

	<input type="checkbox"/> Prova <input type="checkbox"/> Exercícios <input type="checkbox"/> Prova Modular <input type="checkbox"/> Prática de Laboratório <input type="checkbox"/> Exame Final/Exame de Certificação <input type="checkbox"/> Aproveitamento Extraordinário de Estudos	<input type="checkbox"/> Prova Semestral <input type="checkbox"/> Segunda Chamada <input type="checkbox"/> Prova de Recuperação	Nota:
	Disciplina: ORIENTAÇÃO DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO - MONOGRAFIA JURÍDICA		
Professor: Silvia Arizio		Turma: 9º semestre	
Aluno (a): Beatriz Isabel Zendron Range		Data: 19/06/2019	

DIREITOS INDISPONÍVEIS E APLICAÇÃO DOS MÉTODOS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITO: POSSIBILIDADES E DESAFIOS

	<input type="checkbox"/> Prova <input type="checkbox"/> Exercícios <input type="checkbox"/> Prova Modular <input type="checkbox"/> Prática de Laboratório <input type="checkbox"/> Exame Final/Exame de Certificação <input type="checkbox"/> Aproveitamento Extraordinário de Estudos	<input type="checkbox"/> Prova Semestral <input type="checkbox"/> Segunda Chamada <input type="checkbox"/> Prova de Recuperação	Nota:
	Disciplina: ORIENTAÇÃO DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO - MONOGRAFIA JURÍDICA		
Professor: Silvia Arizio		Turma: 9º semestre	
Professor: Silvia Arizio		Data: 19/06/2019	
Aluno (a): Beatriz Isabel Zendron Range			

**DIREITOS INDISPONÍVEIS E APLICAÇÃO DOS MÉTODOS CONSENSUAIS DE
SOLUÇÃO DE CONFLITO: POSSIBILIDADES E DESAFIOS**

Nome(s) do(s) aluno(s): Beatriz Isabel Zendron Range	
Nome da Linha de Pesquisa do Curso que o projeto estará vinculado: Métodos consensuais de solução de conflito	
(X) Pesquisa	() Projeto de Extensão
Data da aprovação _____ / _____ / _____	
Título do Projeto: Direitos indisponíveis e aplicação dos métodos consensuais de solução de conflito: possibilidades e desafios	
Nome do(a) Professor(a) Orientador(a): Silvia Arizio	

Plano de Estudo:

1- Tema:

Trata-se dos meios consensuais de solução de conflito, consagrados na Constituição Federal de 1988, no novo Código de Processo Civil e em leis esparsas, que estabelecem sua relevância para promover o acesso à justiça e a solução consensual de litígios, bem como versam sobre seu cabimento no caso de controvérsias que versem sobre bens e direitos indisponíveis.

1.1 Delimitação do Tema

Bens e direitos indisponíveis e aplicação dos métodos consensuais de solução de conflito.

2- Problema

Os métodos consensuais de solução de conflito podem versar sobre bens e direitos indisponíveis?

3- Definição das Hipóteses de Trabalho

- Os métodos consensuais de solução de conflito podem versar sobre bens e direitos indisponíveis.
- Há uma elasticidade na aplicação dos métodos consensuais a diferentes espécies de bens indisponíveis
- Para determinados bens indisponíveis não pode haver o afastamento da tutela do Poder Judiciário e do Ministério Público, podendo os métodos serem, ainda assim, utilizados (autocomposição judicial).
- Faz-se necessário construir novos procedimentos de jurisdição e mecanismos extrajudiciais que possam adequadamente resolver conflitos que envolvem direitos e bens indisponíveis.

4- Justificativa

No contexto atual busca-se a tutela adequada dos direitos, de forma tempestiva e efetiva, que garanta a pacificação social por meio da participação de todos na solução do conflito, objetivos estes raramente alcançados por meio da Justiça Estatal, tradicionalmente impositiva na resolução de controvérsias. Os meios consensuais de solução de conflito, então, despontaram com novo modelo de justiça, demonstrando sua relevância na solução de controvérsias jurídicas ao demonstrarem sua capacidade sua capacidade de dirimir conflitos jurídicos abrangendo, ainda, as problemáticas sociais e econômicas que naturalmente o permeiam. Assim, torna-se imprescindível o estudo da aplicação dos métodos dos métodos consensuais de solução de conflitos a direitos e bens indisponíveis, tema este controverso na doutrina, o que por sua vez gera insegurança acerca da viabilidade da Justiça Conciliativa como método adequado para solucionar tais conflitos na prática jurídica cotidiana. A partir disso, os esclarecimentos que

serão alcançados a partir do presente estudo enriquecerão o debate científico, elucidando se é como os métodos consensuais são adequados aos conflitos que envolvem bens e direitos indisponíveis. Ainda, o estudo dos métodos consensuais permitirá, como consequência, o aperfeiçoamento de mecanismos extrajudiciais de solução de conflito, os quais, ao envolver a sociedade na solução de seus próprios conflitos, produz uma justiça mais acessível, tempestiva, participativa e plural.

