

2

Os Princípios Constitucionais como informadores do Direito Civil

Introdução

No presente capítulo será abordada a importância da Constituição Federal para a leitura das normas infraconstitucionais, a construção de um direito civil-constitucional, a flexibilização das barreiras entre direito público e privado, e a mudança de paradigma na exegese constitucional e civil. Tal perspectiva é pressuposto fundamental para que se desenvolva, posteriormente, o debate acerca dos direitos da personalidade e do direito à identidade pessoal na perspectiva defendida, sobretudo a sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro.

2.1

A consagração do liberalismo no Código Civil de 1916

Toda a disciplina do século XIX gravitou, fundamentalmente, em torno da concepção liberal de Estado, que se preocupava com duas realidades: a liberdade – e, nesse espaço de liberdade, o exercício da atividade econômica através dos contratos – e, paralelamente, a garantia do direito de propriedade. A burguesia, a quem interessava a garantia do direito de propriedade e a menor intervenção possível do Estado para que fossem livres as atividades comerciais, vencedora da Revolução Francesa, fez, com o *Code Napoléon*, sua a lei. Para assegurar seu cumprimento, era necessário que os conceitos jurídicos fossem fechados e que

reinasse absoluto o mandamento de que o contrato é lei entre as partes, como foi feito.

Direito Público e Direito Privado eram considerados áreas estanques e impermeáveis¹, e prevalecia o ideal de intervenção mínima do Estado, fazendo com que sua atuação ocorresse apenas para manter a paz social. Essa lógica privilegiava, sempre, a circulação de riquezas e a autonomia da vontade. O valor fundamental era o indivíduo, a sua vontade e seus bens. Os direitos fundamentais apenas serviam para que o indivíduo pudesse fazer frente a uma restrição que lhe impusesse o Estado, tornando claro que era apenas o Estado quem se subordinava aos comandos constitucionais.²

Nesse contexto, o Código Civil brasileiro de 1916 foi obra do seu tempo, sofrendo grande influência do Código Civil francês. Isso significa que é fruto do Estado Liberal de matriz kantiana e, solidificando a ideologia dominante do século XIX, era tido como “A Constituição do Direito Privado”³, uma vez que pretendia abranger e regular todas as situações jurídicas entre particulares. Portanto, esse Código retrata um modelo de estabilidade e segurança, bem em sintonia com o individualismo reinante, em que imperavam os postulados da liberdade absoluta, da igualdade formal, da não intervenção estatal.⁴

Por outro lado, com a emergência da Segunda Guerra Mundial e a concretização dos horrores do nazismo possibilitado pelo Estado de Direito guardião do positivismo iniciou-se um processo de relativização dessa concepção racional e passou-se, então, a caminhar em prol de outras menos seguras, porém mais atentas aos princípios da democracia, liberdade e solidariedade. Assim, ao se

¹ Michele GIORGIANNI, “O Direito Privado e suas atuais fronteiras”. In: *Revista dos Tribunais*, nº 747. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, pp. 35-55.

² *Danos à pessoa humana: uma leitura civil constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 70.

³ A esse respeito, esclarece Maria Celina: “Entende-se tradicionalmente por direito civil aquele que se formulou no Código Napoleão, em virtude da sistematização operada por Jean Domat – quem primeiro separou das leis civis as leis públicas – cuja obra serviu para a delimitação do conteúdo inserto no *Code* e que, em seguida, viria a ser adotado pelas codificações do Séc. XIX. O direito civil foi identificado, a partir daí, com o próprio Código Civil, que regulava as relações entre as pessoas privadas, seu estado, sua capacidade, sua família e, principalmente, sua propriedade, consagrando-se como o reino da liberdade individual. Concedia-se a tutela jurídica para que o indivíduo, isoladamente, pudesse desenvolver com plena liberdade a sua atividade econômica. As limitações eram as estritamente necessárias a permitir a convivência social.” (Maria Celina BODIN DE MORAES, *A Caminho de um Direito Civil Constitucional*. Disponível em: <http://www2.uerj.br/~direito/publicacoes/mais_artigos/a_caminho_de.html>. Acesso em: 07 fev. 2006, pp. 1-2).

⁴ Gustavo TEPEDINO, “Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil”. In: *Temas de Direito Civil*, 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, pp. 2-3.

tornarem valores do ordenamento, esses princípios passam a ocupar o lugar das normas jurídicas quando essas lhes são contrárias, apresentando-se arbitrárias e injustas. Dessa forma, é possível modificar normas que com eles conflitem a fim de que passem a refletir o valor que as funda.⁵

Portanto, a relativização desses paradigmas liberais (do individualismo político-econômico)⁶ se deu com uma retomada do papel estatal, capitaneada pelo *Welfare State*, este marcadamente intervencionista, comprometido com o ideal de justiça social e a promoção da igualdade substancial. Esse novo modelo político e econômico foi uma resposta àquela concepção anterior, uma vez que dentro daquele espaço de liberdade absoluta adotado, da primazia do direito privado sobre o direito público, se fortaleceu o já forte, e se enfraqueceu o já fraco. Somase a isso a eclosão das duas grandes guerras – e o fato de na segunda se ter, pelo positivismo, permitido a concretização holocausto –, a emergência de diversos acontecimentos históricos e de movimentos sociais ocasionaram o declínio dos dogmas do liberalismo estatal e, por conseguinte, a derrocada dos alicerces da civilística clássica, essencialmente individualista, neutra e abstencionista, em favor de uma revalorização do direito público, por meio da retomada do poder intervencionista do Estado.⁷

