

**A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO DIREITO
CONTEMPORÂNEO: uma contribuição à crítica da raiz dogmática do
neopositivismo constitucionalista**

Luiz Edson Fachin

*Mestre e Doutor em Direito das Relações Sociais pela PUC/SP, Professor Titular de
Direito Civil da UFPR e da PUC/PR.*

Carlos Eduardo Pianovski

*Mestre e Doutorando em Direito das Relações Sociais pela UFPR, Professor de
Direito Civil da PUC/PR e da UNIBRASIL.*

1. Introdução.

A dignidade da pessoa humana, imperativo ético existencial, é também princípio e regra constitucional¹ contemplado na ordem jurídica brasileira como fundamento da República, perpassando, por sua força normativa, toda a racionalidade do ordenamento jurídico nacional.

Trata-se de reconhecimento pelo direito de uma dimensão inerente a toda pessoa humana que antecede - como princípio simultaneamente lógico e ético – o próprio ordenamento jurídico. Com efeito, o “mundo do dever-ser” que constituiria o direito, como criação humana, possui elementos “meta-jurídicos” que constituem condição de possibilidade para o próprio direito.

A expressão “*mundo do dever-ser*”, na verdade, é reflexo do patamar de abstração a que o positivismo exacerbado conduziu o direito, forjando clivagem artificial que encerra o direito – como paradoxo desse mesmo positivismo – em uma dimensão metafísica. Não há como admitir que uma

¹ A respeito da dúplici dimensão de princípios e regras inerente às normas jusfundamentais, ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

expressão do espírito humano prepondera sobre o próprio ser humano que a elabora e ao qual, concomitantemente, ela se destina.

O princípio da dignidade da pessoa humana, como bem se pode observar, deve fazer referência à proteção da pessoa concreta, não se reduzindo ao “sujeito virtual”² abstratamente considerado, reputado como mero elemento da relação jurídica ou centro de imputação. Não se trata, pois, como será demonstrado adiante, do sujeito de direito da codificação civil, que se coloca em uma dimensão abstrata³, mas, sim, da pessoa concretamente considerada.

Ingo Sarlet, nesta esteira, aponta a dignidade da pessoa humana como uma “qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.”⁴

Essa concepção toma a dignidade como atributo que se refere ao ser humano concretamente considerado. Infere-se, ainda, outro elemento de extrema relevância, que não pode deixar de ser observado quando se trata do princípio em exame: a dignidade da pessoa humana é imperativo que

² Conforme Jussara MEIRELLES, “*tem-se de um lado o que se pode denominar pessoa codificada ou sujeito virtual; e, do lado oposto, há o sujeito real, que corresponde à pessoa verdadeiramente humana, vista sob o prisma de sua própria natureza e dignidade, a pessoa gente.*” O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial. In FACHIN, Luiz Edson (coord.) *Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 91.

³ Acerca da noção de pessoa no Código Civil, pode-se afirmar que “*a crítica se volta contra a abstração excessiva que se deu sobre o conceito no modelo privado, que desaguou diretamente no Código Civil brasileiro. E é por isso que, não raro, nos elementos da relação jurídica coloca-se o sujeito, e aí se revela claramente que a pessoa não precede ao conceito jurídico de si próprio, ou seja, só é pessoa quem o Direito define como tal.*” FACHIN, Luiz Edson, *Teoria Crítica do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 85.

⁴ SARLET, Ingo. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. Na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 60.

decorre de uma ética de alteridade que paira sobre o direito e deve, necessariamente, informá-lo.

A dignidade da pessoa humana pode ser concebida sob a dúplice dimensão de princípio e de valor.⁵ A sua dimensão axiológica permite afirmar uma prevalência *prima facie* do valor dignidade a determinar toda concretização normativa, ainda que não se afirme uma prevalência formal *a priori* do princípio.

Paulo da Mota Pinto observa a supremacia da dignidade da pessoa humana como valor ao afirmar que da “garantia da dignidade humana decorre, desde logo, verdadeiro imperativo axiológico de toda ordem jurídica, o reconhecimento de personalidade jurídica a todos os seres humanos, acompanhado da previsão de instrumentos jurídicos (nomeadamente direitos subjetivos) destinados à defesa das refrações essenciais da personalidade humana, bem como a necessidade de proteção desses direitos por parte do Estado”.⁶

Dessa afirmação emerge, ainda, a noção de dignidade da pessoa humana como uma tutela geral da personalidade, tema que será retomado mais adiante, que tem implicações no que tange a proteção da integridade moral, física e psíquica da pessoa humana.

A inserção do princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição não é – e não pode ser tomada como – exercício retórico do legislador constituinte: trata-se de norma constitucional que, como tal, é vinculante.

Não há dúvida: sendo a dignidade da pessoa humana valor que antecede o direito e o informa, e, ainda, princípio elevado a fundamento da República, acaba por se constituir valor supremo do sistema jurídico. Por

⁵ Conforme Alexy, a realização de um princípio não deixa de ser, ao mesmo tempo, realização de um valor. Demais disso, tanto princípios como valores são passíveis de ponderação, ainda que os primeiros residam na seara deontológica e os últimos na seara axiológica. ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

⁶ *Apud* SARLET, Ingo. Op. cit., p. 88.

consequente, afigura-se um vetor fundamental na operacionalização dos institutos jurídicos, tanto os de Direito Público como os de Direito Privado.

