

EFETIVIDADE DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE: O PAPEL DA ARBITRAGEM NA ANÁLISE DO DANO MORAL

DANIELA MENENGOTI GONÇALVES RIBEIRO¹

JOÃO PAULO GOMES NETTO²

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1 DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE E DOS DANOS PATRIMONIAIS DECORRENTES DE SUA VIOLAÇÃO. 1.1 os direitos da personalidade e suas características. 2 TRANSAÇÃO DE DIREITOS INDISPONÍVEIS: A ARBITRAGEM COMO MEIO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE. 2.1 Do dano moral na arbitragem. CONSIDERAÇÕES FINAIS

RESUMO: O trabalho alinha-se ao movimento tomados pelo processo civil contemporâneo de solução de conflitos extrajudiciais, analisando a possibilidade de efetivação dos direitos da personalidade por meio da arbitragem. Para tanto, leva-se em conta a clássica característica de indisponibilidade dos direitos da personalidade e a regra da Lei da Arbitragem que institui o juízo arbitral como meio para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis. Ao valer-se de raciocínio hipotético-dedutivo, por meio de pesquisa bibliográfica e documental, descritiva e exploratória, o estudo conclui que em que pese os direitos da personalidade, em si, sejam indisponíveis, situações conexas a estes, como as vantagens econômicas e seu cumprimento em razão do dano moral, podem ser objeto de solução arbitral.

¹ Professora do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade Cesumar (UNICESUMAR), Maringá, Paraná. Coordenadora/Líder do Grupo de Pesquisa (CNPq): Instrumentos de efetividade dos direitos da personalidade Pesquisadora do Instituto Cesumar de Ciência, Tecnologia e Inovação (ICETI). Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP) com período de pesquisa (doutorado sanduíche) na *Université Paris 1 - Panthéon-Sorbonne*, França. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). E-mail: daniela.menengoti@gmail.com. ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-7621-8899>.

² Mestre em Direitos da Personalidade pela Universidade Cesumar (UNICESUMAR), Maringá, Paraná. Membro do Grupo de Pesquisa (CNPq): Instrumentos de efetividade dos direitos da personalidade. Advogado. E-mail: joaonetto.adv@gmail.com. ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-2683-4682>.

PALAVRAS-CHAVE: Arbitragem. Direitos da personalidade. Efetividade. Transação de direitos indisponíveis.

EFFECTIVENESS OF PERSONALITY RIGHTS: THE ROLE OF ARBITRATION IN THE ANALYSIS OF MORAL DAMAGE

ABSTRACT: The work is in line with the movement taken by the contemporary civil process to resolve extrajudicial conflicts, analyzing the possibility of realizing personality rights through arbitration. To this end, it takes into account the classic characteristic of unavailability of personality rights and the rule of the Arbitration Law that institutes arbitration as a means to settle disputes related to available property rights. By using hypothetical-deductive reasoning, through bibliographical and documentary, descriptive and exploratory research, the study concludes that despite the rights of the personality, in themselves, they are unavailable, situations related to these, such as economic and social advantages. compliance with it due to moral damage, may be the subject of an arbitration solution.

KEYWORDS: Arbitration. Personality rights. Effectiveness. Unavailable rights transaction.

INTRODUÇÃO

O presente estudo versa sobre a adoção da arbitragem como meio alternativo para resolução de conflitos, apto a promover a indenização de danos morais decorrente da violação dos direitos da personalidade. A pesquisa aborda a instrumentabilidade do processo com vistas a efetivação de direitos e realização da justiça, rompendo com o paradigma, que não mais se justifica, da adoção da forma pela forma.³

Inicia-se com a exposição dos direitos da personalidade e que fundamentam-se como aqueles direitos subjetivos da pessoa para defender o que é próprio, é seu: a vida, a integridade, a liberdade, a sociabilidade, a honra,

³ NEVES, Fabiana Junqueira Tamaoki; ISOGAI, Stephanie Karoline Maioli; GODOY, Sandro Marcos. O princípio da cooperação como norma fundamental do processo civil e seus reflexos na arbitragem. *Revista Pensamento Jurídico*, São Paulo, vol. 13, nº 1, p. 10, jan./jun. 2019. Disponível em: <https://fadisp.com.br/revista/ojs/index.php/pensamentojuridico/article/view/156/212>. Acesso em: 20 jun. 2020.

a imagem, a privacidade, a autoria e outros mais, sempre em respeito aos princípios constitucionais de garantia dos direitos fundamentais individuais, principalmente, o princípio da dignidade humana.

Analisa-se, ademais, as características dos direitos da personalidade, questionando a possibilidade de transação de direitos indisponíveis, bem como a efetivação de tais direitos, incluindo o dano moral, via sistema arbitral. Para esta análise, utilizou-se o raciocínio hipotético dedutivo, por meio de pesquisa bibliográfica e documental, descritiva e exploratória.

1 DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE E DOS DANOS PATRIMONIAIS DECORRENTES DE SUA VIOLAÇÃO

Os direitos da personalidade, são concebidos, em sede doutrinária, como direitos essenciais da pessoa, alcançando uma interpretação mais extensa do que os pautados nos artigos 11 a 21 do Código Civil de 2002. De fato, no Brasil, os direitos da personalidade em espécie sofreram forte influência civilista da Itália de 1942, que em plena época de regime fascista, tipificou alguns direitos em espécie em detrimento de um direito geral de personalidade, como o adotado na Alemanha.⁴

A personalidade é representada pelas características interiores com as quais o indivíduo se revela, demonstrando seus atributos materiais e morais, e consiste, para efeito jurídico, em um bem pertencente à pessoa. Os direitos da personalidade devem ser entendidos como o direito da pessoa, voltados a proteção integral do ser humano.⁵

⁴ MATTIETTO, Leonardo. Dos direitos da personalidade à cláusula geral de proteção da pessoa. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, Rio de Janeiro, (Edição Especial), 2017, p. 225.

⁵ Visão diversa é a teoria pluralista que se diz que a pessoa tem vários bens ou interesses, ligados à sua personalidade, que são individualmente merecedores de tutela. Neste sentido, “[...] consciência comum não costuma distinguir um só bem na pessoa; pelo contrário, reconhece vários bens distintos, correspondentes a interesses distintos, na vida, na honra, na identidade etc., da pessoa. E o jurista não pode prescindir, nas suas construções, do consenso geral”. In: DE CUPIS, Adriano. *Direitos da personalidade*. Lisboa: Livraria Morais, 1961, p. 26.