5- Objetivo Geral do Trabalho

Compreender acerca de bens e direitos indisponíveis, identificando a aplicabilidade dos métodos consensuais de solução de conflito para conflitos que versem sobre tais institutos, tendo em vista que estes são compreendidos tradicionalmente como não transacionáveis e irrenunciáveis.

6- Objetivos Específicos

- Demonstrar o que são bens e direitos indisponíveis;
- Descrever o que são métodos consensuais de solução de conflitos;
- Analisar a aplicabilidade dos métodos consensuais para problemáticas jurídicas que envolvem bens e direitos indisponíveis.

7- Metodologia

7.1 Identificar a Metodologia aplicada à pesquisa

A pesquisa será direcionada ao método dedutivo tendo como meio de pesquisa livros e artigos científicos.

7.2 Estrutura básica do Relatório Final

A pesquisa tem como objetivo principal entender sobre bens e direitos indisponíveis, identificando a aplicabilidade dos métodos consensuais de solução de conflito para conflitos que versem sobre tais institutos, tendo em vista que estes são compreendidos tradicionalmente como não transacionáveis e não renunciáveis, o que, por sua vez, seria um empecilho para sua adequação à Justiça Conciliativa.

INTRODUÇÃO

Os métodos consensuais de solução de conflito no Brasil, atualmente, são regulados pelos novos dispositivos do Código de Processo Civil – CPC e as normas sucessivamente promulgadas da Lei de Mediação (Lei n.13.140/2015), e a resolução n. 125/2001 do Conselho Nacional de Justiça, a qual instituiu e ainda rege a política nacional dos meios adequados de solução de conflitos, também chamados de Justiça Conciliativa.

Para cada conflito existe um meio adequado de solução, podendo ser a Justiça estatal, a Justiça Conciliativa, ou ainda outros métodos. Dessa forma, faz-se necessário entender se os conflitos que envolvem direitos e bens indisponíveis são adequados à solução pela Justiça Conciliativa.

Para tal, é essencial entender a evolução histórica, os conceitos e princípios relativos métodos consensuais de solução de conflito, abordando seu cabimento e adequação para os mais diversos conflitos. Nesse sentido, impõe a compreensão do que seria a própria adequabilidade, sobretudo se trata de direitos indisponíveis, eis que tais podem abranger interesses sociais, coletivos ou que transcendem a parte envolvida diretamente no litígio.

Por sua vez, é imprescindível compreender primeiramente o que seriam bens e direitos indisponíveis, suas espécies, possibilidades de renúncia e transação. A compreensão da disponibilidade e indisponibilidade é necessária para se estabelecer critérios de adequação de determinado método ao conflito em voga, bem como estabelecer as possibilidades e limites de transação.

Hipotetiza-se que os métodos consensuais de solução de conflito são adequados para se abordar os bens e direitos indisponíveis, pois a aplicação dos métodos as tais bens e direitos foi prevista na Lei de Mediação (Lei n.13.140/2015), na resolução n. 125/2001 do Conselho Nacional de Justiça, e no Código de Processo Civil, sendo que aventa-se que haveria uma elasticidade em relação a possibilidade de aplicação do método em relação ao bem indisponível em discussão. Assim, para determinado bem indisponíveis, poder-se-ia transacionar sobre ele até determinado ponto e a partir de determinado método consensual.

Verifica-se, portanto, que o objetivo do trabalho é verificar a aplicabilidade da Justiça Conciliativa aos bens indisponíveis, investigando como se daria essa aplicação e a adequabilidade de cada método ao bem e ao direito indisponível que está sendo discutido, bem como as limitações envolvidas na transação de tais bens. Para o cumprimento dessa finalidade, a pesquisa desenvolve-se por meio do método Dedutivo¹, cuja premissa maior são os marcos regulatórios que preveem os meios consensuais de solução de conflito, e a premissa menor é sua adequabilidade para aplicação aos bens indisponíveis. As Técnicas utilizadas são Pesquisa Bibliográfica², a Categoria³ e o Conceito Operacional⁴.

1. DIREITO INDISPONÍVEIS E DISPOSIÇÃO DE DIREITOS
 2. MÉTODOS CONSENSUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITO
 3. APLICABILIDADE E ADEQUABILIDADE DOS MÉTODOS CONSENSUAIS AOS BENS INDISPONÍVEIS
- CONCLUSÃO

¹ “[...] a base lógica da dinâmica da Pesquisa Científica que consiste em estabelecer uma formulação geral e, em seguida, buscar as partes do fenômeno de modo a sustentar a formulação geral”. PASOLD, Cesar Luiz.

Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática. 12. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 205

² “[...] técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletânea legais”. PASOLD, Cesar Luiz.

Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática. 12. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011 p. 207.

³ “[...] palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou expressão de uma ideia”. PASOLD, Cesar Luiz.

Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática. 12. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011 p. 25.

⁴ “[...] uma definição para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das ideias que expomos[...]. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica:** teoria e prática. 12. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 37.