2.2

Uma nova perspectiva trazida pela Constituição de 1988

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988, foi elaborada nesse novo panorama, consagrando não mais os ideais do liberalismo. Afirma-se, inclusive, que se procurou dar um fundamento ético à nova ordem constitucional, em oposição ao positivismo, “configurando como estrutura normativa que incorpora os valores de uma sociedade histórica

⁵ Maria Celina BODIN DE MORAES, “Constituição e Direito Civil: Tendências”, *mimeo*, pp. 6-7.

⁶ Teresa NEGREIROS, “A dicotomia público-privado frente ao problema da colisão de princípios”. In: Ricardo Lobo TORRES (org.) *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 344.

⁷ Eugênio Facchini NETO, “Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado”. In: Ingo Wolfgang SARLET (org.) *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, pp. 23-24.

concreta”, construindo-se um constitucionalismo profundamente influenciado pelos ideais comunitários.⁸

Nesse ponto, é expressivo o disposto no art. 3º, I, da Constituição, de que um dos objetivos da República Federativa do Brasil é a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, sendo esse um de seus princípios fundamentais, como expresso no Título I, que abrange aquele dispositivo mencionado. Há, como se viu, referência clara do legislador constituinte ao valor da solidariedade, o estabelecendo como princípio jurídico inovador no nosso ordenamento, fazendo com que se deva levá-lo em conta não só no momento da elaboração da legislação ordinária e na execução das políticas públicas, mas também na interpretação e aplicação do Direito.⁹

Seguindo uma tendência das Constituições democráticas surgidas no século XX, os princípios fundamentais dos diversos ramos do Direito foram levados aos textos constitucionais, sobretudo nos países de tradição romano-germânica, como o Brasil. Assim, os civilistas que não se encontravam presos à dicotomia entre direito público e direito privado foram instados a perceber a importância que a dignidade da pessoa humana havia adquirido e, em razão dessa centralidade, que os princípios do direito privado deveriam ser reconstruídos e redimensionados.¹⁰

Nesse panorama, assistiu-se, ainda, ao chamado processo de descodificação. Inicialmente, os Códigos representavam o eixo central de todo o ordenamento jurídico privado, e tinham por pretensão regular a totalidade de todas aquelas relações jurídicas, reinando absoluto o princípio da autonomia da vontade. Com o passar do tempo e a natural dificuldade de se dar conta de todas as novas situações que requeriam tutela, foram surgindo legislações extravagantes que, como tais, não integravam aquele texto anteriormente formado. As novas constituições que surgiram nessa época tinham também um caráter promocional, fixando objetivos a alcançar – como é o caso da brasileira, de 1988. É possível citar ainda, como exemplos representativos do processo de descodificação pela

⁸ Gisele CITTADINO, *Pluralismo, direito e justiça distributiva*, 3.ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2004, p. 4.

⁹ Maria Celina BODIN DE MORAES “O Princípio da Solidariedade”. In: Manoel Messias PEIXINHO, Isabella Franco GUERRA e Firly Nascimento FILHO (orgs.) *Os Princípios da Constituição de 1988*, Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2001, pp. 168-169.

¹⁰ Maria Celina BODIN DE MORAES, “O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo”. In: Ingo Wolfgang SARLET (org.) *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, pp. 108-109.

superveniência da legislação extravagante, os chamados “microssistemas”, que dispunham especificamente de determinadas matérias relativas a várias áreas do direito, continham um sistema todo próprios, e não integravam a legislação codificada. Exemplarmente se pode citar o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código de Defesa do Consumidor, que disciplinam aspectos de direito privado, de direito penal, processual e administrativo.¹¹

Dessa forma, portanto, o Código Civil perde sua centralidade, da qual gozava até então, em virtude da edição dessas e de outras numerosas leis especiais. É importante ressaltar, no entanto, que a superveniência do processo de descodificação não significa que o ordenamento tenha perdido seu fundamento unitário. O papel centralizador e unificador do sistema, mas agora como um todo, passa, assim, a ser exercido pelo texto constitucional. Sua visão global, caso não esteja presente no plano legislativo, deve ser identificada no trabalho do intérprete, que deve se orientar para localizar os princípios constantes na legislação especial, extravagante. O respeito aos valores e princípios da República estabelece uma relação correta e rigorosa entre poder do Estado e poder dos grupos, entre maioria e minoria, entre o poder econômico e os direitos dos marginalizados.¹²

2.3

A função irradiadora da Constituição

Embora já mencionada a importância da Constituição em sua perspectiva solidarista e sua função unificadora do sistema e irradiadora dos seus princípios, cumpre esmiuçar a forma com que tais processos se operam.