No âmbito do direito interno, cumpre ainda traçar a diferença entre direitos fundamentais e direitos da personalidade:⁴

Já no âmbito do próprio direito interno, há que se distinguir direitos fundamentais dos “direitos de personalidade”, por serem esses direitos que se manifestam em uma dimensão privatista, onde também se manifestam os direitos fundamentais, mas de forma indireta, reflexa, como mostra a doutrina alemã da eficácia perante terceiros (*Drittwirkung*) desses direitos. Já numa dimensão publicista, não há que se confundir direitos fundamentais com “direitos subjetivos públicos”, pois se os primeiros são direitos que os sujeitos gozam perante o Estado, sendo, portanto, nesse sentido, direitos subjetivos públicos, não há aí uma relação biunívoca, já que nem todo direito subjetivo público é direito com a estrutura constitucional de um direito fundamental. Além disso – e o que é mais importante –, como aprendemos ao estudar direito constitucional alemão (v., por todos, o manual de Konrad Hesse, em vias de publicação entre nós), os direitos fundamentais não têm apenas uma dimensão subjetiva, mas também, uma outras, objetiva, donde se falar em seu “duplo caráter”, preconizando-se a figura do status como mais adequada do que a do direito subjetivo para categorizá-los. A dimensão objetiva é aquela onde os direitos fundamentais se mostram como princípios conformadores do modo como o Estado que os consagra deve organizar-se e atuar. Enquanto situação jurídica subjetiva, o status seria a mais adequada dessas figuras porque é aquela donde “brotam” as demais, condicionando-as [...]⁶

A personalidade, analisada sob o prisma de estado individual, engloba, por exemplo, o direito à vida, em direitos à integridade moral que compreende o direito à honra, o direito à liberdade, o direito à imagem, o direito ao nome, o direito moral do autor. A identificação taxativa dos direitos da personalidade opõe-se à consideração de que a pessoa humana – e, portanto, sua personalidade – que se configura como um valor unitário, sendo ainda necessário o reconhecimento, pelo ordenamento jurídico, de uma cláusula aberta que consagre a proteção integral da personalidade⁷, sempre em respeito

⁶ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Direitos fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade. In: PEREIRA, Ana Cláudia Távora et al. (Coords.). *Dos direitos humanos aos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 12-13.

⁷ MORAES, Maria Celina Bodin. Ampliando os direitos da personalidade. In: *20 anos da Constituição Cidadã de 1988: efetivação ou impasse institucional*. (Org.) José Ribas Vieira. Rio de Janeiro: Forense,

aos princípios constitucionais de garantia dos direitos fundamentais e da dignidade humana.

O princípio da dignidade da pessoa humana, positivado na Carta Magna⁸, representa os demais direitos fundamentais, incluindo os direitos da personalidade⁹. É um valor moral inerente à pessoa, ou seja, todo ser humano é dotado desse preceito, é uma qualidade intrínseca e distintiva de cada indivíduo, modo pelo qual é merecedor do mesmo respeito pelo Estado e da comunidade.

No que tange à titularidade, os direitos da personalidade dividem-se em três correntes. A teoria concepcionista, influenciada pelo direito francês, dos quais são adeptos Teixeira de Freitas e Clóvis Beviláqua, e que defende que a personalidade começa antes do nascimento, pois desde a concepção já há proteção dos interesses do nascituro, que devem ser assegurados prontamente.¹⁰

A teoria natalista, a personalidade dá-se com o nascimento com vida, portanto, o nascituro não possui personalidade jurídica, tem apenas expectativa de direitos.

[...] personalidade inicia-se a partir do nascimento com vida. Por isso, antes do nascimento, o nascituro não é considerado pessoa e não goza de personalidade jurídica. O que há é a expectativa de que venha a adquirir personalidade, caso nasça com vida. O nascituro não é titular dos direitos da personalidade.¹¹

2008. Disponível em: https://www.academia.edu/9689598/Ampliando_os_direitos_da_personalidade. Acesso em: 29 mar. 2019.

⁸ Artigo 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana.

⁹ BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 1-2.

¹⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: parte geral*. São Paulo: Saraiva, v.1, 2007, p. 81.

¹¹ LIMA, Carolina Alves de Souza. *Aborto e anencefalia: direitos fundamentais em colisão*. São Paulo: Juruá, 2012, p. 49.

Por outro lado, a teoria da personalidade condicionada expõe que a personalidade tem início com a concepção, porém fica submetida a uma condição suspensiva (o nascimento com vida), tendo direitos assegurados, no entanto, desde a concepção, os direitos da personalidade, voltam-se também para assegurar o nascimento.

Nessa esteira, considera que:

[...] é aquela pela qual a personalidade civil começa com o nascimento com vida, mas os direitos do nascituro estão sujeitos a uma condição suspensiva, ou seja, são direitos eventuais. Como se sabe, a condição suspensiva é o elemento acidental do negócio ou ato jurídico que subordina a sua eficácia a evento futuro e incerto. No caso, a condição é justamente o nascimento daquele que foi concebido.¹²

Essa teoria concepcionista da personalidade condicional, também denominada como intermediária, é a que vige no direito brasileiro, ou seja, o nascituro é pessoa, desde que nasça com vida.¹³

Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias lecionam que os direitos da personalidade são as situações jurídicas reconhecidas à pessoa, adotadas por si mesmas e imperiosas projeções sociais, ou seja, são os direitos essenciais ao desenvolvimento da pessoa humana, em que se convertem as projeções físicas, psíquicas e intelectuais do indivíduo de modo a emprestar-lhe segura e avançada tutela jurídica.¹⁴

Os direitos da personalidade, tal como a honra e a privacidade, não permitem estimativa pecuniária, contudo, caso sejam violados, independente de causar prejuízo material, há necessidade de reparação por dano moral se violado, a fim de diminuir o prejuízo da vítima e sancionar o lesante, a fim de evitar o cometimento de novos atos ilícitos.¹⁵ Portanto, verifica-se que os direitos

¹² TARTUCE, Flavio. *Direito civil: Lei de introdução e parte geral*. 11. ed. São Paulo: Método, 2015, p. 112.

¹³ FIUZA, César. *Direito Civil: Curso Completo*. 9. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 127.

¹⁴ ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. *Curso de Direito Civil*. v. 1. Salvador: Juspodium, 2013, p. 177.

¹⁵ FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito Civil: Teoria Geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 106-107.

da personalidade englobam os direitos mais subjetivos da pessoa humana e não podem, sumariamente, serem anulados.

O valor financeiro desses direitos é secundário, posto que só podem ser avaliados quando ofendidos, momento em que se poderá falar em indenização pelos danos causados a fim de repor a subjetividade ofendida (dano moral) e eventuais danos patrimoniais advindos da ofensa moral podem e devem ser avaliados no bojo da indenização.¹⁶

A posteriori, será esposado acerca das características dos direitos da personalidade, seguido do tema sobre a transação dos direitos indisponíveis e a arbitragem como meio de efetivação dos direitos da personalidade e, ao final, o dano moral na arbitragem no Brasil.

