

## Editorial, RTDC 31

### A estranha revolta dos fatos contra o intérprete

Dois eventos merecem a atenção especial dos civilistas e corroboram a absoluta necessidade da distinção dogmática entre as relações jurídicas patrimoniais e existenciais. O primeiro deles foi o VI Congresso Brasileiro de direito de Família, que reuniu quase 1.500 participantes em Belo Horizonte, organizado pelo Instituto de Direito de Família, nos últimos dias 14 a 16 de novembro de 2007.

O segundo evento em destaque é a conferência do Professor Stefano Rodotà, Titular de Direito Civil na Universidade de Roma, *La Sapienza*, ocorrida no último dia 13 de novembro de 2007 na Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, com o apoio do Instituto de Direito Civil. A conferência foi seguida de diálogo que, por quase quatro horas, possibilitou aos presentes o privilégio de debater com um dos intelectuais mais importantes da Europa na atualidade.

No âmbito dos inúmeros trabalhos apresentados no congresso do IBDFAM, a partir de profunda reflexão sobre a incidência do princípio da solidariedade no direito de família, mostrou-se imprescindível a utilização de critérios hermenêuticos distintos para, de um lado, o regime de bens, os limites dos pactos antenupciais e as manifestações da autonomia patrimonial; e, de outro, os deveres existenciais e as situações jurídicas de afirmação, promoção e desenvolvimento da personalidade dos filhos e dos cônjuges ou conviventes. Mais do os próprios conferencistas, jovens estudiosos do direito de família começam a definir os contornos da autonomia privada em matéria existencial – atinentes ao corpo, à imagem, à privacidade, à orientação política, religiosa, sexual e assim por diante –, de modo a, afastando-se do paradigma da patrimonialidade, estimular os espaços da individualidade de cada pessoa em suas comunidades familiares, mesmo no caso das crianças e dos adolescentes, cada vez mais protagonistas efetivos de seu próprio processo educacional.

O professor Rodotà, a seu turno, deixou clara influência da dogmática tradicional, vinculada aos direitos patrimoniais, para dar resposta a inúmeros problemas que, por ele trazidos a lume, revelam, na esteira das novas tecnologias, natureza essencialmente existencial.

Dois casos ocorridos nos Estados Unidos e divulgados amplamente pela internet bem demonstram a justaposição perniciosa entre as situações existenciais e patrimoniais. O mais famoso deles refere-se a um longo tratamento de leucemia ocorrido na Universidade da Califórnia. John Moore, o paciente, submeteu-se a intermináveis procedimentos para a retirada do baço. Incontáveis amostras de sangue e de outros tecidos do seu corpo foram retiradas, sendo que Moore dera seu consentimento informado para todo o tratamento. Desconhecia, entretanto, que as diversas intervenções por que passou destinavam-se não somente à sua cura, mas também à pesquisa que levou ao patenteamento, pelos médicos, de uma linhagem de células a partir do seu material genético. Moore pretendeu judicialmente e teve negado o direito à participação em qualquer lucro auferido pela universidade, sob o argumento de que ele não teria mais *propriedade* sobre suas células e tecidos a partir do momento que eles foram retirados, não obstante a possibilidade de pleitear indenização pela ausência de informação adequada.

Em outro caso recente ocorrido nos Estados Unidos sobrepôs-se, mais uma vez, a tutela da personalidade, do corpo humano (e de seus fluidos) e o conceito de propriedade. A médica Sharon Irons engravidou após coletar, durante sexo oral, o sêmen do também médico Richard O. Phillips, seu namorado. A Corte de Apelação do

Illinois (Chicago) aceitou a alegação da ré de que teria uma espécie de doação do material genético, acarretando “transferência absoluta e irrevogável do título de propriedade entre doador e doadora”. Por esse motivo, Phillips não teve reconhecido direito algum sobre a decisão acerca da concepção e do nascimento do filho. No entender da corte, mesmo que houvesse um suposto “depósito”, as partes não teriam acordado quanto à necessidade de devolução do bem mediante solicitação.

Também na jurisprudência pátria, conhecida decisão do TST legitimou acesso (e conseqüente controle) do empregador ao conteúdo do correio eletrônico de seu empregado com base na titularidade dominical. Entendeu o tribunal que “o que está em jogo, antes de tudo, é o exercício do *direito de propriedade* do empregador sobre o computador capaz de acessar a internet e sobre o próprio provedor”.

A prescindir da solução concreta a ser dada para as diversas hipóteses de colisão de interesses acima aludidas, o título de propriedade, invocado em todas as três questões, certamente não há de ser o paradigma para a afirmação do direito merecedor de tutela. Se assim não fosse, a propriedade do aparelho telefônico seria argumento suficiente para legitimar, por exemplo, a interceptação telefônica nos âmbito das relações de trabalho.

Nesses e em muitos outros casos que agitam a ordem do dia, o título de propriedade não pode ser o critério para a solução de controvérsia atinentes à lesão a valores existenciais. A manualística, entretanto, parece ainda ancorada ao modelo do direito subjetivo da propriedade, no âmbito de cuja estrutura – faculdades de usar, fruir e dispor – não se poderá jamais assegurar a tutela da pessoa humana e, muito menos, fazer prevalecer o *ser* sobre o *ter*. Na experiência brasileira, ao contrário do preconizou Gaston Morin, trata-se de estranha revolta dos fatos em face (não do legislador, mas) do intérprete, ao qual cabe, em última análise, e o quanto antes, traduzir a ordem civil-constitucional.