Maria Celina Bodin de Moraes esclarece, quanto à perspectiva Civil-constitucional:

“A transposição das normas diretivas do sistema do Direito Civil do texto do Código Civil para o da Constituição acarretou relevantíssimas conseqüências jurídicas que se delineiam a partir da alteração da tutela, que era oferecida pelo Código ao “indivíduo”, para a proteção, garantida pela Constituição, à dignidade

¹¹ Maria Celina BODIN DE MORAES, *A Caminho de um Direito Civil Constitucional*, cit., p. 3; e, ainda, Eugênio Facchini NETO, “Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado” cit., p. 25.

¹² Pietro PERLINGIERI, *Perfis do Direito Civil*, cit., p. 6.

da pessoa humana, elevada à condição de fundamento da República Federativa do Brasil. O direito civil-constitucional visa garantir o respeito e a proteção da dignidade humana não apenas no sentido de assegurar um tratamento humano e não-degradante, e não conduz exclusivamente ao oferecimento de garantias à integridade física do ser-humano. Dado o caráter normativo dos princípios constitucionais, princípios que contêm os valores ético-jurídicos fornecidos pela democracia, isto vem a significar a completa transformação do Direito Civil, de um Direito que não mais encontra nos valores individuais codificados o seu fundamento axiológico.

(...)

Pretende-se hoje, ou melhor, exige-se, que nos ajudemos, mutuamente, a conservar a nossa humanidade.

(...)

Do ponto de vista da ordem civil em sentido estrito, os resultados são também extensos e relevantes: enquanto o Código dava precedência às situações patrimoniais, no sistema do Direito Civil fundado pela Constituição a prevalência foi atribuída às situações jurídicas extrapatrimoniais, porque à pessoa humana o ordenamento jurídico deve dar a garantia e a proteção prioritárias. Por isso, neste cenário, de um renovado humanismo, passaram a ser tuteladas, com prioridade, as pessoas das crianças, dos adolescentes, dos idosos, dos portadores de deficiências físicas e mentais (hoje chamados de portadores de necessidades especiais) dos consumidores, dos não proprietários, dos contratantes em situação de inferioridade, dos membros da família, das vítimas de acidentes anônimos etc.

É neste ambiente que se torna necessário explorar, cada vez mais, a dimensão atribuída pelo ordenamento jurídico vigente ao princípio da dignidade da pessoa humana. É este, com efeito, o princípio capaz de conferir unidade valorativa e sistemática ao Direito Civil, enunciado pelas Constituições contemporâneas.”¹³

É hoje cediço que na pessoa se funda toda a legitimidade do ordenamento jurídico. A consagração e conseqüente aplicação direta e imediata de princípios constitucionais como a dignidade humana (CF, art. 1º, III) e a solidariedade¹⁴ (CF, art. 3º, I), deram novo sentido à pessoa, não mais sob uma ótica individualista, mas, agora, solidarista.

O ordenamento jurídico tem como um de seus basilares de organização a hierarquia das normas. A Constituição, apontada por Kelsen como a norma fundamental, é superior a todas as demais. O ordenamento brasileiro é formado por uma série de leis, codificadas e não codificadas, que expressam uma ideologia e uma preocupação relacionadas com o momento histórico diverso do que se tem hodiernamente. Muitas delas, até, foram editadas em momentos distintos daquele consagrado na Constituição Federal, uma vez que foram promulgadas em momentos específicos e com o objetivo de atender a determinadas situações frente às quais o ordenamento deveria prestar tutela naquele momento.

¹³ Maria Celina BODIN DE MORAES, *Danos à pessoa humana*, cit., pp. 74-75.

¹⁴ Acerca desse princípio, v. Maria Celina BODIN DE MORAES “O Princípio da Solidariedade”. In: Manoel Messias PEIXINHO, Isabella Franco GUERRA e Firly Nascimento FILHO (orgs) *Os Princípios da Constituição de 1988*, Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2001, pp. 167-190.

A questão que problematiza a aplicabilidade concomitante de leis inspiradas em momentos e ideologias diversas é solucionada com a compreensão de que o ordenamento jurídico é unitário; a resolução de uma lide não pode levar em conta unicamente o dispositivo que dela trata, mas sim o ordenamento como um todo. Assim, ao se analisar um caso, uma hipótese, conclui-se que nele incidem não só as diversas normas pertinentes, mas também os princípios que lhes são fundamentais e que os caracterizam.¹⁵

É nesse pensamento – de se aplicar as normas e os princípios considerando-se o ordenamento como um todo – que se fundam as teorias que travam uma íntima conexão entre norma constitucional e norma ordinária.