1.1 OS DIREITOS DA PERSONALIDADE E SUAS CARACTERÍSTICAS

Os direitos da personalidade notabilizam-se por serem: a) de natureza extrapatrimonial, embora o seu maltrato possa implicar reflexos econômicos; b) direitos absolutos, com eficácia *erga omnes*, pois o seu respeito é imposto a todos (Estado e particulares); c) indisponibilidade, não podem ser transferidos a terceiros; e d) imprescritíveis, uma vez que o transcurso do tempo, sem o seu uso pelo titular, não lhe acarreta a extinção.¹⁷

São absolutos, pois, sua oponibilidade é *erga omnes*, o que força à coletividade o dever de respeitá-los, e não se admite que o titular do direito renuncie ou ceda-o, em benefício de terceiro ou da coletividade, ou seja, podemos dizer que eles dão ao seu titular o direito ao respeito. Cristiano Chaves de Farias¹⁸ explica que “os direitos da personalidade são absolutos porque

¹⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 172.

¹⁷ NOBRE, Edílson Pereira. O direito brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 37, n. 145, jan./mar. 2000, p. 191.

¹⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito Civil: Teoria Geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 105.

possuem eficácia contra todos (ou seja, oponíveis erga omnes), impondo-se à coletividade o dever de respeitá-los. É um verdadeiro dever geral de abstenção dirigido a todos.”

Ressalta-se, também, que os direitos da personalidade são inatos ou originários, pois, são inerentes à pessoa humana, ou seja, são outorgados a todos os seres humanos, simplesmente pelo fato de existirem, portanto, independem do ordenamento jurídico. Excepcionalmente, há direitos da personalidade que são adquiridos, como, por exemplo, os direitos do autor.

O que se discute, neste sentido, é o momento da aquisição dos direitos da personalidade, para tanto, reportamo-nos às teorias: natalista, concepcionista e personalidade condicional, anteriormente tratadas.

A vitaliciedade também consiste em uma característica dos direitos da personalidade, ou seja, nascem e morrem com a pessoa. Portanto, são inatos e permanentes, acompanham o indivíduo desde a primeira manifestação de vida, até o seu perecimento, chegando a alcançar o *post mortem*, desta feita, os direitos da personalidade extinguem-se “com a morte do titular, como corolário de seu caráter intransmissível”.¹⁹

No que tange à característica da indisponibilidade, ou seja, o titular não pode dispor de tais direitos, nem por sua própria vontade, Cesar Fiuza assinala que os direitos da personalidade são relativamente indisponíveis, ou seja, não podem ser transferidos a terceiros, todavia, assevera que alguns direitos são disponíveis, tais como “os autorais, os direitos à imagem, ao corpo, aos órgãos, etc., por meio de contratos de concessão, de licença ou de doação”²⁰. Esse

¹⁹ FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito Civil: Teoria Geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 107.

²⁰ FIUZA, César. *Direito Civil: Curso Completo*. 9. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 173.

entendimento corrobora o que se extrai da interpretação do artigo 11 do Código Civil, os Enunciados nos. 4^{o21}, 139²² e 532²³, do Conselho da Justiça Federal.

A eventual cessão de direitos da personalidade deve ser feita pelo próprio titular do direito, se tratando, portanto, de ato personalíssimo, conforme ementa de Acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. CONTA CONJUNTA. CHEQUES FRAUDULENTOS. DESCONTO IRREGULAR. INSCRIÇÃO DO NOME DO CORRENTISTA NOS CADASTROS DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO. EXECUÇÃO. PENHORA DE BENS. ESTORNO DOS VALORES PELA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. QUITAÇÃO DADA POR UM DOS CORRENTISTAS. REPARAÇÃO POR DANOS MORAIS PLEITEADA PELO OUTRO. POSSIBILIDADE. DIREITOS DA PERSONALIDADE. INDISPONIBILIDADE POR ATO DE OUTREM. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA ENTRE OS ARESTOS CONFRONTADOS. 1. A conta conjunta é modalidade de conta de depósito à vista, com a peculiaridade de ter mais de um titular. Nela, como é próprio desse tipo de conta, o dinheiro dos depositantes fica à disposição deles para ser sacado a qualquer momento. Nesse passo, os titulares da conta são credores solidários da instituição financeira em relação aos valores depositados. Trata-se, assim, de solidariedade ativa no que respeita à movimentação dos valores em conta. 2. Retirados irregularmente valores da conta-corrente mantida pelos cônjuges, ambos são credores solidários da instituição financeira em relação à quantia subtraída, podendo qualquer deles dar quitação relativa ao ressarcimento dos valores, nos moldes do art. 900 do Código Civil de 1916. 3. No caso em análise, o banco se cingiu a estornar as quantias dos correntistas. Nesse contexto, a quitação dada ao banco por um dos correntistas a só esse fato se refere, ao dano material, buscando o co-correntista agora apenas a reparação por danos morais, nada requerendo quanto aos valores descontados irregularmente e restituídos pelo banco. 4. A alegação de que o documento firmado pela esposa do recorrido isenta o recorrente de responsabilidade quanto aos danos morais ocorridos, não encontra respaldo sequer na ordem cronológica dos fatos. **5. O dano moral é resultado de lesão aos direitos da**

²¹ Enunciado 4º, I Jornada de Direito Civil – “O exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente nem geral.”

²² Enunciado 139, III Jornada de Direito Civil – “Os direitos da personalidade podem sofrer limitações, ainda que não especificamente previstas em lei, não podendo ser exercidos com abuso de direito de seu titular, contrariamente à boa-fé objetiva e aos bons costumes.”

²³ Enunciado 532, VI Jornada de Direito Civil – “É permitida a disposição gratuita do próprio corpo com objetivos exclusivamente científicos, nos termos dos arts. 11 e 13 do Código Civil.”

personalidade, isto é, à honra, à imagem, à integridade física, ao nome, à liberdade de pensamento, entre outros. Trata-se de direitos indisponíveis, isto é, intransmissíveis e inalienáveis. 6. É certo que essa intransmissibilidade é relativa, pois o impedimento é de que o titular abra mão de seu direito em caráter permanente ou total. Porém, pode ceder seu exercício (não sua titularidade) em caráter parcial e transitório. Entretanto, ainda nessa situação, é o próprio titular que, por ato próprio, pode fazer a cessão. 7. Assim, não poderia a esposa do recorrido, por ato próprio, renunciar ao direito de o marido exigir reparação pelos danos à honra por ele experimentados. 8. Não há similitude fática entre os arestos confrontados a amparar a interposição do recurso pela alínea "c" do permissivo constitucional. 9. Recurso especial conhecido em parte e não provido. (Grifo nosso)²⁴

Os direitos da personalidade também são extrapatrimoniais, ante a ausência de conteúdo patrimonial direto, ou seja, não comportam avaliação econômica, contudo, podem ser economicamente mensurados em caso de violação. Neste sentido, é o entendimento de Nelson Rosenvald e Cristiano Chaves de Farias:

É certo e incontroverso que a honra, a privacidade e demais bens jurídicos personalíssimos de uma pessoa não comportam avaliação pecuniária. São valores existenciais e, por conseguinte, não são susceptíveis de aferição monetária, de um valor patrimonial. Entretanto, uma vez ocorrendo uma violação a estes valores da personalidade, independentemente de causar prejuízo material, surge a possibilidade de reparação do dano moral caracterizado, como forma de compensar o prejuízo imposto à vítima e sancionar o lesante, inclusive com o caráter educativo (preventivo) de impedir novos atentados.²⁵

Não são, pois, susceptíveis de aferição monetária a honra, a privacidade e demais bens jurídicos da personalíssimos de uma pessoa não comportam avaliação pecuniária, entretanto, uma vez violados, independentemente de

²⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial Cível nº 669914/DF*. Recorrente: Banco ABN AMRO REAL LTDA. Recorrido: Sérgio Augusto Santos de Moraes. Quarta Turma Recursal. Relator: Raul Araújo. Julgamento: 25.03.2014. Publicação no Diário de Justiça Eletrônico: 04.04.2014.