Sendo o princípio da dignidade da pessoa humana um componente ético-jurídico inafastável ao qual se subordina todo o direito é estreme de dúvida que, também no âmbito do Direito Civil, impõe-se uma releitura dos institutos com vista a preservar e de promover a dignidade da pessoa humana. As relações entre particulares – inclusive, e sobretudo, naquilo que se refere a exercício de atividade de natureza econômica – subordinam-se ao pressuposto que é o respeito à pessoa do outro, tomado como sujeito concreto, dotado de dignidade.

Não há dúvida que o respeito à dignidade da pessoa humana se impõe às relações interprivadas. É precisa a assertiva de Ingo Sarlet:

*“A dignidade da pessoa humana é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais e, no nosso sentir, da comunidade em geral, de todos e de cada um, condição dúplice esta que também aponta para uma simultânea dimensão defensiva e prestacional da dignidade”*⁷

Isso porque, se a dignidade se refere à pessoa concreta, esta não é tomada como indivíduo atomizado e abstrato, mas em uma dimensão de intersubjetividade, ou, como leciona Carlos Fernandez Sessarego, de coexistencialidade⁸.

A preservação e a promoção da dignidade da pessoa humana passam, pois, pela disciplina das relações concretas de coexistencialidade. É nessa dimensão que se dá a concretização do princípio da dignidade, que, a seu turno é tarefa do Estado, “de todos e de cada um”. O espaço

⁷ SARLET, Ingo. Op. cit., p. 46.

⁸ “La revelación de la dimensión coexistencial de la persona, a la par que permite reconocer la importancia del valor solidaridad dentro del derecho, otorga sustento a la posición doctrinaria que postula que el derecho es intersubjetividad, relación entre sujetos.” SESSAREGO, Carlos Fernandez. Derecho y Persona. 2ª. ed. Trujillo: Editora Normas Legales, 1995, p. 86.

privado é, por isso, inequivocamente, lugar fértil e propício à incidência do princípio.

Desse modo, todos os institutos fundamentais do Direito Civil devem atender à dignidade da pessoa, desde a propriedade funcionalizada, passando pelas relações de família até as obrigacionais, aí incluídos o contrato e a responsabilidade civil.

Faz-se necessário, nada obstante, como etapa prévia à análise da operacionalização do princípio da dignidade da pessoa humana no Direito Civil, o exame da concepção contemporânea a respeito do princípio.

Para isso, mister é a análise das raízes filosóficas da racionalidade que (em um dos muitos paradoxos da história) afirmando a pessoa dotada de dignidade como um fim em si mesma, conduziu à construção de um modelo de direito que, em nome do patrimônio e do abstracionismo tecnicista de um cientificismo supostamente neutro, acabou por negar ao ser humano concreto o lugar central das preocupações do jurídico.

Trata-se, pois, de efetuar breve exame da noção kantiana a respeito da dignidade, para que se possa, em um segundo momento, traçar a crítica ao desdobramento a que dadas leituras dessa noção conduziram o direito. Dialeticamente, entretanto, buscar-se-á também recolher a contribuição dessa moral kantiana para a construção de uma ética de alteridade a informar a noção contemporânea de respeito à pessoa humana.

2. Dignidade da pessoa humana e racionalismo: notas sobre a matriz kantiana do conceito de dignidade.

A moral kantiana fundada na autonomia da vontade informada por uma razão pura prática conduziu à fórmula que traz como base a idéia de que o ser humano deve sempre ser tomado também como um fim, e não

apenas como um meio.⁹ Ainda que como meio seja tomado, simultaneamente deverá ser um fim em si mesmo.

Essa concepção, por demais conhecida, pode ser reputada expressão fulcral da idéia de dignidade da pessoa humana no pensamento Moderno. Trata-se, para Kant, da condição de possibilidade do imperativo categórico, que impõe um agir que possa ser elevado, racionalmente, à condição de regra universal.¹⁰

Tomar o ser racional como fim é condição de possibilidade para sustentar a possibilidade universal de informar a autonomia do indivíduo pela razão prática. Nota-se, de plano, que a moral kantiana é, sob esse aspecto, próxima daquilo que viria a se reputar uma ética da alteridade – embora o fundamento seja diverso, bem como a própria forma de se encarar a dimensão coexistencial do humano. Não é moral, por conseguinte, a conduta que conduza a negar ao próprio sujeito ou a outrem a condição de fim em si mesmo.

Segundo Kant, tudo o que se coloca como fim tem ou um preço ou uma dignidade. Terá dignidade aquilo que não pode ser mensurado de modo a se lhe estabelecer preço. O homem, nessa esteira, teria dignidade.¹¹

Daí porque não é possível falar em dignidade da pessoa humana sem mencionar a concepção kantiana a respeito do tema. A discussão que daí emerge, todavia, diz respeito à suficiência ou não dessa razão prática kantiana para conduzir à compreensão da dignidade humana.

A formulação kantiana expressa no imperativo categórico é traço relevante que reflete a pretensão emancipatória da Modernidade, que tem em Immanuel Kant um dos seus maiores expoentes.