8- Cronograma

Atividades	Maio	Junho	Julho	Agosto	Setembro	Outubro
Projeto de TCC	X					
Primeiro Capítulo		X				
Segundo Capítulo			X			
Terceiro Capítulo				X		
Conclusão e Introdução					X	
Finalização e apresentação						X

9 – Referências

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. 3.ed. Coimbra: Almedina, 2004.

BONATO, Giovanni. A arbitragem internacional na França e a arbitragem societária na Itália: algumas reflexões comparativas com o direito brasileiro. **REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UFMG**, n. 66, p. 253-290, 2015.

CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu Chinellato. **Comentários à Parte Geral – artigos 1º a 21 do Código Civil**. In: Antonio Cláudio da Costa Machado. (Org.) Silmara Juny Chinellato (Coord.) . Código Civil Interpretado : artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. 5ª ed. . Barueri : Manole, 2012.

CORTES, Hélio Armond Werneck. **Revelia, confissão e transigência** (relativamente aos direitos indisponíveis no Código de Processo Civil vigente). Revista Forense, n. 251, 1993.

DIDIER JR, FREDIE; ZANETI JR, HERMES. Justiça Multiportas e Tutela Constitucional Adequada: autocomposição em direitos coletivos. **Revista Da Procuradoria-Geral Do Estado Do Espírito Santo**, p. 111, 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito**, volume 1: parte geral. 14. ed. rev., atual e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O minissistema brasileiro de Justiça consensual: compatibilidades e incompatibilidades. **Publicações da Escola da AGU**, v. 8, n. 1, 2016.

LOTUFO, Renan. **Código Civil Comentado**: parte geral (arts. 1o a 232) . v. 1 . São Paulo : Saraiva, 2003. p. 53

MARTEL, Letícia de Campos Velho. **Direitos fundamentais indisponíveis**: limites e padrões do consentimento para a autolimitação do direito à vida. Tese de Doutorado, Uerj, 2010. Disponível em: [http://works.bepress.com/leticia_martel/], p. 81-83.

McCONNELL, Terrance. **Inalienable Rights**: the limits of consent in medicine and the law. Oxford: Oxford University Press, 2000.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**: direitos fundamentais. Tomo IV. 3. ed. rev. atual. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 357-358 [sem grifos no original].

NETO, Antonio José De Mattos. Direitos patrimoniais disponíveis e indisponíveis à luz da lei da arbitragem. **Temas Atuais De Direito**, p. 49, 2005.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da pesquisa jurídica**: teoria e prática. 12. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Comentários ao código de processo civil**: Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, arts. 270 a 331. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. 496 p.

PEREIRA, Leal Rosemiro; RIBEIRO, Martins². Teoria geral do processo. **Thomson. Belo horizonte**, 2005.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 3. ed. Rio de Janeiro: Método, 2016.

TARTUCE, Fernanda. Mediação no Novo CPC: questionamentos reflexivos. **Novas Tendências do Processo Civil: estudos sobre o projeto do novo Código de Processo Civil**. Org.: Freire, Alexandre, 2013.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo. Mediação de conflitos e práticas restaurativas. 2008.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. Atlas S.A. 3^oed. Vol. 4 São Paulo. 2003.

VENTURI, Elton. Transação de direitos indisponíveis? **Revista de Processo** | vol, v. 251, n. 2016, p. 391-426, 2016.

VERÇOSA, Fabiane. **Arbitragem e mediação**: temas controvertidos. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

WATANABE, Kazuo. Política Pública do Poder Judiciário Nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses. In: **Revista de Processo**. 2011. p. 381-389.

1. DISPOSIÇÃO DE DIREITOS

Inicialmente, salienta-se que há uma indefinição conceitual acerca da expressão “direito indisponíveis”, ou mesmo da qualificação de “indisponibilidade” atribuída a algumas espécies de direito. Nesse sentido, Martel (2010, p. 17) aponta que, apesar das inúmeras menções legislativas a expressão “interesses indisponíveis”, sendo interesses um termo aparentemente sinônimo de direitos, esta não possui uma definição estabelecida na doutrina ou na jurisprudência. Venturi (2016, p. 2), da mesma forma, afirma que a:

Por vezes confundida com a própria fundamentalidade e inalienabilidade dos direitos de personalidade (vida, liberdade, dignidade, honra) 3 ou dos direitos sociais transindividuais (patrimônio público, meio-ambiente, moralidade administrativa, saúde, educação, bem-estar social), a indisponibilidade parece ter se tornado no sistema de Justiça brasileiro expressão emblemática e autoexplicativa, cuja mera menção bastaria por si mesma para justificar tanto a hiperproteção como a ultra restrição do exercício de direitos fundamentais.

Assim, se mostra relevante empreender a difícil tarefa de definir o que seriam direitos indisponíveis, destacando o autor que o esclarecimento do conceito de indisponibilidade pode contribuir para evitar limitações arbitrárias ao exercício de determinados direitos pelo Estado. Para o autor, ainda, a definição de indisponibilidade relaciona-se a natureza jurídica dos direitos, e permite a determinação de possíveis fóruns resolutivos de conflito (judicial ou extrajudicial), bem como o cabimento e os limites de eventuais soluções consensuais.