²⁵ ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. *Curso de Direito Civil*. v. 1. Salvador: Juspodium, 2013, p. 181.

causar prejuízo material, surge a necessidade de reparação do dano moral caracterizado, como forma de diminuir o prejuízo da vítima e sancionar o lesante, inclusive com o caráter educativo (preventivo).²⁶

A imprescritibilidade impede que a lesão à personalidade do indivíduo venha a convalescer com o passar dos anos, a fim de coibir eventual pretensão ao direito da personalidade, situação que não se pode confundir com a prescritibilidade da pretensão indenizatória de eventual dano decorrente da violação de direito da personalidade.²⁷ Assim, se a violação a um direito da personalidade é imprescritível, os danos (morais ou materiais) efetivamente sofridos por conta de tal conduta ilícita, submetem-se ao prazo prescricional civil, ou seja, se aplica a prescritibilidade na pretensão indenizatória decorrente de um eventual dano à personalidade.²⁸

2 TRANSAÇÃO DE DIREITOS INDISPONÍVEIS: A ARBITRAGEM COMO MEIO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Acerca dos direitos indisponíveis, cumpre mencionar que existe uma compreensão generalizada no sentido de que se tratam de uma especial categoria de direitos, cujo interesse público de efetiva proteção torna irrenunciáveis, inalienáveis e intransmissíveis por parte de seus próprios titulares²⁹.

Há, no entanto, uma aparente controvérsia entre os conceitos de “transação” e “direitos indisponíveis”. A indisponibilidade seria uma opção intervencionista do Estado em relação às liberdades individuais e sociais, no sentido de vedar ou restringir exercício de certos direitos ou interesses, protegê-

²⁶ FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito Civil: Teoria Geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 106-107.

²⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito Civil: Teoria Geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 106.

²⁸ Segundo o Código de Processo Civil brasileiro: Artigo 206. Prescreve: [...] § 3º Em três anos: [...] V - a pretensão de reparação civil.

²⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madri: Editorial Trotta, 2001, p. 32.

los contra lesões ou ameaças provenientes de seus próprios titulares ou de terceiros, posto que, em tese, seria a melhor proteção de determinados interesses ou direitos considerados fundamentais, tanto a título individual, como coletivo.³⁰

Essa indisponibilidade dos direitos fundamentais gera efeitos materiais importantes no direito processual e, a partir da definição da natureza jurídica é possível determinar as prováveis formas para resolução de conflitos, judicial ou extrajudicial, assim como o cabimento e os limites mais ou menos extensivos às soluções consensuais de conflitos.³¹

Cumprе mencionar que a Lei de Arbitragem (Lei 9.307/1996) prevê, em seu artigo 1º, a possibilidade da análise dos litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis pelo sistema arbitral. Já o artigo 3º da Lei 13.149/2015 – Lei da Mediação prevê que a mediação de conflitos pode versar sobre direitos disponíveis ou direitos indisponíveis que admitam transação, portanto, a solução dos direitos, ditos como indisponíveis, não pode ser exclusiva do Poder Judiciário. Todavia, a necessidade da adjudicação pública dos conflitos que envolvem direitos indisponíveis sempre foi predominante no sistema de Justiça brasileiro, posto que presumiria a existência de interesse público.

Ainda a Lei da Arbitragem, após as alterações ocorridas pela Lei 13.129/2015, passou a autorizar o emprego da arbitragem envolvendo o Poder Público. Posteriormente, tanto a Lei 13.105/2015, que instituiu o CPC, quanto a Lei da Mediação preveem o emprego de procedimentos conciliatórios e mediatórios, tanto em juízo quanto fora dele.

A estreita e inapropriada relação estabelecida entre indisponibilidade e inalienabilidade busca justificativa no interesse público a mais adequada proteção dos direitos indisponíveis, mesmo que contrária à vontade das partes.

³⁰ VENTURI, Elton. Transação de direitos indisponíveis? *Revista de Processo*, São Paulo. v. 41, n. 251, p. 391–426, jan., 2016.

³¹ VENTURI, Elton. Transação de direitos indisponíveis? *Revista de Processo*, São Paulo. v. 41, n. 251, p. 391–426, jan., 2016.

Assim, a proibição de qualquer negociação que envolva os direitos indisponíveis tem implicado a ausência de sua proteção adequada.

Tem-se entendido que, apenas, os conflitos relacionados aos direitos patrimoniais disponíveis, como o dano moral e o direito autoral, poderiam ser solucionados pela via privada, qual seja, a arbitragem ou pelos demais meios extrajudiciais de conflitos, como a conciliação, mediação ou transação, posto que não poderia haver óbice para o gozo de exercício desses direitos por seus titulares, sendo que essa admissibilidade restritiva aos direitos patrimoniais disponíveis.³² Neste sentido, poder-se-ia falar em empecilho determinante à acessibilidade da justiça.

Acerca do tema, Virgílio Afonso da Silva traz que se os direitos fundamentais são, necessariamente, direitos de liberdade do indivíduo, nada mais coeso que aceitar a liberdade de não os exercer, de dispô-los ou de renunciá-los. Renunciar a um direito fundamental seria um exercício do direito de liberdade que é intrínseco aos direitos fundamentais, e, embora essa posição acolha algumas ressalvas e limitações, ela vem com uma teoria liberal, a dos direitos fundamentais.³³

Insta salientar que, no que diz respeito à transação, a validade da teoria liberal dos direitos fundamentais, bem como as importantes perspectivas para a resolução de conflitos sociais, a indisponibilidade consequente da inalienabilidade e da irrenunciabilidade dos direitos não podem resultar na presunção de inegociabilidade.

Entende-se que a indisponibilidade de um direito não é, por si só, razão suficiente para justificar a impossibilidade de transação. Nesse sentido tem-se que o direito a alimentos é indisponível, mas o seu *quantum* podem ser objeto de transação, e isso não significa a transação do direito em si.