No que tange a essa relação, alguns autores defendem que as normas ordinárias, quando não ofenderem um interesse constitucionalmente protegido, assumem, de forma autônoma, significado e fundamento, como expressões de um sistema completo e legítimo. Dessa forma, a norma constitucional só incidiria residual e excepcionalmente, e nunca sobre a interpretação das normas ordinárias. Em contraposição a esse entendimento, Pietro PERLINGIERI esclarece que há, sim, normas constitucionais que pretendem impor limites às normas ordinárias, mas não se pode afirmar, no entanto, que todas as normas constitucionais tenham essa função. Conclui, então, que caso o outro entendimento estivesse correto a norma constitucional não seria reconhecida como verdadeira norma por parte dos operadores do direito.¹⁶

Claro está, portanto, que as normas constitucionais, as quais integram os princípios, podem se opor de modo a limitar as regras legais, que lhes são hierarquicamente inferiores. Os princípios são tidos como normas jurídicas que contêm mandados de otimização aplicáveis em vários graus, como preconiza Alexy, ou possuindo dimensão de peso, pelo fato de conter apenas fundamentos que devem ser ponderados na hipótese de colisão, fazendo com que o de maior peso prevaleça sobre o outro, como defendido por Dworkin. Assim, integram o gênero “norma” como as regras, e se contrapõem a elas em alguns casos, devedo,

¹⁵ Pietro PERLINGIERI, *Perfis do direito civil*, Tradução Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 5.

¹⁶ Pietro PERLINGIERI, *Perfis do Direito Civil*, cit., p. 5.

o princípio constitucional prevalecer sobre a regra ordinária, sempre, fazendo com que se afirme a força normativa dos princípios.¹⁷

Um outro aspecto relevante atinente a essa questão merece ser discutido: a posição que defende unicamente a aplicabilidade indireta da Constituição, ou seja, que a norma constitucional só poderia incidir sobre uma relação de Direito Civil se, concomitantemente, fosse aplicada uma norma ordinária. Isso significa afirmar que, diante da ausência da norma ordinária aplicável ao caso concreto, a constitucional não poderia atuar sozinha. Para se contrapor a tal entendimento deve-se explicitar que as normas constitucionais, que ditam princípios de relevância geral, não são meramente interpretativas, mas também de direito substancial. Assim, é de suma relevância constatar que os princípios são normas¹⁸, o que faz Dworkin ao afirmar que as normas, em verdade, são compostas não só de regras, mas também de princípios.¹⁹

Portanto, não há óbices cabíveis à aplicação direta: a norma constitucional pode, também sozinha, ser a fonte da disciplina de uma relação de Direito Civil. Esse é o único caminho a trilhar ao se reconhecer a superioridade das normas constitucionais e dos valores nelas contidos em um ordenamento unitário, caracterizado por esses conteúdos.²⁰

O mais importante, no entanto, não é estabelecer se em um caso concreto se dá a incidência direta ou indireta, mas confirmar a eficácia da norma constitucional frente às relações pessoais e sócio-econômicas, existindo ou não norma ordinária. A norma constitucional torna-se a razão primária e justificadora da relevância jurídica dessas relações, constituindo parte integrante da normativa na qual elas, de um ponto de vista funcional, se concretizam. Assim, a normativa constitucional não pode ser considerada única e simplesmente uma regra de hermenêutica, mas também como norma de comportamento, idônea a incidir sobre as relações subjetivas, funcionalizando-as aos novos valores.²¹

¹⁷ Humberto ÁVILA, *Teoria dos Princípios*. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos, 4.ed. São Paulo: Malheiros, p. 85.

¹⁸ Pietro PERLINGIERI, *Perfis do Direito Civil*, cit., p. 11.

¹⁹ Ver, a esse respeito, Ronald DWORKIN, *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, *passim* e ainda Robert ALEXY, *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, *passim*.

²⁰ Pietro PERLINGIERI, *Perfis do Direito Civil*, cit., p. 11.

²¹ Pietro PERLINGIERI, *Perfis do Direito Civil*, cit., p. 12.

2.4 As perspectivas após o Código Civil de 2002

Para os juristas há grandes desafios a serem enfrentados: harmonizar o Direito Civil aos princípios fundamentais e às necessidades existenciais da pessoa, especialmente; redefinir o fundamento e a extensão dos institutos jurídicos, sobretudo dos civilísticos, evidenciando seus perfis funcionais, numa tentativa de revitalização de cada normativa à luz de um novo juízo de valor; verificar e adaptar as técnicas e as noções tradicionais em um esforço de modernização dos instrumentos e, em especial, da teoria de interpretação.²²

A importância desse pensamento se evidencia sobretudo na constatação de que o Código Civil de 2002 não é um projeto novo e, embora bastante posterior àquele de 1916, não reflete as preocupações e necessidades da época em que passa a vigor.

O projeto do atual Código data de 1972. Após quase trinta anos de tramitação, foi sancionada a Lei 10.406/2002, o “novo” Código Civil, que trouxe algumas inovações em relação ao anterior, colocando, por exemplo, um capítulo dedicado aos direitos da personalidade. Diz-se que, dessa forma, buscou proteger de maneira mais objetiva e eficaz a pessoa humana, e conferir maior efetividade ao dispositivo constitucional que dispõe acerca de sua tutela e proteção. Ocorre, no entanto, que a inserção de tais artigos é insuficiente a tutelar o que pretende, isto é, a pessoa humana em todos os seus aspectos.