Logo, a aplicabilidade dos métodos consensuais de resolução de conflito relaciona-se necessariamente à definição de direito indisponíveis, expressão mencionada tanto nas leis esparsas quanto na própria Constituição Federal de 1988, que, conforme pontua Martel (2010, p. 17), cita “interesses indisponíveis” em seu artigo 127 ao se referir a atuação do Ministério Público. Relacionado a tal atuação, o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 27, caracteriza como indisponível o reconhecimento do direito de filiação. Assim, Martel (2010, p. 23) destaca a decisão do Supremo Tribunal Federal - STF, que ao versar sobre o

direito de uma criança ou adolescente conhecer e pleitear a sua paternidade biológica, estabeleceu uma definição de indisponibilidade:

A indisponibilidade de determinados direitos não decorre da natureza privada ou pública das relações jurídicas que lhes são subjacentes, mas da importância que elas têm para a sociedade. O interesse público de que se cogita é aquele relacionado à preservação do bem comum, da estabilidade das relações sociais, e não o interesse da administração pública em sentido estrito. Daí reconhecer-se ao Estado não só o direito, mas o dever de tutelar essas garantias, pois embora guardem natureza pessoal e imediata, revelam, do ponto de vista mediato, questões de ordem pública. **Direito individual indisponível é aquele que a sociedade, por meio de seus representantes, reputa como essencial à consecução da paz social, segundo os anseios da comunidade, transmudando, por lei, sua natureza primária marcadamente pessoal. A partir de então dele não pode dispor seu titular, em favor do bem comum maior a proteger, pois gravado de ordem pública subjacente, ou no dizer de Ruggiero “pela utilidade universal da comunidade”.** (BRASIL. STF. RE nº 248.869/SP. Rel. Min. Maurício Corrêa. DJ 12- 03-2004 [sem grifos no original].).

O direito indisponível seria, segundo a decisão do STF, aquele que possui uma utilidade universal, relacionada a preservação do bem como, da estabilidade das relações sociais e da paz social, sendo então dever do estado tutelar e proteger aquele direito. Tal proteção tem como consequência a impossibilidade do titular do direito de exercer sua vontade sobre ele.

Martel (2010, p. 23), doutra forma, explicita que a decisão destaca que o caráter de indisponibilidade torna o direito patentemente público, pois ainda que tal direito possa ter natureza pessoal e imediata, há o interesse público da proteção e tutela daquela direito, cuja atribuição é do Ministério Público.

É possível extrair da decisão da suprema corte, ainda, conforme pontua a autora, que a indisponibilidade seria a qualidade atribuída a algum direito, e não uma característica intrínseca a algum direito específico (direitos de personalidade, direito de família, direitos trabalhistas, e outros).

A mesma compreensão de que direitos indisponíveis seriam aqueles que apresentam uma relevância social marcante se apresenta em julgado do Superior Tribunal de Justiça:

A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeitos de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do

processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste, a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das „crianças de zero a seis anos de idade” (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal”. E, mais adiante: “6. O direito à educação, insculpido na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente, é direito indisponível, em função do bem comum, maior a proteger, derivado da própria força impositiva dos preceitos de ordem pública que regulam a matéria”. (BRASIL. STJ. Embargos de Divergência em REsp. nº485.969/SP. Rel. Min. José Delgado. DJ de 11/09/2006).

Na decisão, o direito a educação infantil é arguido como indisponível, justamente diante da relevância social que tal direito apresenta, sendo imposto ao Estado a obrigação de possibilitar acesso a tal direito para que este seja fruído.

Nota-se, também, que apesar de ambos os julgados anteriormente abordados estabelecerem que direito indisponível seria aquele de utilidade universal e relacionado a preservação do bem comum, o julgado não aborda o que seria o ato – proibido - de “dispor” de determinado direito.

Uma definição possível se encontra em outra decisão do STF¹, que abordou a constitucionalidade de alguns artigos da Lei de Arbitragem. Em tal julgado, direitos disponíveis foram definidos como aqueles a respeito dos quais as partes podem transigir. Assim, os direitos indisponíveis não seriam transacionáveis, sendo necessário propor uma ação perante Juízes e Tribunais para discuti-los.

Dispor e transigir seriam, assim, expressões equivalentes, sendo que “direitos indisponíveis” seriam, então, “direitos transacionáveis”. Para compreender o que seria transigir, por sua vez, a decisão fez menção à obra de José Frederico Marques (1960) em que este afirmou que transigir envolve a composição por meio de concessões mútuas. Tal definição é explicitada por Venturi (2016, p. 6), que afirma:

Na verdade, transação constitui espécie do gênero conciliação (acordo), qualificada pela existência de recíprocas concessões de

¹ SE 5206 AgR, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Tribunal Pleno, julgado em 12/12/2001, DJ 30-04-2004 PP-00059 EMENT VOL-02149-06 PP-00958

pretensões de direito material, tal como expressamente dispõe o art. 840 do CC, segundo o qual "É lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas".

Assim, transação seria um dos mecanismos resolutórios consensuais, com característica de negócio jurídico bilateral que gera direitos e obrigações.