³² VENTURI, Elton. Transação de direitos indisponíveis? *Revista de Processo*, São Paulo. v. 41, n. 251, p. 391-426, jan., 2016.

³³ SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. Tese de Livre Docência. São Paulo: USP, 2004, p. 163-167.

Segundo Gabriela Freire Martins, uma das maneiras possíveis para entender o artigo 3º da Lei 13.140/2015 seria a concepção de que o direito em si não é transacionado, mas apenas a negociação sobre situações conexas a esses direitos, como forma de cumprimento e vantagens econômicas.³⁴, porém ressalta as dificuldades de se estabelecer precisamente os limites entre o conteúdo dos direitos indisponíveis e as obrigações a eles relacionadas, sem contrariar as premissas básicas a respeito do poder de dispor.

Para Calmon de Passos, indisponível é todo direito em relação ao qual o titular não é livre de manifestar a sua vontade, seja em razão de impedimento de modo relativo pelo ordenamento, isto é, tolere a disponibilidade mediante o atendimento de certos controles (autorização do juiz para a alienação do bem do menor), seja que o ordenamento vete, de modo absoluto, a renúncia ou a transferência do direito ou a modificação quantitativa de seu conteúdo (o estado de esposa ou esposo etc.).³⁵

Apesar do objeto da presente pesquisa não se aplicar ao âmbito trabalhista, e a Lei 13.140/2015 prever que a “mediação nas relações de trabalho será regulada por lei própria”, é salutar reconhecer a importância dos elementos que fornecem para realizar a distinção de direitos imantados por indisponibilidade absoluta ou relativa.

Segundo Maurício Godinho Delgado, nos direitos trabalhistas, a indisponibilidade é absoluta quanto ao direito individual do trabalho, nos casos em que o direito merecer tutela de nível de interesse público, “por traduzir um patamar civilizatório mínimo firmado pela sociedade política em um dado momento histórico” ou “quando o direito enfocado estiver protegido por norma de interesse abstrato da respectiva categoria”, seria, assim, a indisponibilidade do direito à assinatura de CTPS, ao salário mínimo, à incidência das normas de proteção à saúde e segurança do trabalhador. Já a indisponibilidade relativa poderia ser objeto de transação, mas não de renúncia. Esta traduzir interesse

³⁴ MARTINS, Gabriela Freire. Direitos Indisponíveis que admitem transação: breves considerações sobre a Lei n. 13.140/15. *Caderno Virtual*, Brasília, v. 1, n. 22, p. 18-21, 2016.

³⁵ PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Forense, [200?], p. 365.

individual ou bilateral simples, que não caracterize um padrão civilizatório mínimo, como, por exemplo, a modalidade de salário (salário fixo ou variável) que pode sofrer alteração desde que não resulte em prejuízo ao trabalhador.³⁶

Nessa mesma linha de pensamento, Elton Venturi exemplifica que a transação não implica basicamente a renúncia ou alienação dos direitos, visto que há distintos meios negociais. No tocante à cessão de direito material, que caracteriza os processos de transação e a titularidade dos direitos indisponíveis, ela não é afastada em razão da autonomia das vontades das partes. Ademais, há uma variedade de meios administrativos, judiciais e privados a fim de fiscalizar a vontade dos direitos indisponíveis, inclusive o Ministério Público, em relação aos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, que para viabilizar pretensões de restrição ou de vedação do exercício dos direitos a concretos testes de ponderação, o que gera efeito quanto à possibilidade de transação, envolvendo os direitos indisponíveis. Assim, para tutelar os direitos indisponíveis seria necessária uma análise, caso a caso, a fim de verificar a validade e a legitimidade da manifestação dos seus titulares.³⁷

Verifica-se, pois, que a transação dos direitos indisponíveis constitui uma legítima opção para a sua efetiva proteção, tal como os Termos de Ajustamentos de Conduta (TAC) pelo Ministério Público (MP). O TAC é um meio extrajudicial de solução de conflitos coletivos, cuja finalidade é sancionar a parte que cometeu o ato lesivo, resolvendo os aspectos referentes aos prazos e formas de cumprimento de obrigações ou de deveres inerentes à preservação integral dos direitos transindividuais, mas que não afetam a sua indisponibilidade.

Entende-se que o MP, por meio do TAC, impõe obrigações de cunho patrimonial à parte, não havendo, assim, efetiva transação. Portanto, é plenamente possível que os impactos patrimoniais, tais como os direitos autorais, dano à imagem, entre outros relativos aos direitos indisponíveis, inclusive da personalidade, sejam passíveis de arbitragem.

³⁶ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017, p. 232.

³⁷ VENTURI, Elton. Transação de direitos indisponíveis? *Revista de Processo*, São Paulo. v. 41, n. 251, p. 391-426, jan., 2016.

O que pode se verificar é que aqueles que não admitem a discussão dos direitos indisponíveis por intermédio dos meios extrajudiciais de solução de conflitos assumem uma visão paternalista, posto que a transação é a intenção livre e consciente do indivíduo. Neste sentido, deve prevalecer o fundamental direito constitucional da autonomia da vontade das partes, visto que é possível a discussão do impacto patrimonial do direito indisponível e não se pode prevalecer a mera e abstrata rotulagem da indisponibilidade.

Ana Luiza de Andrade Nery afirma que, mesmo que não se reconhecesse a disponibilidade dos direitos fundamentais, parece cada vez mais evidente a necessidade de reconhecer o relativismo conceitual que cobre a indisponibilidade dos direitos.³⁸ Assim, conforme já exposto, os direitos indisponíveis podem sofrer impactos patrimoniais, que podem ser arbitrados, tal como o dano moral. Os direitos imateriais são subjetivos e intrínsecos aos indivíduos, que são relacionados à produção intelectual, artística, acadêmica, industrial, imagem e personalidade e, por isso, não se encontram materializados.

Em relação à tutela de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, tem-se a ideia de que todos os cidadãos podem ter suas pretensões de direito analisadas pelo Poder Judiciário, inclusive se discute, na doutrina e na jurisprudência, questões formais acerca da utilização indistinta da Ação Civil Pública (ACP) para efetivar a proteção desses interesses.

Os litígios coletivos diferenciam-se pela pluralidade de sujeitos interessados e pela relevância social e, atualmente, em decorrência da massificação das relações intersubjetivas, que, somadas à ampliação dos legitimados para invocar a tutela coletiva, criam um contingente de demandas que supera a capacidade da estrutura judiciária.³⁹

A fim de enfrentar a questão, far-se-á uma análise equivalente ao TAC, onde conflitos que envolvem direitos coletivos são firmados por acordos formais

³⁸ NERY, Ana Luiza de Andrade. *Compromisso de ajustamento de conduta: teoria e análise de casos práticos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 142-156.