Tal assertiva justifica-se em razão da técnica elaborada e consagrada para a proteção da pessoa humana, uma vez que tratar os direitos da personalidade da mesma forma erigida para o regulamento dos direitos patrimoniais – na sua detalhada classificação, na definição de poderes do titular e os mecanismos previamente definidos para sua proteção –, está em pleno desacordo com a natureza desses direitos – existencial –, e que, como já mencionado, deve tutelar a pessoa em todas as suas manifestações. As formas de tutela são imprevisíveis porque estão atreladas às necessidades da pessoa humana, que mudam de acordo com o tempo, com os avanços tecnológicos, com o momento histórico. Uma

²² Pietro PERLINGIERI, *Perfis do Direito Civil*, cit., p. 12.

previsão legal rígida, portanto, não se compatibiliza com situações mutantes por excelência, embora merecedoras e carecedoras de tutela jurídica.²³

Os últimos 30 anos marcaram profunda transformação do Direito Civil, simplesmente desconsiderada pelo projeto do Código de 2002: os institutos do direito privado, em especial a família, a propriedade, a empresa e o contrato passaram a observar uma função social que integra seu conteúdo. As relações patrimoniais são funcionalizadas à dignidade da pessoa humana e aos valores sociais consagrados na Constituição de 1988. Em razão disso, fala-se em uma despatrimonialização do direito privado, para demarcar a diferença existente entre o sistema atual e aquele de 1916, calcado na lógica patrimonialista e individualista.²⁴

A “despatrimonialização” do Direito Civil evidencia que no ordenamento foi feita uma opção, que aos poucos vai se concretizando, entre personalismo (isto é, a superação do individualismo) e patrimonialismo (superação da patrimonialidade como fim em si mesma). Com isso não se pretende expulsar ou extirpar quantitativamente o conteúdo patrimonial no sistema jurídico e no civil, especificamente, uma vez que o conteúdo econômico, como aspecto da sociedade civil organizada, não é eliminável. É imprescindível, assim, que se atribua uma justificativa institucional de suporte ao livre desenvolvimento da pessoa. Isso nos leva a repelir a afirmação muitas vezes feita de que não se pode alterar radicalmente os institutos do direito privado. Esses não são imutáveis; são sempre inclinados a adequar-se aos novos valores, na passagem de uma jurisprudência civil dos interesses patrimoniais a uma mais atenta aos valores existenciais.²⁵

Há, assim, que se buscar o fundamento na função informadora dos princípios da Constituição Federal, hábeis a tutelar valores não expressamente tratados no texto codificado ou restritamente dispostos. Veja-se, a respeito, a valiosa lição de Pietro PERLINGIERI:

“A hierarquia das fontes não responde apenas a uma expressão de certeza formal do ordenamento para resolver os conflitos entre as normas emanadas por diversas fontes; é inspirada, sobretudo, em uma lógica substancial, isto é, nos valores e na

²³ Gustavo TEPEDINO, “Direitos Humanos e Relações Jurídicas Privadas”. In: *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 59-78; p. 62.

²⁴ Gustavo TEPEDINO, “O velho projeto de um revelho Código Civil”. In: *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 499-501; p. 500.

²⁵ Pietro PERLINGIERI, *Perfis do Direito Civil*, cit., p. 33.

conformidade com a filosofia de vida presente no modelo constitucional. O respeito à Constituição, fonte suprema, implica não somente a observância de certos procedimentos para emanar a norma (infraconstitucional), mas, também, a necessidade de que o seu conteúdo atenda aos valores presentes (e organizados) na própria Constituição”.²⁶

Embora os direitos fundamentais tenham, em sua origem, a função de garantir as liberdades individuais frente ao Estado – o que se convencionou chamar de eficácia vertical dos direitos fundamentais –, com o decorrer do tempo a perspectiva sobre a incidência desses direitos foi modificada. Inicialmente, eles eram exercidos contra um ente que se colocava em posição de superioridade em relação aos seus titulares, que estavam a eles subordinados, mas que possuíam um espaço de liberdade intangível pelo Estado. Entre os indivíduos titulares desses direitos, no entanto, a relação predominante não seria de subordinação, mas de igualdade – notadamente, a igualdade formal.²⁷

O reconhecimento da possibilidade de os direitos fundamentais operarem sua eficácia nas relações jurídicas privadas é possivelmente o cerne da teoria da constitucionalização do Direito Civil. A Constituição deixa de ser puramente uma carta política para então assumir uma feição de elemento integrador de todo o ordenamento jurídico, incluindo-se nele, por óbvio, o direito privado. Sob essa ótica, os direitos fundamentais não seriam apenas liberdades negativas exercidas contra o Estado, mas sim normas de observância obrigatória por parte de todos aqueles que integram o ordenamento. Portanto, diante da superação das fronteiras entre público e privado, é imperativa a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas.²⁸

Assim, Gustavo TEPEDINO alerta que o jurista deve superar alguns preconceitos na atividade interpretativa que o afastam de uma perspectiva civil-constitucional. Para tanto, não se pode pensar, no âmbito privado, que os princípios constitucionais sejam princípios políticos, unicamente. Tende-se a reconhecer como destinatário do texto constitucional o legislador ordinário, fixando os limites da reserva legal, de tal maneira que não se sente diretamente

²⁶ Pietro PERLINGIERI, *Perfis do Direito Civil*, cit., pp. 9-10.