⁹ KANT, Immanuel. Fundamentos da Metafísica dos Costumes. Rio de Janeiro: Ediouro.

¹⁰ KANT, Immanuel. Crítica da Razão Prática. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

¹¹ Kant, Immanuel. Fundamentos, op. cit.

Para além disso, mister é examinar a construção jurídica que se segue a Kant, seja a chamada “neokantiana” (que tem em Kelsen um de seus expoentes) ou aquela que, de um modo ou de outro, se vincula a uma perspectiva racionalista, ainda que não fundada diretamente na matriz kantiana (como a da Escola Pandectista).

Isso porque, se de um lado, Kant proclama o ser humano, dotado de dignidade, como fim em si próprio, é o pensador, também, a base para a construção teórica que, distinguindo direito de moral, conduziu, já no século XX, ao ápice do positivismo jurídico, com a Teoria Pura do Direito, de Kelsen. A razão kantiana, que serve de fundamento à dignidade por ele proclamada, coloca-se em um lugar abstrato, sendo integrada por juízos meramente formais.

Em outras palavras: a dignidade humana de Kant poderia acabar por se reduzir – sobretudo na formulação dos neo-kantianos – à proclamação discursiva, que se encontra em lugar formal, abstrato. A dignidade humana, em Kant, paradoxalmente, pode receber leitura que a reduza a um desdobramento de uma “razão metafísica”.

O direito, distinto da moral, que também busca, na matriz kantiana, adequação à lei universal racionalmente aferível a partir do imperativo categórico, acabou por se reduzir, como fruto do racionalismo que culmina em Kelsen, a um conjunto de conceitos, dentre os quais se situa a própria pessoa. Esta se transforma, na elaboração jurídica dos que se seguem a Kant, em “centro de imputação normativa”,¹² ou, na formulação da Pandectística – também racionalista, ainda que não kantiana – mero elemento da relação jurídica.

São esses os dois momentos da análise preliminar da dignidade da pessoa no Direito Civil de matriz racionalista: a afirmação da dignidade –

¹² KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

inclusive pela doutrina dos direitos de personalidade – e a sua negação, pela abstração da figura do sujeito.

3. Individualismo, patrimonialismo e abstração: o legado do racionalismo dos séculos XVII a XIX para Direito Civil.

A pretensão emancipatória que informa a Modernidade deu lugar, sob muitos aspectos, ao paradoxo na negação do humano. Boaventura de Souza Santos¹³ traz interessante diagnóstico sobre como um dos pilares de base da Modernidade acabou por se sobrepor ao outro: vale dizer, o pilar da emancipação foi colonizado pelo pilar da regulação.

A *razão moderna*, que, ao contrário do legado pela filosofia grega acabou por se reduzir, quase que exclusivamente, a uma razão instrumental, conduz todo o saber a um viés cientificista. A crença na previsibilidade e na possibilidade de controle dos eventos reduz o saber a uma noção de ciência que abstrai o objeto e o sujeito como entes entre os quais há inafastável cisão¹⁴.

Essa razão instrumental é linear, traçando puramente uma relação direta entre meios e fins. O mercado – situado por Boaventura no pilar da regulação – é regido por essa racionalidade linear. E a ciência, do mesmo modo, responde a essa ordem de idéias e de práxis.

Não se trata de coincidência, uma vez que a mútua simbiose entre mercado e desenvolvimento científico constitui uma das marcas facilmente aferíveis na construção histórica das sociedades de mercado.

¹³ SANTOS, Boaventura de Souza. *A Crítica da Razão Indolente: Contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez, 2001.

¹⁴ Cisão esta que, diga-se, é rechaçada por Kant.

A pretensão de controle e previsibilidade supostamente assegurados pela racionalidade instrumental constitui a bússola do pilar regulatório da Modernidade, que se espalha por todos os saberes – o direito, inclusive.

Com efeito, o jurídico, em sua construção Moderna, apesar da pretensão emancipatória, é estruturado sobre essa razão instrumental regulatório que tem por objetivos centrais a previsibilidade e a segurança.

É discurso por demais conhecido, e repetido à exaustão, o de que o direito teria por função assegurar a “paz social”. Trata-se de reflexo da racionalidade regulatória, que em nome de uma “paz” – sobre a qual não se questiona a quem se destina – estrutura um modelo de direito fundado em conceitos estáveis e em uma pretensão de neutralidade do operador jurídico. O ser humano concreto se transforma em meio para essa estabilidade, na medida em que não é ele o fim último: o fim se apresenta na abstração do dado formal a que se denomina “segurança jurídica”.

Não se nega, por óbvio, que a segurança jurídica seja valor relevante, até mesmo como instrumento de tutela da dignidade da pessoa. O problema se situa na inversão de valores que faz da segurança princípio supremo, corolário da clivagem “real *versus* abstrato” a que a cisão da razão Moderna conduziu o modelo de direito sob ela construído.

No que respeita, especificamente, ao Direito Civil, três foram os caracteres fundamentais construídos com base nesse “racionalismo” fundado em uma razão instrumental: individualismo, patrimonialismo e abstração.¹⁵

O individualismo e o patrimonialismo pode ser examinados em conjunto, haja vista a intrínseca relação entre esses dois caracteres.