³⁹ SILVEIRA, Sebastião Sergio da; GUIMARÃES, Leonardo Aquino Moreira; ZACARIAS, Mariana. Meios Alternativos de Resolução de Conflitos: arbitragem de direitos coletivos. *Revista Húmus*. v. 9, n. 25, 2019, p. 64. Disponível em: <http://www.periodicoseletronicos.ufma.br/index.php/revistahumus/article/view/10853>. Acesso em: 10 nov. 2019.

em processos judiciais ou extrajudiciais pelo MP e os outros demais legitimados. Ademais, o TAC possibilita margem para a transação e disponibilidade de direitos difusos que, geralmente, são indisponíveis.⁴⁰

Acerca do processo coletivo, cumpre mencionar que o Código de Defesa do Consumidor (CDC), em seu artigo 81, definiu materialmente os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos inerentes às relações de consumo. Dessa forma, somou-se às demais legislações sobre o tema, tal como a lei da ACP, uma vez que é essencial a previsão material para alcançar *in concreto* a tutela processual.⁴¹

Saliente-se que o CDC adequou a sistemática processual vigente do CPC e ACP,⁴² desta feita, criou-se uma espécie de microssistema processual para as ações coletivas, obtendo um “regime de razoável interdependência-complementaridade das normas que regem as ações coletivas, às quais se integram como se fossem vasos comunicantes”.⁴³

Muito se discute acerca da indisponibilidade desses direitos, contudo a análise dessa indisponibilidade deve ser realizada em cada caso concreto, de acordo com a relevância dos interesses em discussão, posto que, eventualmente, possam existir direitos coletivos, efetivamente, indisponíveis. Dessa maneira, há que identificar o que é disponível e o que é indisponível para que seja objeto da arbitragem coletiva.

O emprego da terminologia “defesa coletiva” ou “tutela coletiva” de direitos individuais homogêneos trata do modo coletivo de tutela, ou seja, do instrumento de defesa, mas não da qualificação coletiva do direito material tutelado.⁴⁴ Ademais, a classificação dos direitos individuais homogêneos, quanto ao

⁴⁰ SILVEIRA, Sebastião Sergio da; GUIMARÃES, Leonardo Aquino Moreira; ZACARIAS, Mariana. *Meios Alternativos de Resolução de Conflitos: arbitragem de direitos coletivos*, p. 64.

⁴¹ THEODORO JR., Humberto. *Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. 51. ed. v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 512-513.

⁴² DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*. 5. ed. v. 4. Salvador: Jus Podivm, 2010, p. 47.

⁴³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 52.

⁴⁴ ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 35.

aspecto subjetivo (titularidade do direito material), trazida por Antônio Gidi, arremata essa tese: “quanto a esse aspecto, não vemos como não atribuir a tais direitos o status de direitos subjetivos: direitos subjetivos difusos, direitos subjetivos coletivos, direitos subjetivos individuais homogêneos”.⁴⁵

Ainda segundo Antônio Gidi, a possibilidade de defesa coletiva de direitos individuais decorre da expressa previsão legal “subjetivos individuais homogêneos”, que representa uma ficção criada pelo direito positivo brasileiro, com a finalidade única e exclusiva de possibilitar a proteção coletiva (molecular) de direitos individuais com dimensão coletiva (em massa)”.⁴⁶

O interesse social confere uma natureza pública e coletiva, mas isso não pode mascarar a característica individual do direito, podendo solicitar individualmente a providência jurisdicional, sem precisar aguardar a iniciativa dos legitimados para a tutela coletiva.⁴⁷

No Brasil, segundo a Lei nº 7.347 de 1985,⁴⁸ ACP é o instrumento jurídico de que podem se valer o Ministério Público e outras entidades legitimadas na defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Por outro lado, não pode, a princípio, ser utilizada para a defesa de direitos e interesses disponíveis, nem para interesses propriamente privados, salvo se puderem interessar a grupos, classes ou categorias de pessoas que se encontrem na mesma situação de fato e de direito, como no caso dos interesses individuais homogêneos.⁴⁹

Frisa-se que a TAC, convencionada pelos legitimados pela Ação Civil Pública, é um exemplo de meio extrajudicial de solução de conflitos coletivo. E,

⁴⁵ GIDI, Antônio. *Coisa Julgada e Litispêndência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 22.

⁴⁶ GIDI, Antônio. *Coisa Julgada e Litispêndência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 30.

⁴⁷ ARAUJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. *Ações Coletivas: A tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos*, Rio de Janeiro: Forense, 2000.

⁴⁸ BRASIL. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e dá outras providências. *Portal da Legislação*, Brasília, DF, 24 jul. 1985. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347Compilada.htm. Acesso em: 01 ago. 2019.

⁴⁹ RIBEIRO, Daniela Menengoti; VINCE, Fernando Navarro; NETTO, João Paulo Gomes. Acesso à justiça: a tutela coletiva de direitos individuais homogêneos e dos direitos da personalidade. *Revista Juris Poiesis*, Rio de Janeiro, vol. 22, n. 30, 2019, p. 278. ISSN 2448-0517. Disponível em: <http://periodicos.estacio.br/index.php/jurispoiesis/article/viewFile/7617/47966414>. Acesso em: 20 jan. 2020.

em que pese a divergência doutrinária acerca da natureza jurídica da TAC, essa divergência não recai sobre a natureza transacional que “por se tratar de acordo, negócio jurídico bilateral, que tem, não apenas o efeito de acertar a conduta de um obrigado às exigências de lei”⁵⁰ tanto que impede a impetração da ação civil pública e a execução dos termos do ajustamento. Portanto, assim como no direito individual, caso o direito indisponível seja difuso, coletivo ou individual homogêneo, seja provido de eventuais impactos patrimoniais *v.g.* dano ambiental, tais direitos podem ser arbitráveis.

Conforme o exposto, verifica-se que muitas são as circunstâncias que podem fazer com que um direito seja considerado indisponível e que a indisponibilidade nem sempre designa uma situação que impede atos de disposição, assim, a indisponibilidade pode indicar apenas uma limitação e não necessariamente uma vedação.⁵¹ Assim, entende-se que tanto os direitos individuais quanto os direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos que versem sobre impactos patrimoniais, acerca dos indisponíveis, são passíveis de transação e possível a sua discussão e análise por meio do procedimento arbitral.

Passa-se, a seguir será exposto a respeito do dano moral e da possibilidade de sua discussão pela arbitragem.

2.1 DO DANO MORAL NA ARBITRAGEM

Consoante ao analisado, os direitos da personalidade constituem, assim, a estrutura da própria personalidade do sujeito, bem como inclui que o valor financeiro desses direitos é secundário, posto que só podem ser avaliados quando ofendidos. Neste momento, se poderá falar em indenização pelos danos

⁵⁰ RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 159.