²⁷ Luiz Edson FACHIN e Carlos Eduardo Pianovski RUZYK, “Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica”. In: Ingo Wolfgang SARLET (org), *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, pp. 90-91.

²⁸ Luiz Edson FACHIN e Carlos Eduardo Pianovski RUZYK, “Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica”, cit., p. 100.

vinculado aos preceitos constitucionais, com os quais só se preocuparia nas hipóteses de controle de constitucionalidade. Esse pensamento o faz atrelado ao legislador ordinário, uma vez que sem sua atuação não poderia reinterpretar e revisitar os institutos de direito privado, mesmo quando expressamente mencionados, redimensionados e tutelados pela Constituição.²⁹

Deve-se atentar ainda para o fato de que os princípios constitucionais não podem ser utilizados como princípios gerais de direito. Os princípios gerais de direito são preceitos extraídos implicitamente da legislação, pelo método indutivo. Apenas mediante ausência de lei expressa e de impossibilidade de dirimir o conflito pelo uso da analogia e dos costumes é que o juiz está autorizado a decidir com base nos princípios gerais de direito, de acordo com o artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil. No que tange aos princípios constitucionais, tal lógica não poderia ser utilizada. Os princípios constitucionais podem ser aplicados em todas as situações a eles atinentes. Deve-se enfatizar, também, que o operador não pode ficar atrelado à necessidade de regulamentação casuística, já que o legislador vem alterando a forma de suas leis, preferindo cláusulas gerais, como ocorre na Constituição repetidas vezes. O raciocínio predominante, no entanto, é aquele segundo o qual na ausência previsão expressa e casuística de uma determinada situação não se reconheceria legislação aplicável, mesmo havendo cláusulas gerais. Essas seriam tidas, de acordo com o entendimento aqui refutado, como mero programa de ação legislativa, destinado ao legislador futuro. No entanto, há que se observar que, em verdade, as cláusulas gerais se aplicam direta e imediatamente nos casos concretos, não sendo apenas cláusula de intenção.³⁰

Os princípios gerais de direito, segundo Bobbio, seriam “normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais”.³¹ Desde Kelsen, no entanto, se sabe que essa tese é de difícil sustentação uma vez que, segundo a concepção por ele trazida, o sistema jurídico é dinâmico, não é possível deduzir de conteúdos, mais gerais, outros conteúdos normativos, mais particulares.³²

²⁹ Gustavo TEPEDINO, “Premissas metodológicas para a constitucionalização do Direito Civil”. In: *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 1-22; espec. p. 18.

³⁰ Gustavo TEPEDINO, “Premissas metodológicas para a constitucionalização do Direito Civil”, cit., p. 18.

³¹ Norberto BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, Torino: G. Giappichelli, 1993, p. 271.

³² Hans KELSEN, *Teoria pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998, pp. 200-201.

Os princípios são identificados, segundo Robert Alexy, como “mandados de otimização”, que não se aplicam integralmente em qualquer situação. “Os princípios costumam ser relativamente gerais, porque não estão referidos às possibilidades do mundo real ou normativo”³³. Os diferencia das regras por serem normas jurídicas que dizem que algo deve ser realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Os princípios podem ser cumpridos em diferentes graus, sendo que a medida de seu cumprimento depende de possibilidades reais e jurídicas. Por outro lado, as regras são normas que só podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então se deve fazer exatamente o que ela exige, nem mais nem menos. Assim, as regras possuem determinações no âmbito do fático e juridicamente possível.³⁴

Dworkin, por sua vez, entende que as regras são aplicadas na forma do “tudo ou nada”, isto é, ou são aplicadas ou não são. Portanto, defende que comportam exceções inumeráveis previamente à sua aplicação. Os princípios, a seu turno, comportam exceções à sua aplicação que não podem ser enumeradas previamente à hipótese concreta de sua incidência, porque qualquer princípio pode, abstratamente, representar uma exceção à aplicação de um princípio.³⁵

Por fim, o último aspecto a ser abandonado para que seja possível a tentativa de reunificação do Direito Civil à luz da Constituição relaciona-se com a dicotomia existente entre direito público e direito privado. Inicialmente, uma lide entre particulares deveria ser resolvida unicamente pelo direito privado e, no âmbito do direito privado, os direitos fundamentais não tinham qualquer importância. Os direitos fundamentais, até a Constituição de 88, só serviam para que o indivíduo se defendesse de uma eventual ingerência excessiva do Estado. Era o Estado que se subordinava aos comandos constitucionais, não o indivíduo. Os comandos não eram direcionados a eles, segundo essa visão.³⁶

Com a relativização dessa dicotomia entre direito público e direito privado, essa distinção passa a ser meramente quantitativa, deixando de ser qualitativa, muitas vezes havendo uma fronteira nebulosa, que não há como ser precisada. O dirigismo contratual, as instâncias de controle social instituídas em

³³ Robert ALEXY, *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios constitucionales, 1993, p. 103.