No entanto, muitos doutrinadores ampliam o significado de "disposição" de direito, a exemplo de Gagliano e Pamplona Filho (2012, p. 165-166), que afirmam a expressão genérica "indisponibilidade" abarca tanto a intransmissibilidade do direito, que envolve a impossibilidade de alienar o direito, e a irrenunciabilidade, que se relaciona a impossibilidade de reconhecimento jurídico da manifestação volitiva do titular do direito de abandoná-lo. Assim, explicam que a indisponibilidade se caracteriza, em sua, pela impossibilidade do titular do direito renunciar a ele ou cedê-lo, ainda que em benefício de terceiro ou da coletividade. Para os autores, portanto, disponibilidade é um termo amplo, que se relaciona com quaisquer atos de vontade praticados por um indivíduo que resulte na sua dissociação com direito do qual é titular.

No mesmo sentido se posiciona Cortes (1993, p. 148), para quem, o direito indisponível se define como aquele não comporta atos de disposição ou alienação. Tais direitos, pontua, não raro são também direitos qualificados como intransmissíveis, irrenunciáveis, insuscetíveis de confissão e de transigência. Em suma, para o autor, o aspecto de indisponibilidade do direito vai além do ato de transação, sendo um termo mais abrangente.

Renan Lotufo (2003, p. 53) vai além: afirma que a indisponibilidade relaciona-se a impossibilidade de determinados direitos serem intransmissíveis e inalienáveis. Destaca que o direito a vida, ao corpo, a liberdade, a honra, doutrinariamente reconhecidos como direitos indisponíveis, são assim caracterizados porque patente a impossibilidade de tais bens serem transmitidos a outros, renunciados, penhorados, atos estes tradicionalmente aplicáveis a bens patrimoniais. Assim, assevera o doutrinador, ainda que gere efeitos econômicos, a indisponibilidade relaciona-se a impossibilidade de se avaliar economicamente um bem e, por consequência, a um direito a ele.

Destaca-se que o próprio autor reconhece exceções acerca da disposição, por exemplo, quando se está diante da disposição gratuita do próprio corpo, em vida ou pós-morte, para fins de transplante ou tratamento – situação prevista no primeiro

artigo da Lei 9.434/1997, ainda em vigor. No entanto, a anteriormente exposição do autor acerca da impossibilidade de ser avaliar um bem economicamente permanece, ainda neste caso, perceptível, pois o ordenamento jurídico brasileiro veda a compra e venda de órgãos.

No entanto, Martel (2010, p. 28) reflete que o aspecto patrimonial de um direito não pode ser o único fator a ensejar sua disponibilidade ou não:

Porém, apesar de a divisão entre direitos patrimoniais e não patrimoniais facilitar a questão da disponibilidade, não se pode simplesmente definir que os direitos patrimoniais são disponíveis, ao passo que os demais não são. Muitos direitos fundamentais traduzem-se justamente em valores financeiros, e seria um imperdoável sofisma sustentar que os valores pecuniários são disponíveis e o direito, em si, não é (e.g., direitos dos trabalhadores, direitos relacionados à previdência social, dentre outros). Além do mais, muitos direitos não-patrimoniais são sujeitos à disposição, como ocorreu com a inafastabilidade do controle jurisdicional no julgado em comento.

Para a autora, portanto, o aspecto patrimonial de um direito é insuficiente para sustentar sua disponibilidade ou não, sobretudo porque alguns direitos apresentam facetas que se traduzem em valores pecuniários, outras não, a exemplo do direito a imagem.

A doutrina, então, resume como o conceito de disponibilidade é compreendida pelos juristas brasileiros, no que tange especificamente aos atos de vontade associados ao a tal conceito, e conclui que parece haver uma tendência a associar tal termo a comportamentos do titular do direito que conduzem ao enfraquecimento do direito perante terceiros. Assim, a disponibilidade aparece associada a renúncia, acordos, contratos e transações, o que, para a autora, é perceptível no seguinte julgado do STJ:

O benefício previdenciário traduz direito disponível. Refere-se à espécie de direito subjetivo, ou seja, pode ser abdicado pelo respectivo titular, contrapondo-se ao direito indisponível, que é insuscetível de disposição ou transação por parte de seu detentor (BRASIL. STJ. REsp. nº 369.822-PR. Rel. Min. Gilson Dipp. DJ de 22/04/2003 [os grifos constam do original]).

Em tal julgado, para fins de verificação se o direito ao benefício previdenciário teria a qualidade de indisponibilidade, avaliou-se se tal direito poderia ser transacionado ou mesmo abdicado pelo seu titular. Sendo a resposta positiva, concluiu-se que tal direito seria indisponível – e, por consequência, que o próprio Ministério Público teria legitimidade para propor a ação.

Destaca-se que Gagliano e Pamplona Filho (2012, p. 165), ao definirem indisponibilidade, destacam sua relação entre o conceito de disponibilidade e o de “vontade do titular” do direito:

A indisponibilidade significa que nem por vontade própria do indivíduo o direito pode mudar de titular, o que faz com que os direitos da personalidade sejam alçados a um patamar diferenciado dentro dos direitos privados.