⁵¹ COSTA, Nilton César Antunes da; SANTOS, Rebeca Barbosa dos. A transação de direitos indisponíveis na mediação. *Revista Direito UFMS*, Campo Grande, v.5, n.1, p. 229, jan./jun. 2019. Disponível em: <https://periodicos.ufms.br/index.php/revdir/article/view/7740/6107>. Acesso em: 15 jun. 2020.

causados a fim de repor a subjetividade ofendida (dano moral) e eventuais danos patrimoniais advindos da ofensa moral podem e devem ser avaliados no bojo da indenização.⁵²

Aquele que ofende moralmente a outrem está, *in verum*, agredindo a personalidade do ofendido, causando, portanto, dano moral passível de indenização. Ademais, reconhecer que os direitos de personalidade são compostos por diversos direitos subjetivos, tais como o direito à honra, à reputação, à liberdade, à intimidade, à privacidade, reconhece-se, desta feita, a existência de direitos coligados a estes.

Ademais, cumpre registrar que a arbitragem tem se constituído um legítimo instrumento de busca dos ideais de justiça nos mais diversos tipos de conflitos, sempre com vistas a uma proteção dos direitos individuais e coletivos garantidos na Lei Maior. Neste sentido, Mauro Cappelletti e Bryant Garth delimitam duas finalidades básicas do sistema jurídico: a de ser acessível a todos a fim de reivindicar seus direitos e resolver litígios, e a de produzir resultados justos:

A expressão “acesso à Justiça” é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico — o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado que, primeiro deve ser realmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos. Nosso enfoque, aqui, será primordialmente sobre o primeiro aspecto, mas não poderemos perder de vista o segundo. Sem dúvida, uma premissa básica será a de que a justiça social, tal como desejada por nossas sociedades modernas, pressupõe o acesso efetivo.⁵³

⁵² VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 172.

⁵³ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 2002, p. 8.

A tutela de direitos sob a égide do princípio do livre acesso à justiça, constitucionalmente consagrado, está ligada a ideia de que todos os cidadãos podem ter suas pretensões de direito analisadas e asseguradas.

A efetividade da prestação jurisdicional consagra a necessidade de que os mecanismos processuais sejam aptos a propiciar decisões justas, e o incentivo à utilização de meios alternativos de solução de conflitos projeta rigorosamente esta máxima.⁵⁴

Tecidas tais considerações, em que pesem os direitos da personalidade terem a característica clássica de indisponíveis, eventuais impactos patrimoniais sobre esses direitos podem ser arbitráveis, questões interessantes podem surgir a respeito dos direitos da personalidade, pois ainda que, por exemplo, quando da violação da privacidade, dos direitos autorais, ou de dano à imagem, entre outros, assim possível a discussão e análise do dano moral, por meio do procedimento arbitral.

Neste sentido, leciona Francisco José Cahali:

Direitos não patrimoniais, pois, de plano são excluídos do juízo arbitral. E assim, os direitos da personalidade (direito à vida, à honra, à imagem, ao nome), o estado da pessoa (modificação da capacidade, como interdição, dissolução do casamento, reconhecimento ou desconstituição da filiação, atributos do poder familiar, como guarda e regulamentação de visitas), ficam excluídos da arbitragem. Mas eventuais impactos patrimoniais destes direitos, como também do direito penal, conforme o caso, são arbitráveis (por exemplo, apuração do dano *ex delicto*, e partilha de bens na separação ou no divórcio).⁵⁵

⁵⁴ OLIVEIRA, José Sebastião de; BRAMBILLA, Pedro Augusto de Souza. A mediação como moldura adequada à solução de conflitos conjugais a partir de uma perspectiva interdisciplinar: pacificação, efetividade da prestação jurisdicional e proteção dos direitos da personalidade. *Revista Pensamento Jurídico*, São Paulo, vol. 12, nº 2, p. 122, jul./dez. 2018. Disponível em: <https://fadisp.com.br/revista/ojs/index.php/pensamentojuridico/article/view/143>. Acesso em: 10 jul. 2020.

⁵⁵ CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem: mediação, conciliação, resolução* CNJ 125/2010. 5. ed. São Paulo: RT, 2015, p. 135.

Desta feita, embora os direitos da personalidade sejam indisponíveis, eventuais violações a eles poderão ensejar pretensões indenizatórias dos danos sofridos, que são absolutamente disponíveis e, conseqüentemente, arbitráveis.⁵⁶

O entendimento não é pacífico. Há discussões acerca do dano moral na arbitragem. Neste sentido, Cesar A. Guimarães Pereira defende que é necessário previsão no compromisso arbitral previsto no artigo 9º da Lei da Arbitragem, e que se difere da cláusula compromissória (artigo 4º da Lei), pois aquele dá-se em face de um litígio atual e presente. Já a cláusula visa à prevenção de litígios eventuais e futuros. Portanto, o compromisso arbitral é um negócio jurídico realizado entre as partes que submete um litígio à decisão arbitral, inclusive, se já estiver sendo dirimido pelo Poder Judiciário.

Não parece também haver dúvida quanto à arbitrabilidade objetiva de aspectos patrimoniais de direitos da personalidade ou outros que tenham um núcleo não patrimonial. É o que ocorre com a ação civil derivada de ilícitos penais ou a reparação por uso indevido da imagem, que podem ser resolvidas por arbitragem se houver convenção das partes nesse sentido.⁵⁷

O entendimento jurisprudencial dominante possibilita a discussão do dano moral pela arbitragem, quando existente compromisso arbitral. Apesar desta condicionante, têm-se o entendimento acerca da possibilidade de discutir o dano moral decorrente da violação de direitos da personalidade por meio da arbitragem, em razão da instituição do compromisso arbitral, o que dependerá, portanto, de cada caso.⁵⁸

⁵⁶ FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Arbitragem, Jurisdição e Execução*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 180.

⁵⁷ PEREIRA, Cesar A. Guimarães. Arbitrabilidade. In: *Manual de Arbitragem para Advogados*, 2015, p. 53. Disponível em: https://www.adambrasil.com/wp-content/uploads/2015/06/Manual_arb_oab_cacb.pdf. Acesso em: 15 jun. 2020.

⁵⁸ RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL POR PERDAS E DANOS CUMULADA COM PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS FUNDADA NA RELAÇÃO CONTRATUAL EXISTENTE ENTRE AS PARTES. EXISTÊNCIA DE CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA NO CONTRATO SOCIAL. AJUIZAMENTO DE ANTERIOR AÇÃO POSSESSÓRIA QUE NÃO IMPLICA RENÚNCIA AO COMPROMISSO ASSUMIDO. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. [...] (STJ - REsp. 1678667 RJ 2015/0062145-7, Relator: Ministro RAUL ARAÚJO, Data de Julgamento: 06/11/2018, T4 -

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os direitos da personalidade estão concebidos pelo princípio da dignidade da pessoa humana, cuja qualidade é intrínseca e distintiva de cada indivíduo. A personalidade é o conjunto de características interiores com as quais o indivíduo revela-se perante seus atributos materiais e morais, e, para efeito jurídico, a personalidade é um bem pertencente à pessoa. Entendida como bem, a personalidade subdivide-se em bens imateriais, tais como a vida, a liberdade, a honra, a intimidade etc., e em materiais, dado o caráter de essencialidade e qualidade jurídica atribuída ao ser.