¹⁵ FACHIN, Luiz Edson. Teoria Crítica do Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

4. Noções Introdutórias sobre a chamada “repersonalização” do Direito Civil

A dignidade da pessoa humana, tomada em sua concretude - e não como ente abstrato situado em um lugar metafísico – encontra seu lugar no Direito Civil na denominada “repersonalização”.¹⁶ Pode-se dizer, com efeito, que a centralidade da pessoa no Direito Civil oitocentista somente se identifica no âmbito do discurso que insuflou a utopia Liberal, “leitmotiv” da construção do Direito Privado Moderno, consoante anteriormente explicitado.

Já se demonstrou, entretanto, como do discurso centrado em elemento puramente formal culminou a racionalidade que fez a dignidade da pessoa ser sobrepujada pelo patrimonialismo e pelo conceitualismo.

“Repersonalizar” o Direito Civil é, portanto, conforme as lições de Tepedino¹⁷ e Perlingieri¹⁸, colocar a pessoa humana no centro das preocupações no Direito. Trata-se de revisitar, de algum modo, a idéia de que o ser humano é dotado de dignidade, e que constitui fim em si próprio. O fundamento, porém, aqui, é diverso daquele que informa a ordem de idéias defendida por Kant: na dialética que nega a abstração kantiana emerge síntese que impõe a tutela da pessoa por sua condição de concretude, de sujeito de necessidades.

O lugar metafísico em que se coloca a abstração do sujeito racional – e, ao menos neste ponto, deve-se concordar com Nietzsche¹⁹ – está morto. A dignidade da pessoa é dado concreto, aferível no atendimento das necessidades que propiciam ao sujeito se desenvolver com efetiva

¹⁶ CARVALHO, Orlando de. A Teoria Geral da Relação Jurídica. Coimbra: Centelha, 1981.

¹⁷ TEPEDINO, Gustavo. Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

¹⁸ PERLINGIERI, Pietro. Perfis do Direito Civil. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

¹⁹ A observação de Nietzsche, como e vê, é aceita com reservas, ante a dificuldade que decorre da ausência de uma ética de alteridade na obra do filósofo alemão. A respeito da crítica à metafísica, releva citar, entre outras obras, a “Genealogia da Moral”.

liberdade – que não se apresenta apenas em um âmbito formal, mas se baseia, também, na efetiva presença de condições materiais de existência que assegurem a viabilidade real do exercício dessa liberdade.

Não se trata do individualismo abstrato do Liberalismo nem, tampouco, de concepção coletivista que coloca o todo como ente diverso dos seres concretos que o compõem – ou seja, como ente também abstrato a ocupar um lugar metafísico.

Trata-se, sim, de proteger a pessoa humana em sua dimensão coexistencial, cuja rede de relações constitui a sociedade. Não é possível conceber o indivíduo sem o outro, pelo que a tutela da dignidade humana é sempre interindividual, baseada em uma ética de alteridade, e jamais individualista.²⁰

Vem à tona, nessa esteira, a relevância dos direitos fundamentais, sobretudo no que toca a discussão sobre sua eficácia nas relações interprivadas.

O Direito Privado contemporâneo – e, mais especificamente, o Direito Civil – vem deixando à margem as concepções individualistas do passado, para se ocupar da proteção da dignidade da pessoa humana em dimensão coexistencial.

Nem por isso – vale observar - deixa de ser Direito Privado. Este, que tradicionalmente se ocupa do sujeito proprietário, construído pela abstração dos conceitos, passa a se ocupar do sujeito concreto, que vale pelo que é, sem que precise, para adquirir relevância para o Direito Privado, ser qualificado pelo “ter”.

Vale enfatizar que o relevante fenômeno da *constitucionalização* do Direito Civil não destrói a autonomia deste último. A Constituição é, assim,

²⁰ Anote-se, aqui, a relevante reflexão de Maria Celina Bodin de Moraes, ao vincular a dignidade da pessoa humana simultaneamente à liberdade e à solidariedade. O Conceito de Dignidade Humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: Ingo Wolfgang Sarlet (coord.) Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. 2ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 107 – 150.

uma *regra maior*, que de há muito deixa de ser morada exclusiva das regras e princípios de Direito Público.

Os Direitos Fundamentais deixam de ser reputados apenas como direitos exercidos pelo indivíduo frente ao Estado, mas passam a ser “leitmotiv” das relações entre pessoas concretas. Essas relações constituem o objeto do Direito Privado e, mais especificamente, no que tange a proposta deste estudo, do Direito Civil.

5. Direitos Fundamentais e Direito Privado

É lugar comum cogitar da distinção entre Direitos de Personalidade e Direitos Fundamentais: estes incidiriam sobre as relações entre indivíduo e Estado, ao passo que os Direitos de Personalidade diriam respeito à relação entre indivíduos.

Contemporaneamente, entretanto, essa distinção perde muito de sua razão de ser. A eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais sobre as relações de Direito Privado conduz à conclusão de que a proteção civil aos Direitos de Personalidade nada mais é do que uma faceta dessa incidência dos Direitos Fundamentais sobre as relações interindividuais.