A relevância da “vontade do titular do direito” é aspecto essencial para se compreender o conceito de indisponibilidade, sobretudo porque permite compreender por que, para o Supremo Tribunal Federal, cabe ao Estado a tutela dos direitos assim classificados. Deixar a tutela de determinados direitos ao próprio sujeito titular deste direito, pode permitir que graves crimes sejam cometidos.

Tal compreensão, está em consonância com a observação de Venturi (2016, p. 2) de que a indisponibilidade revelaria “uma legítima opção intervencionista do Estado no campo das liberdades individuais e sociais”, que restringe ou veda tais liberdades a fim de proteger determinados direitos contra lesões ou ameaças provenientes de seus próprios titulares ou de terceiros.

A autonomia de vontade do titular de direito enseja profícuas discussões acerca do aspecto absoluto ou não da disponibilidade. É possível perceber que juristas que percebem a autonomia como uma ameaça ao direito advoguem pela compreensão da indisponibilidade enquanto característica absoluta.

Doutro modo, para outros, a noção de indisponibilidade deve ser relativizada. Nesse sentido, Martel (2010, p. 35) traz o posicionamento de Luis Roberto Barroso:

Nesse ponto, seria possível enveredar por uma discussão teórica mais ampla acerca da disponibilidade dos direitos fundamentais ou dos direitos da personalidade, de forma geral. A afirmação simplista de que tais direitos seriam integralmente indisponíveis está longe de captar todas as nuances do tema, sobretudo tendo em conta a

liberdade e a autonomia pessoal reconhecidas pela Constituição aos indivíduos. O ponto será retomado adiante, mas apenas para dar um exemplo, tatuar o corpo de alguém contra a sua vontade seria, sem dúvida, uma agressão a sua integridade física. Não se pode dizer o mesmo nos casos em que a prática é consentida. Da mesma forma, divulgar fotos ousadas de uma pessoa sem a sua autorização constitui grave invasão ao seu direito à intimidade, mas não se pode dizer o mesmo quando a exposição é voluntária².

Para o doutrinador, é possível verificar que a vontade do titular de determinado direito pode ensejar sua disposição, o que está em consonância com o direito de liberdade e autonomia pessoal estabelecidos na Constituição. Destaca-se que, em que pese o autor saliente, apenas, que seria invasão ao direito de intimidade divulgar fotos sem autorização de uma pessoa, poder-se-ia dizer que, se o Estado proibisse pessoas de publicarem suas fotos para familiares e amigos em mídias sociais, tal prática, além de que se revelaria excessivamente protecionista, iria prejudicar a própria fruição do bem pelo seu titular. Noutras palavras, o uso da imagem pela própria pessoa não implica apenas em garantir certo grau de liberdade a ela, mas possibilita que a imagem, enquanto bem jurídico, exista e seja usufruído.

Neste aspecto, Jorge Miranda (2000) pontua que dispor de determinado bem, se compreendermos disposição como qualquer de vontade do titular do direito ao bem, não necessariamente prejudica o bem em si:

Por princípio, ninguém pode renunciar a direitos, liberdades e garantias, ou a direitos económicos, sociais ou culturais (precisamente porque são direitos fundamentais, assentes na dignidade da pessoa humana e elementos estruturantes da ordem constitucional). Apenas se concebe que o próprio titular deste ou daquele direito venha a estabelecer uma limitação temporária do seu exercício ou uma autorrestricção, sem afetar o respectivo conteúdo essencial, em hipóteses bem contadas (MIRANDA, 2000, ps. 357- 358).

Na citação, o estudioso usa a expressão “limitação temporária ou uma autorrestricção”, ao abordar o exercício de determinado direito. Para ele, em certas hipóteses, não há afetação do conteúdo essencial do direito. É o caso da divulgação da própria imagem, de realizar tatuagens no próprio corpo, ou mesmo de doar

² BARROSO, Luís Roberto. O direito individual à própria imagem e a possibilidade de disposição por parte do titular: conteúdo e limites. Parecer não publicado. Mimeografado. [sem grifos no original].

sangue: tais ações não culminam na necessariamente degradação ou inutilização do bem (no caso, da imagem ou do corpo). Ainda, a restrição imposta a si mesmo em relação ao exercício do direito, como não poder fazer exercício físico após a doação de sangue, não afeta o conteúdo essencial daquele direito.

Nesse mesmo sentido, comenta Cantali (2008, p. 3):

Na teoria clássica, reproduzida no Código Civil de 2002, os direitos da personalidade são considerados indisponíveis. No entanto, tal característica mereceu ser relativizada para considerar a disponibilidade relativa destes direitos, já que a tutela não se restringe ao âmbito protetivo, alcançando também o âmbito do exercício positivo desses direitos. A análise fenomenológica procedida dá conta de que os titulares de direitos da personalidade podem dispor dos bens ligados à personalidade, renunciando ou limitando-os, desde que voluntariamente e dentro de certos limites. Isso porque a capacidade de autodeterminação dos interesses pessoais é uma dimensão da própria dignidade e, assim, não há como negar trânsito à autonomia privada nas situações jurídicas existenciais.