³⁴ Robert ALEXY, *Teoria de los derechos fundamentales*, cit., pp. 86-87.

³⁵ Ronald DWORKIN, *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, pp. 24-25.

³⁶ Maria Celina BODIN DE MORAES, *Danos à pessoa humana: uma leitura civil constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p.70.

uma sociedade cada vez mais participativa alteram o comportamento do Estado em relação ao cidadão, redefinindo os espaços do público e do privado.³⁷

Há algumas críticas feitas à teoria do direito civil-constitucional ao se enfocar que haveria, com sua aplicação, um grande prejuízo à precisão conceitual e à autonomia das suas disciplinas. No entanto, tal pensamento desconsidera por completo a visão de que o direito existe com vistas à consecução de um determinado fim, qual seja, o atendimento das demandas impostas para a concretização da dignidade humana, sendo, os modelos e conceitos jurídicos, apenas um instrumento, e não seu objeto.³⁸

Assim, o direito civil-constitucional é uma corrente de pensamento que busca, através de uma flexibilização da dicotomia entre direito público e direito privado, integrar os princípios constitucionais às normas infraconstitucionais, notadamente o Direito Civil. Por meio desse processo, os institutos de direito privado ganham novo significado, uma vez que, pela incidência de valores humanistas, se procede a uma despatrimonialização desse âmbito do direito, que deve primar pelas relações existenciais, preconizada pelo princípio constitucional de tutela da dignidade da pessoa humana.

O direito civil-constitucional, nos dizeres de Gustavo Tepedino:

“Trata-se, em uma palavra, de estabelecer novos parâmetros para a definição de ordem pública, relendo o direito civil à luz da Constituição, de maneira a privilegiar, insista-se ainda uma vez, os valores não-patrimoniais e, em particular, a dignidade da pessoa humana, o desenvolvimento da sua personalidade, os direitos sociais e a justiça distributiva, para cujo atendimento se deve voltar a iniciativa econômica privada e as situações jurídicas patrimoniais”.³⁹

2.5 O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

A gama de transformações ocorridas no interior da ordem civil, na aplicação da lei pelos juízes e na consciência moral da sociedade pode ser

³⁷ Gustavo TEPEDINO, “Premissas metodológicas para a constitucionalização do Direito Civil”, cit., pp. 19-20.

³⁸ Luiz Edson FACHIN e Carlos Eduardo Pianovski RUZYK, “Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica”. cit., p. 101.

³⁹ Gustavo TEPEDINO, “Premissas metodológicas para a constitucionalização do Direito Civil”, cit., p. 22.

demonstrada pela proteção da pessoa humana em substituição à tutela da liberdade individual, isto é, da autonomia privada. O grande esforço de efetivação dos novos valores não foi, no entanto, completado. A partir do momento que as transformações têm características estruturais, o sistema de direito privado está à espera da redefinição do fundamento e da extensão de seus principais institutos jurídicos, da reposição de seus conceitos estruturais. Para uma adequada reconstrução do sistema, o civilista deve restabelecer o primado da pessoa humana em cada elaboração dogmática, em cada interpretação e aplicação normativas.⁴⁰

A lição de Maria Celina BODIN DE MORAES é conclusiva no que tange a esse entendimento:

“A transposição das normas diretivas do sistema de direito civil do texto do Código Civil para o da Constituição acarreta relevantíssimas conseqüências jurídicas que se delineiam a partir da alteração da tutela que era oferecida, pelo Código, ao “indivíduo” para a proteção, garantida pela Constituição, à dignidade da pessoa humana e por ela elevada à condição de fundamento da República Federativa do Brasil. O princípio constitucional visa garantir o respeito e a proteção da dignidade humana não só no sentido de assegurar um tratamento humano e não degradante, e nem tampouco conduz exclusivamente ao oferecimento de garantias à integridade física do ser humano. Dado o caráter normativo dos princípios constitucionais, princípios que contêm os valores ético-jurídicos fornecidos pela democracia, isto vem a significar a completa transformação (*rectius*, transmutação) do direito civil, de um direito que deixou de encontrar nos valores individualistas codificados o seu fundamento axiológico”.⁴¹

A autora esclarece, em análise filosófica, que o princípio da dignidade da pessoa humana não só integra, como é também fundamento do imperativo categórico kantiano, constando na segunda das três máximas morais que o comportam.⁴² Nela, está presente a determinação de que o ser humano jamais seja tido como um meio para atingir outras finalidades – significando, dessa forma, que deve sempre ser considerado como um fim em si mesmo. Assim, conclui-se que todas as normas editadas precisam ter em foco e por finalidade a espécie

⁴⁰ Maria Celina BODIN DE MORAES, *Danos à pessoa humana*, cit., pp. 73-74.

⁴¹ Maria Celina BODIN DE MORAES, *Danos à pessoa humana*, cit., p. 74.