Seja essa eficácia horizontal ou vertical – como admite Ingo Sarlet²¹, ao tratar do denominados “poderes privados” – o fato é que se pode verificar com clareza espaço em que se apresenta identidade de fundamento entre dados Direitos Fundamentais e os Direitos de Personalidade: ambos decorrem do princípio maior da tutela da dignidade da pessoa humana.

Essa reflexão permite um passo adiante: não apenas os fundamentos são comuns, mas o próprio conteúdo dos Direitos de Personalidade se

²¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In A Constituição Concretizada. Editora Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2000.

insere naquilo a que se pode denominar Direitos Fundamentais. A distinção nesse passo, que se fundava na clivagem entre público e privado, e que aprisionava os Direitos Fundamentais ao âmbito público perde sentido.

Pode-se afirmar, diante da concepção contemporânea a respeito da dignidade da pessoa humana e da relação entre Constituição e Direito Civil que os Direitos de Personalidade nada mais são que Direitos Fundamentais, não havendo sentido na distinção outrora proclamada.

Nem todos os direitos fundamentais, é certo, são direitos de personalidade. Estes, conforme Rabindranath Capelo de Souza, decorrem do complexo psíquico-somático-ambiental que constitui a personalidade humana.²² O direito ao devido processo legal, por exemplo, é direito fundamental, mas não é direito de personalidade.

Pode-se dizer, nessa esteira, que a construção jurídica dos Direitos de Personalidade constitui subconjunto do universo mais amplo de Direitos Fundamentais e que, como tais, aplicam-se tanto às relações que envolvem o Estado como naquelas que envolvem apenas indivíduos.²³

Mais que isso: diante possibilidade da eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais nas relações interprivadas²⁴, não mais se pode cogitar da restrição absoluta operada pela clivagem entre Direito Público e Direito Privado. Ou seja: não apenas os Direitos de Personalidade se aplicam às relações interprivadas, mas os demais Direitos Fundamentais.

Não poderia ser diferente. Restringir de modo absoluto a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana – de “status” constitucional – a limites definidos pelo legislador infraconstitucional na disciplina dos Direitos de Personalidade seria menoscabo pela Constituição e intolerável violação da própria dignidade da pessoa.

²² SOUZA, Rabindranath Capelo de. O direito geral de personalidade. Coimbra: Ed. Coimbra, 1995.

²³ CANOTILHO, J.J. Gomes. Curso de Direito Constitucional, 21 ed., São Paulo: Saraiva, 2000, p. 372.

²⁴ Que não exclui, por óbvio, a eficácia mediata. Nesse sentido, UBILLOS, Juan Maria Bilbao. En que medida vinculan a los particulares los derechos fundamentales? In: Ingo Wolfgang Sarlet (coord.) Constitución, Derechos Fundamentales e Derecho Privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 301 – 340.

Impende reafirmar, portanto, que independente da existência ou não de previsão infraconstitucional a respeito de Direitos de Personalidade, a dignidade da pessoa humana nas relações interprivadas é protegida pela aplicação Direitos Fundamentais – inclusive em sua forma direta e imediata -, constituindo estes universo mas amplo que abrange os próprios Direitos de Personalidade.

Isso não significa, todavia, que a construção jurídica dos Direitos de Personalidade tenha se tornado desnecessária. Não se pode deixar de ter em conta que, mesmo antes do Direito Público, o Direito Civil já debatia a proteção da pessoa por meio dos Direitos de Personalidade – ainda que fulcrado na perspectiva de abstração que fundou o pensamento jurídico do século XIX. Relevantes contribuições ao exame da dignidade da pessoa humana põem ser colhidas da análise da doutrina sobre os Direitos de Personalidade, sobretudo no que tange a idéia de uma Tutela Geral da Personalidade. É este o debate que será examinado a seguir:

6. A Tutela Geral da Personalidade

A polêmica doutrinária oitocentista em se apresentava a oposição entre os que sustentavam uma tutela geral da personalidade e os que preconizavam um tutela tipificada apresenta-se superada à luz das noções contemporâneas acerca do próprio fundamento dos direitos de personalidade.²⁵

Se for pertinente uma tutela específica a certos direitos, dúvida não há de que essa proteção não é incompatível com uma tutela geral.

²⁵ A respeito do tema, relevantes subsídios podem ser extraídos de: SZANIAWSKI, Elimar. Direitos da Personalidade e sua Tutela. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

O que aqui se traz como questão de fundo, a sobrepujar a polêmica, é a análise da pertinência do exame da tutela geral da personalidade para a questão atinente à dignidade da pessoa.

Isso porque essa pertinência se revela na identificação do fundamento contemporâneo da tutela geral, que reside, precisamente, no princípio da dignidade da pessoa humana.

Os direitos de personalidade da pessoa natural não têm por fundamento o dado abstrato da personalidade jurídica, mas, sim, a personalidade como dado inerente ao sujeito concreto.

É, como anteriormente exposto, no que se infere do dizer de Capello de Souza, um complexo psíquico-somático-relacional, ou seja, é integrado pelos elementos físico e psíquico em conjunto com a relação desses elementos com o meio – e, sobretudo, com outros sujeitos.