Na referida passagem, se defendida a impossibilidade completa de um indivíduo de dispor de alguns direitos, a exemplo dos de personalidade, é possível que haja a violação da própria dignidade humana, ao prejudicar o próprio exercício do direito pelo seu titular.

Cantali (2008, p. 11) traz reflexões acerca dos conflitos que emergem acerca da disponibilidade, com relação ao princípio da dignidade humana. Dum lado tem-se que a dignidade preserva o valor da autodeterminação dos interesses pessoais, da expressão da autonomia e da liberdade. Doutro lado, no entanto, atos de disposição devem respeitar a ordem pública, não podendo o homem ser tratado como objeto ou instrumento mercadológico, pois tal visão é antagônica a própria noção de dignidade.

Nota-se, ainda, um aspecto interessante pontuado por Chinellato (2012, p. 42):

Em regra, o exercício dos direitos não pode sofrer limitação voluntária pelo próprio titular. Essa é a regra que comporta exceções: como a referente ao direito à imagem, à voz, ao nome, ao corpo. Diante da regra, com maior razão o exercício dos direitos da personalidade não poderá sofrer limitação involuntária, por ato de terceiros, considerando-se que uma de suas características é ser

„personalíssimo”, pertencente, com exclusividade, ao próprio titular. Assim, só se admite o exercício por terceiros de alguns direitos da personalidade, que o comportem, com o consentimento expresso do titular.

Nessa passagem, verifica-se a complexidade acerca da expressão da vontade do titular do direito indisponível. Ao mesmo tempo em que o direito não pode sofrer limitação voluntária pelo próprio sujeito que o possui, em regra, quando há exceções a vontade do titular é inafastável: deve haver seu consentimento para que terceiro possa fazer uso de tal direito.

Cantali (2008, p. 17), ao tentar solucionar a controvérsia acerca da disponibilidade relativa ou absoluta, defende o uso da ponderação no caso concreto. Isso porque, se admitida a disponibilidade relativa, aponta a autora, há que se verificar que haverá colisões entre direitos fundamentais – autonomia de um lado e direito de personalidade, por exemplo, doutro. Assim, não se pode haver uma posição única que seja capaz de contornar todas as situações reais, inclusive, podendo haver situações que a adoção da teoria da disponibilidade absoluta seja mais cabível, aponta.

Da mesma forma pensa o doutrinador português Andrade (2004, p. 331- 335), ao expor que afirma:

“Num contexto jurídico-constitucional em que, ultrapassada a visão liberalista, a liberdade individual está associada à solidariedade cívica e a uma ética de responsabilidade comunitária, em que os direitos fundamentais têm uma dupla dimensão, subjetiva e objectiva, percebe-se que o primado da liberdade e o conseqüente princípio da disponibilidade dos direitos fundamentais depende de algumas condições e estejam sujeitos a determinados limites. [...] A Constituição, como é compreensível, não regula ex professo a questão da admissibilidade da autolimitação e das respectivas condições e limites, mas dos seus preceitos podem retirar-se, por via interpretativa, algumas indicações normativas mais ou menos claras sobre as hipóteses, condições e limites da sua admissibilidade [...]. Contudo, apesar das distinções entre os direitos, o problema da disponibilidade e do grau de disponibilidade dos direitos, liberdades e garantias pelos seus titulares não se resolve em abstracto, constitui um problema que, em última análise, só é susceptível de uma solução definitiva nas circunstâncias dos casos concretos.

Na passagem, ainda que não utilize a expressão disponibilidade relativa ou absoluta, mas sim à “graus” de disponibilidade, é perceptível que o autor defende a primazia da análise do caso concreto em relação a posicionamento teórico rígidos.

Diferentemente dos posicionamentos destacados, Passos (2001, p. 276-377) advoga que há direitos cuja indisponibilidade é absoluta, e outros cuja disponibilidade é relativa. A indisponibilidade é absoluta se verifica quando o próprio bem, conteúdo do direito, se vincula ao sujeito que dele é indissociável. A indisponibilidade relativa, por sua vez, deriva dos limites fixados em lei ou convenção, e, para efeitos de sua disposição são submetidos a controle estatais.

A relevância da reflexão acerca da gradatividade da disponibilidade será perceptível no capítulo 3 do presente estudo. Por ora, faz-se importante, a título de conclusão das discussões abordadas, destacar o notável esforço de Martel (2010), que ao pesquisar o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, Supremo Tribunal Federal e o Tribunal Superior do Trabalho, resumizou:

O exame dos julgados tornou evidente que o conceito de indisponibilidade aplicado nem sempre é o mesmo. Em alguns, trata-se de direito não suscetível de abdicção total ou parcial, transação, acordo ou renúncia, desencadeada por manifestação do titular. Em outros, de direito gravado pelo interesse público ou coletivo, sem que isto implique, necessariamente, a impossibilidade de abdicção. Existem casos nos quais o conceito de indisponibilidade é combinado à possibilidade de o titular do direito decidir pleiteá-lo em juízo ou não. Sinteticamente, os sentidos encontrados na jurisprudência são: (a) direitos que não podem sofrer ablações, mesmo que o titular coopere para tanto; (b) direitos que não podem ser abdicados por manifestação pelo titular; (c) direitos gravados pelo interesse público, sem que fique claro o significado de indisponível; (d) direitos que não estão ao alcance de um indivíduo, por não ser ele o titular; (e) direitos que devem ser pleiteados em juízo; (f) direitos titularizados por pessoas que não possuem capacidade plena para abdicá-los. (MARTEL, 2010, p. 50).