No tocante à natureza extrapatrimonial e intransmissível, a lesão de direitos da personalidade gera direito à indenização, inegavelmente de natureza patrimonial e transmissível. Assim, em que pese suas características tradicionais, os direitos da personalidade em si não são transacionados, mas apenas a negociação sobre situações conexas a esses direitos, como forma de cumprimento e vantagens econômicas.

Ao final, conclui-se pela possibilidade da efetivação dos direitos da personalidade e do dano moral pela via arbitral, visto que podem sofrer impactos patrimoniais, e sua discussão pela arbitragem pode vir a ser um instrumento legítimo para sua efetivação.

REFERÊNCIAS

ARAUJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. *Ações Coletivas: A tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 12/11/2018). *In*: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial (REsp.) 1678667*. RJ 2015/0062145-7. Recurso Especial. Processo Civil. Relator: Ministra Maria Theresa de Assis Moura. Brasília-DF. 30 de maio de 2017.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

BRASIL. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e dá outras providências. *Portal da Legislação*, Brasília, DF, 24 de jul. 1985. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347Compilada.htm. Acesso em: 01 de ago. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp. 1678667*. RJ 2015/0062145-7. Recurso Especial. Relator: Ministra Maria Theresa de Assis Moura. Brasília-DF. 30 de maio de 2017. Disponível em: <http://www.scon.stj.jus.br/SCON>. Acesso em: 05 de set. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial Cível nº 669914/DF*. Recorrente: Banco ABN AMRO REAL LTDA. Recorrido: Sérgio Augusto Santos de Moraes. Quarta Turma Recursal. Relator: Raul Araújo. Julgamento: 25.03.2014. Publicação no Diário de Justiça Eletrônico: 04.04.2014.

CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem: mediação, conciliação, resolução CNJ 125/2010*. 5. ed. São Paulo: RT, 2015.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 2002.

COSTA, Nilton César Antunes da; SANTOS, Rebeca Barbosa dos. A transação de direitos indisponíveis na mediação. *Revista Direito UFMS*, Campo Grande, v.5, n.1, p. 208 – 232, jan./jun. 2019. Disponível em: <https://periodicos.ufms.br/index.php/revdir/article/view/7740/6107>. Acesso em: 15 jun. 2020.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil: processo coletivo*. 5. ed. v. 4. Salvador: Jus Podium, 2010.

FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito Civil: Teoria Geral*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madri: Editorial Trotta, 2001.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Arbitragem, Jurisdição e Execução*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

FIUZA, César. *Direito civil: Curso Completo*. 9. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GIDI, Antônio. *Coisa Julgada e Litispendência em ações coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: parte geral*. São Paulo: Saraiva, v.1, 2007.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Direitos fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade. In: PEREIRA, Ana Cláudia Távora et al. (Coords.). *Dos direitos humanos aos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

LIMA, Carolina Alves de Souza. *Aborto e anencefalia: direitos fundamentais em colisão*. São Paulo: Juruá, 2012.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria geral das ações coletivas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MARTINS, Gabriela Freire. Direitos Indisponíveis que admitem transação: breves considerações sobre a Lei n. 13.140/15. *Caderno Virtual*, Brasília, v. 1, n. 22, p. 1-25, 2016.

MATTIETTO, Leonardo. Dos direitos da personalidade à cláusula geral de proteção da pessoa. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, Rio de Janeiro, (Edição Especial), 2017, p. 218-323.

NERY, Ana Luiza de Andrade. *Compromisso de ajustamento de conduta: teoria e análise de casos práticos*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

NEVES, Fabiana Junqueira Tamaoki; ISOGAI, Stephanie Karoline Maioli; GODOY, Sandro Marcos. O princípio da cooperação como norma fundamental do processo civil e seus reflexos na arbitragem. *Revista Pensamento Jurídico*, São Paulo, vol. 13, nº 1, p. 9-33, jan./jun. 2019. Disponível em: <https://fadisp.com.br/revista/ojs/index.php/pensamentojuridico/article/view/156/212>. Acesso em: 20 jun. 2020.

NOBRE, Edílson Pereira. O Direito Brasileiro e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 37, n. 145, jan. /mar. 2000.

OLIVEIRA, José Sebastião de; BRAMBILLA, Pedro Augusto de Souza. A mediação como moldura adequada à solução de conflitos conjugais a partir de uma perspectiva interdisciplinar: pacificação, efetividade da prestação jurisdicional e proteção dos direitos da personalidade. *Revista Pensamento Jurídico*, São Paulo, vol. 12, nº 2, p. 117-139, jul./dez. 2018. Disponível em: <https://fadisp.com.br/revista/ojs/index.php/pensamentojuridico/article/view/143>. Acesso em: 10 jul. 2020.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Forense, [200?].

PEREIRA, Cesar A. Guimarães. Arbitrabilidade. In: *Manual de Arbitragem para Advogados*, 2015. p. 53. Disponível em: https://www.adambrasil.com/wp-content/uploads/2015/06/Manual_arb_oab_cacb.pdf. Acesso em: 15 jun. 2020.

RIBEIRO, Daniela Menengoti; VINCE, Fernando Navarro; NETTO, João Paulo Gomes. Acesso à justiça: a tutela coletiva de direitos individuais homogêneos e dos direitos da personalidade. *Revista Juris Poiesis*. Rio de Janeiro. Vol. 22, n. 30, 2019, p. 264-282. ISSN 2448-0517. Disponível em: <http://periodicos.estacio.br/index.php/jurispoiesis/article/viewFile/7617/47966414>. Acesso em: 20 jan. 2020.

RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta: teoria e prática*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. *Curso de Direito Civil*. v. 1. Salvador: Juspodium, 2013.

SILVA, Virgílio Afonso da. *A constitucionalização do direito: os direitos fundamentais nas relações entre particulares*. Tese de Livre Docência. São Paulo: USP, 2004.

SILVEIRA, Sebastião Sergio da; GUIMARÃES, Leonardo Aquino Moreira; ZACARIAS, Mariana. Meios Alternativos de Resolução de Conflitos: arbitragem de direitos coletivos. *Revista Húmus*. v. 9, n. 25, 2019. Disponível em: <http://www.periodicoseletronicos.ufma.br/index.php/revistahumus/article/view/10853>. Acesso em: 10 de nov. 2019.

TARTUCE, Flavio. *Direito civil: Lei de introdução e parte geral*. 11. ed. São Paulo: Método, 2015.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

VENTURI, Elton. Transação de direitos indisponíveis? *Revista de Processo*, São Paulo. v. 41, n. 251, p. 391–426, jan., 2016.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.