Isso conduz à conclusão de que, não sendo os direitos de personalidade uma “concessão” do direito positivo, desnecessário é tipificar cada direito de modo a inseri-lo no “mundo do direito”. A visão contemporânea a respeito da idéia de sistema no direito e dos métodos de construção normativa demonstra que não se sustenta a noção de que a aplicação do direito se daria por meio da subsunção a modelos rígidos de relações jurídicas, dependendo de respostas prontas que prescindam da problematização do caso concreto.

A personalidade que se apresenta como tutelada pelo direito não é, pois, mero objeto criado pela norma.

Impende distinguir, pois, a personalidade como dado concreto e a personalidade como atributo genérico que permite a alguém integrar relações jurídicas na condição de sujeito de direito.²⁶

²⁶ MEIRELLES, Jussara. O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial. In Luiz Edson Fachin. Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

A personalidade definida à luz da abstração que marca o positivismo jurídico oitocentista, e que adentra o século XX culminando em Kelsen nada mais é que atribuição normativa. Em outras palavras, “ascende” à condição de pessoa aquele que a quem a ordem jurídica “concede” tal condição. Não é, por certo, como se vê, a essa personalidade que se refere a tutela geral que aqui se está a explicitar.

Isso porque a dignidade da pessoa humana não é dado que nasce do direito positivo, integrando dimensão que, como exposto, antecede o direito.

A gênese da tutela, assim, não reside na lei, sendo desnecessário arrolar direitos para que eles possam receber proteção jurídica: tudo aquilo que é inerente à personalidade o sujeito concreto é digno de proteção jurídica, por dizer respeito à dignidade da pessoa humana.

Centrar a tutela geral a personalidade no princípio da dignidade da pessoa é, portanto, trazer como fundamento desses direitos o mesmo princípio que dá base aos direitos fundamentais.

7. A Dignidade da pessoa humana e os “três pilares do Direito Civil”.

O princípio/regra constitucional da dignidade da pessoa humana pode incidir direta e imediatamente sobre as relações de Direito Civil. Não se afigura como sustentável a barreira dogmática que outrora se pretendia erigir entre Constituição e Direito Privado, segundo a qual somente se admitia a incidência do texto constitucional sobre as relações interprivadas por meio do “filtro” das normas e princípios próprios ao Direito Civil (construídos, na Modernidade, sob o “leitmotiv” do individualismo proprietário²⁷).

²⁷ Sobre o individualismo proprietário, ver, por todos, BARCELONA, Pietro. *L'individualismo Proprietário*. Torino: Boringhieri, 1987.

À luz dessa ordem de idéias, revela-se inequívoca a repercussão do princípio em tela na configuração do perfil contemporâneo dos pilares de base do direito civil: contrato, propriedade e família.²⁸

Se for certo que os direitos fundamentais podem possuir aplicação direta e imediata sobre as relações interprivadas, por meio de sua eficácia horizontal (ou mesmo vertical, como bem ensina Ingo Sarlet, no pertinente aos poderes privados), parece adequado pretender sistematizar alguns desses possíveis efeitos por meio da análise das mais relevantes searas de incidência do princípio no Direito Civil.

Com efeito, dúvida não há de que a aplicação do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana parte da tópica, uma vez que não se trata de formular um conceito exauriente e abstrato de dignidade mas, sim, zelar pela satisfação de necessidades fundamentais que propiciem aos sujeitos o livre desenvolvimento de capacidades individuais.

Utilizar princípios, por certo, é admitir ponderação de valores “in concreto”, buscar superar a simples subsunção lógica em favor de métodos de decisão, pelo que não cabe, aqui, a postura mecanicista da clivagem do discurso jurídico, da valoração “a priori”, das respostas “prêt à porter”.

De outro lado, não contrasta com essa racionalidade a pretensão de apontar os aspectos por meio dos quais se pode identificar instrumentos de aplicação e repercussões diretas do princípio em tela para o Direito Civil contemporâneo. A noção de que a norma jurídica se constrói topicamente não afasta a pertinência da sistematização: decidir topicamente não é decidir casuisticamente, pelo que a referência apta a definir as soluções tópicas se encontram no sistema. As soluções topicamente obtidas, a seu turno, também são passíveis de sistematização, devendo-se, sempre ter em conta, nada obstante, que essa sistematização é instrumental, não constituindo fim em si mesma.

²⁸ CARBONNIER, Jean. *Flexible Droit*. Paris: LGDJ.

Inequívoco, portanto, ser relevante a investigação dos aspectos mais destacados que emergem da incidência do princípio da dignidade da pessoa humana sobre os três pilares de base do Direito Civil. O exame que aqui se leva a efeito, diante dos objetivos inerentes a este texto, é limitado à identificação panorâmica das mais relevantes repercussões do princípio em foco nas titularidades, trânsito jurídico e família, sem pretensão de verticalização dos aspectos aqui aludidos.

Nesse plano, pode-se partir da identificação da configuração contemporânea do direito de propriedade para localizar os limites e possibilidades da incidência do princípio da dignidade da pessoa humana sobre o pilar das titularidades.

O primeiro desses aspectos que se apresentam na seara das titularidades é a noção de função social da propriedade. Se a história adverte ao estudioso e ao aplicador do direito que o discurso pertinente a função social ainda não logrou êxito em promover, na plenitude esperada, uma “repersonalização” do direito de propriedade, mostrando-se pertinente um repensar – sempre de sentido emancipatório – do conteúdo e do fundamento dessa funcionalização, não se nega que, no movimento dialético que conduz a história, seria um equívoco negar a pertinência da função social da propriedade para a busca da concretização da dignidade da pessoa no Direito Civil.

