos que reafirmem sua dignidade e sua capacidade plena de cultivar valores familiares, como o é o direito de doar sangue.

11. À guisa de conclusão

O momento atual demonstra a importância da atuação do advogado no balizamento ético e na promoção dos valores constitucionais. O papel da advocacia na construção do significado constitucional e na aplicação efetiva das normas constitucionais afigura-se essencial. No contexto de ativismo, com o Judiciário assumindo função central na promoção dos direitos fundamentais, aumenta também a relevância da atuação do advogado.

Não faltam fontes de inspiração de atuação na vanguarda do progresso social. Ilustrativamente, pode-se mencionar Rui Barbosa, brilhantemente qualificado por San Tiago Dantas como *estadista do progresso*:

Ainda agora, quando refletimos na atualidade de sua presença, vemos que a lição de Rui Barbosa não reside apenas nas ideias, que propagou em seus livros e discursos, nem nas atitudes que assumiu por fidelidade aos valores com que compôs o seu

credo doutrinário. Reside também nessa confiança que ele depositou nas forças mais vivas do nosso povo, capazes de construir uma sociedade nova, de vencer a estagnação, o compromisso e o privilégio da sociedade antiga, fadada a transformar-se”. San Tiago qualifica Rui Barbosa como “criador e impetuoso”, “reformador social”, “símbolo de uma classe cheia de futuro”, “estadista do progresso”.¹²

Rui Barbosa foi um ideólogo: seus pensamentos, sua vida pública, vestiram certos imperativos da existência brasileira, deram forma e teoria a impulsos vitais, que se formavam na sociedade do seu tempo. (...) a lição de um grande homem não atinge à plenitude da eficácia, senão quando, por um ato de raciocínio, o excluímos de nossa subjetividade, para o contemplarmos, na objetividade de sua posição histórica, pensando e agindo como pessoa dramática da sociedade em que viveu.¹³

¹² San Tiago Dantas, Rui Barbosa e a renovação da sociedade, in *Figuras do Direito*, Rio de Janeiro: Livraria José Olympio, 1962, p. 39.

¹³ San Tiago Dantas, Rui Barbosa e a renovação da sociedade, in *Figuras do Direito*, Rio de Janeiro: Livraria José Olympio, 1962, p. 23.