Como a autora reflete em seu estudo, e se verifica pela passagem destacada, a indisponibilidade é um conceito ainda nebuloso no ordenamento jurídico brasileiro. Ainda assim, a autora conclui que a indisponibilidade, enquanto característica, é aplicável a direitos cuja relevância social é inconteste, e por essa razão, sua abdicção, transação ou renúncia pelo titular são atos considerados impossíveis, ou possíveis até certo grau. Nesse sentido, a doutrinadora destaca que a conexão entre o conceito de indisponível e o conceito de “manifestação” pelo

titular está sempre presente. Reflete-se que, exatamente quando se aborda a vontade do titular em relação ao direito é que se verifica o desenvolvimento de discussões acerca dos graus de indisponibilidade ou, em outros termos, de sua relativização.

Martel (2010, p. 51) aponta que a confusão conceitual não é exclusividade brasileira. Cita que Terrance McConnel (2000), jurista dos Estados Unidos da América, ao estudar o conceito de “direitos inalienáveis”, aponta que ora tal expressão faz referência a direitos que não podem ser tirados, retirados de uma pessoa, ora, é utilizada para se referir a direitos que não podem ser suspensos ou transferidos pelos seus próprios possuidores. A autora traz ainda outra reflexão de autora do mesmo país, citando Judith Jarvis Thomsom:

Por seu turno, Judith Jarvis Thomsom – jusfilósofa estadunidense – revelou três conceitos de indisponibilidade dos direitos, a saber: (a) significa dizer que outras pessoas não possuem autoridade para operar alterações relevantes em direito alheio, isto é, terceiros não podem fazer com que o titular do direito deixe de possuí-lo, e o titular mantém-se em posição de exigir o cumprimento do direito; (b) significa dizer que o titular do direito não pode deixar de possuí-lo mediante venda ou comércio; (c) significa dizer que o titular não deixa de possuir o direito por nenhum meio ao seu alcance, seja venda ou qualquer outro. Portanto, nada pode o titular fazer para cessar a titularidade do direito. Nesse terceiro sentido, inclui-se a impossibilidade de perda ou suspensão do direito como sanção por alguma conduta adversa do titular. (MARTEL, 2010, p. 52).

Percebe-se que a doutrinadora traz apontamentos muito próximos daqueles realizados por juristas brasileiros, sobretudo acerca da impossibilidade de o titular do direito abdicar dele. No entanto, a autora vai além ao apontar, inclusive, a impossibilidade de perda do direito indisponível por sanção ou conduta adversa do titular. Assim, é possível refletir que o direito à vida, disposto como indisponível no ordenamento brasileiro, não pode ser retirado do titular como meio de punição, sendo então, vedada a pena de morte no Brasil.

REFERENCIAS

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. 3.ed. Coimbra: Almedina, 2004.

CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu Chinellato. Comentários à Parte Geral – artigos 1º a 21 do Código Civil. In: Antonio Cláudio da Costa Machado. (Org.) Silmara Juny Chinellato (Coord.). **Código Civil Interpretado**: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo. 5ª ed. Barueri : Manole, 2012.

CORTES, Hélio Armond Werneck. Revelia, confissão e transigência (relativamente aos direitos indisponíveis no Código de Processo Civil vigente). **Revista Forense**, n. 251, 1993.

GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito, volume 1**: parte geral. 14. ed. rev., atual e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOTUFO, Renan. **Código Civil Comentado**: parte geral (arts. 1o a 232) . v. 1 . São Paulo : Saraiva, 2003.

MARTEL, Letícia de Campos Velho. **Direitos fundamentais indisponíveis**: limites e padrões do consentimento para a autolimitação do direito à vida. Tese de Doutorado, Uerj, 2010. Disponível em: [http://works.bepress.com/leticia_martel/], p. 81-83.

McCONNELL, Terrance. **Inalienable Rights**: the limits of consent in medicine and the law. Oxford: Oxford University Press, 2000.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**: direitos fundamentais. Tomo IV. 3. ed. rev. atual. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 357-358 [sem grifos no original].

PASSOS, José Joaquim Calmon de. **Comentários ao código de processo civil**: Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, arts. 270 a 331. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. 496 p.

PEREIRA, Leal Rosemiro; RIBEIRO, Martins2. Teoria geral do processo. **Thomson. Belo horizonte**, 2005.

VENTURI, Elton.. TRANSAÇÃO DE DIREITOS INDISPONÍVEIS?. **Revista de Processo** | vol, v. 251, n. 2016, p. 391-426, 2016.