Como sustenta Perlingieri,²⁹ impõe-se uma funcionalização das situações subjetivas patrimoniais as situações existenciais: do “Ter” em relação ao “Ser”, da propriedade em relação ao sujeito, seja ele titular ou não.

A noção de que “a propriedade obriga”, que se extrai da Constituição de Weimar de 1919, foi dado marcante que ensejou, nas décadas que se seguiram, a preocupação dos ordenamentos jurídicos em adequarem um

²⁹ PERLINGIEIRI. Op. cit.

equilíbrio entre o atendimento de interesses individuais e coletivos na seara do direito de propriedade. Se essa concepção originária de um dado “coletivo” merece um repensar, não se pode negar que ela se apresentou como de extrema relevância para abrir fissuras na concepção puramente individualista herdada da construção Liberal.

Pode-se dizer, sem embargo, que talvez a repercussão mais relevante da incidência do princípio da função social da propriedade para o Direito Civil seja um dado reflexo dessa funcionalização: a preocupação com a questão do acesso.

Permitir que mais pessoas passem a ter acesso a bens – seja na condição de titulares ou de possuidores – é, por excelência, o modo de propiciar existência digna aqueles que, historicamente, se colocavam a margem de um Direito Civil que destinava sua tutela apenas ao indivíduo proprietário.

Acesso a bens, cabe ressaltar, não se confunde, necessariamente, com direito de propriedade (embora o acesso a esse direito se coloque, também, no âmbito de preocupações de um direito civil “repersonalizado”): uma maior autonomização do direito a posse, não mais visto como guarda avançada da propriedade, também se vincula a essa pretensão de acesso.

A redução de prazos para aquisição por usucapião – sobretudo se a posse atender a requisitos tendentes ao atendimento da função social da propriedade – também é instrumento coerente com a proteção da dignidade da pessoa por meio do acesso. Nessa seara, cabe reconhecer mérito a nova codificação - nada obstante as muitas críticas a que ela faz jus – ao valorizar a posse-trabalho e a questão atinente a moradia como hipóteses aptas a ensejar redução de prazos para aquisição por usucapião.

Pode-se apontar, ainda, em hermenêutica sistemática construtiva, a existência, no ordenamento jurídico brasileiro, da tutela de um patrimônio

mínimo personalíssimo.³⁰ Trata-se de subprincípio que pode, por exemplo, apresentar-se como exceção de direito material a execução. Trata-se de reconhecer limites para a responsabilidade patrimonial do devedor, por meio da vedação a pretensão de reduzi-lo a miserabilidade. Trata-se, ainda, não apenas de assegurar um mínimo existencial – o que poderia se confundir com uma espécie de “caridade pública”, ela própria, não raro, atentatória a dignidade – mas, sim, de assegurar um patamar patrimonial que propicie um livre desenvolvimento de capacidades individuais.

Ainda na seara das situações subjetivas patrimoniais, cabe passar da dimensão da propriedade estática à seara do trânsito jurídico, que aqui se apresenta como o segundo pilar de base do Direito Civil. Destaca-se, nessa senda, a figura do contrato: trata-se do instrumento por excelência do trânsito jurídico, oferecendo dimensão dinâmica às titularidades.

Afigurando-se como instrumento de trânsito econômico, emerge a noção de contrato como instrumento de satisfação de necessidades. Não há dúvida de que a função econômica do contrato constitui seu fio-condutor, não se podendo perder de vista, nada obstante isso, que a compreensão do dado econômico em sentido lato passa pelo atendimento de necessidades existenciais.

Daí não haver total incompatibilidade entre a noção de contrato como instrumento de trânsito de bens e de interesses com a concepção de que ele serviria ao livre desenvolvimento da personalidade. O atendimento de necessidades existenciais, que também se qualificam como econômicas, vem na esteira do atendimento da dignidade da pessoa.

Impende, porém, ter em conta que, se a noção de proteção da dignidade da pessoa pretende ser “leitmotiv” do trânsito econômico efetuado por meio das vestes jurídicas do contrato, cabe à lei impor balizamentos que

³⁰ FACHIN, Luiz Edson. Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

permitam ao contrato não transformar-se em antítese da satisfação daquela mesma dignidade.

A configuração contemporânea da autonomia privada, circunscrita pela lei de modo a propiciar a não afronta, pelo contratante mais forte, à liberdade do mais fraco é o elemento fulcral dessa incidência do princípio da dignidade da pessoa sobre os contratos.

Essa funcionalização da liberdade contratual (expressão da autonomia privada) à dignidade da pessoa tem status constitucional, uma vez que, em sentido amplo, decorre do comando do artigo 170 da Constituição, que, expressamente, prevê que a livre iniciativa será exercida em função da existência digna e da justiça social.

O princípio da boa-fé pode também ser reputado corolário, *quantum satis*, do princípio da dignidade da pessoa, desde que sua leitura seja fincada na perspectiva de que se trata de princípio que vem dar vestes jurídicas a uma ética de alteridade, e não apenas configurar-se como instrumento assecuratório de uma segurança jurídica formal.

Por derradeiro, tem-se o terceiro pilar do Direito Civil, a família, como seara fértil à aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana. Como fenômeno sociológico apreendido por meio da porosidade do direito a família sofreu, no século XX, um processo por meio do qual suas funções pessoais se sobrepuseram às institucionais.

As relações familiares passaram a privilegiar o afeto, a satisfação de aspirações coexistenciais. Essa nova configuração do fenômeno familiar é apreendida pelo direito.³¹

Com efeito, passa-se a prescindir de modelos pré-definidos para admitir o ingresso de dada relação de natureza familiar no âmbito de pertinência do direito. De um modelo único (matrimonializado) passa-se à

³¹ FACHIN, Luiz Edson. Direito de Família: Elementos Críticos à luz do Novo Código Civil Brasileiro. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

família plural, propiciando a apreensão jurídica dos fenômenos que, no plano dos fatos, caracterizam-se como famílias.³²

Isso se deve ao fato de que o regramento da família pelo direito deixa de ter por escopo criar amarras em nome de uma suposta estabilidade institucional, mas passa a ser instrumento de assistência à família na pessoa de cada um de seus membros.

Em outras palavras, visa o direito a trazer elementos protetivos da dignidade da pessoa no âmbito de suas relações familiares, propiciando, sem o engessamento dos modelos fechados, permitir que a entidade familiar sirva de instrumento ao livre desenvolvimento da personalidade de seus componentes. Trata-se de proteger um espaço de afeto e, simultaneamente, oferecer meios de tutela da dignidade dos componentes da família quando aquele se extingue e os vínculos se rompem.

Trata-se do princípio eudemonista,³³ diretamente derivado do princípio da dignidade da pessoa humana. A “felicidade” coexistencial objetivada pelo princípio eudemonista não é, por óbvio, “produzida” por meio da lei, como a estabilidade artificial imposta pela perspectiva que valorava as funções institucionais da família como superiores às funções pessoais. O objetivo, aqui, ao contrário, é instrumental: prestar assistência para propiciar que os sujeitos, livremente, busquem essa felicidade que, por coexistencial, não ignora o outro.

Por isso, falar em dignidade da pessoa no direito de família não consiste em, pura e simplesmente, cancelar o desejo: este é aspecto relevante, mas não constitui o objeto imediato das preocupações do direito. Com efeito, a chancela plena do desejo de um componente da família pode gerar afronta à dignidade do outro. Daí o sentido da coexistencialidade

³² PIANOVSKI RUZYK, Carlos Eduardo. Famílias Simultâneas: da unidade codificada à pluralidade constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

³³ OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. Curso de direito de família. 2^a ed. Curitiba: Juruá, 1998.

como balizamento útil à incidência do princípio da dignidade da pessoa humana no direito de família: não se dirige a assistência somente ao indivíduo atomizado nem, tampouco, ao coletivo abstrato, mas, sim, à dimensão que emerge da relação entre o “eu e o outro”.

Outros princípios que refletem a incidência da dignidade da pessoa sobre o direito de família dizem respeito à igualdade entre os cônjuges e entre os filhos. Quanto à filiação é cristalina a vedação constitucional a qualquer tratamento e designação discriminatórios, pondo termo à aviltante distinção entre filhos legítimos e ilegítimos e, dentre estes últimos, naturais e espúrios. O subprincípio da inocência também se põe ao lado da igualdade a densificar o princípio da dignidade da dignidade da pessoa humana nas relações pertinentes aos filhos.

A igualdade entre os cônjuges, por sua vez, reflete décadas de lutas pela emancipação feminina, constituindo apreensão pelo direito da nova configuração social das relações familiares, além de, também, densificar o princípio da dignidade da pessoa humana. A relação entre dignidade e igualdade é evidente, tornando-se ainda mais flagrante tratando-se da mulher casada, que, até a década de 60 do século XX, não apenas se subordinava à hierarquia do “chefe da família” mas, também, sofria redução de sua capacidade jurídica pelo fato do casamento.

8. À guisa de conclusão.

O caminho que pretende a construção de um direito civil emancipatório, em oposição àquele centrado no individualismo proprietário, passa, necessariamente, pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

Tal sendo arrosta as concepções tradicionais do Direito Civil e do Direito Constitucional, especialmente aquelas ancoradas nos ideais da Modernidade.

O Direito Contemporâneo reclama, assim, à luz dessa principiologia axiológica de índole constitucional, a superação das dicotomias antigas, das fronteiras rígidas entre Direito Privado e Direito Público, e ao mesmo tempo, reafirmar singularidades que jamais podem deixar de impor conhecimento e reconhecimento das construções clássicas, nomeadamente em matéria dos direitos de personalidade.

O desafio do presente é recolher a contribuição do pretérito e projetá-la para o porvir, problematizando teorias e práticas que acalentaram, durante décadas, ao menos no Brasil, uma concepção insular de institutos e figuras jurídicas pouco apta a formar mentes e corações que, a partir (e por meio) do discurso e da prática jurídica, não reproduzam conhecimentos e sim se proponham a dar efetividade constante ao texto normativo constitucional.