⁴² A autora traz a sentença que resume o imperativo categórico: “Age como se a máxima de tua vontade possa sempre valer simultaneamente como um princípio para uma legislação geral”, que, destaca, pode ser desmembrada em três máximas morais: (i) “Age como se a máxima de tua ação devesse ser erigida por tua vontade em lei universal da natureza”; (ii) “Age de tal maneira que sempre trates a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de outrem, como um fim e nunca como um meio”; (iii) “Age como se a máxima de tua ação devesse servir de lei universal para todos os seres racionais”. O a segunda máxima é central para a compreensão da dignidade da pessoa humana. (*Danos à pessoa humana*, cit., p. 80).

humana, orientando-se o imperativo categórico pelo valor “básico, absoluto, universal e incondicional da dignidade humana”, pois, dentre as duas categorias de valores existentes, às coisas se atribui um preço; às pessoas se reconhece o valor intrínseco da dignidade.⁴³

Os direitos e garantias fundamentais, como já ressaltado, são uma expressão, em nível constitucional, dos direitos da personalidade, presentes no âmbito civil.

Através da incidência dos princípios constitucionais nas relações privadas e, portanto, na órbita Civil, o princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento de todos os demais direitos existenciais e fundamentais do indivíduo, possui dupla dimensão, assim como todos os direitos fundamentais. Pela dimensão negativa, o Estado e a coletividade devem se abster de ofendê-la, visando a sua proteção; em virtude da prestacional há o dever de promover a dignidade da pessoa humana. Dessa forma, a tutela e a promoção da dignidade humana são fundamentos de toda ordem jurídica, englobando direito público e privado, e gera deveres a todos, Estado e particulares.⁴⁴

A Constituição Federal de 1988 teve o condão de transformar a dignidade humana em comando jurídico no Brasil. Sua proteção encontra-se expressa no art. 1º, III, da Carta Magna, que a coloca como um dos fundamentos da República, conformando-se em princípio fundamental e “alicerce da ordem jurídica democrática”, fazendo com que esta se apóie e se constitua com base nesse valor de caráter principiológico.⁴⁵

Para que o valor da dignidade humana seja tangível e juridicamente tutelável, há que lhe desdobrar em postulados⁴⁶, que tem por corolários o princípio jurídico da igualdade, da integridade física e moral (integridade psicofísica), da liberdade e da solidariedade. O seu desmembramento nesses princípios também atende à resolução de conflitos entre situações jurídicas subjetivas,

⁴³ Maria Celina BODIN DE MORAES, *Danos à pessoa humana*, cit., pp. 80-81.

⁴⁴ Luiz Edson FACHIN e Carlos Eduardo Pianovski RUZYK, “Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica”, cit., pp. 100-101.

⁴⁵ Maria Celina BODIN DE MORAES, “O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo”, cit., pp. 116-117.

⁴⁶ “O substrato material da dignidade desse modo entendida pode ser desdobrado em quatro postulados: i) o sujeito moral (ético) reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele, ii) merecedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular; iii) é dotado de vontade livre, de autodeterminação; iv) é parte do grupo social, em relação ao qual tem a garantia de não vir a ser marginalizado”. (Maria Celina BODIN DE MORAES, *Danos à pessoa humana*, cit., p. 85).

preponderando, quando frente à dignidade humana, esta última, *a priori*, somente se admitindo a ponderação entre os subprincípios.⁴⁷

A violação do princípio da igualdade em regra se dá pela prática de tratamentos discriminatórios, produzindo diferenciação sem fundamentação jurídica cabível; com a integridade psicofísica se tutela o direito a não ser torturado ou de ser titular de determinadas garantias penais e, na esfera cível, a garantir diversos direitos da personalidade (vida, nome, imagem, honra, privacidade, corpo, identidade pessoal), abrangendo o direito à saúde que corresponderia ao completo bem-estar psicofísico e social; o princípio da liberdade individual vem, cada vez mais, se traduzindo numa perspectiva de privacidade, intimidade, exercício da vida privada, significando poder realizar, sem quaisquer interferências, as próprias escolhas individuais, da maneira que melhor as convier; a solidariedade social, por fim, resulta na consciência racional dos interesses em comum, que geram em cada membro de uma determinada coletividade a obrigação moral de não fazer com os demais aquilo que não desejaria que lhe fosse feito.⁴⁸

A partir desse desmembramento, claro está que há um aspecto da dignidade humana, abarcada por um de seus subprincípios, que engloba o direito à identidade pessoal: a tutela da identidade psicofísica, um dos seus postulados. Diante de tal constatação, é inicialmente reconhecido que o direito à identidade pessoal, objeto do presente trabalho, é interesse existencial atinente à pessoa humana e sua dignidade.

O valor da dignidade alcança todos os setores da ordem jurídica. A vulnerabilidade humana será tutelada onde quer que se manifeste. Assim, esse princípio parece ser o único capaz de conferir unidade axiológica e a lógica sistemática necessárias à recriação dos institutos jurídicos e das categorias de Direito Civil.⁴⁹

Por essa razão, e em virtude da presença na Constituição Federal, em seu art. 1º, III, da consagração da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República e trazendo tal artigo a característica de cláusula geral

⁴⁷ Maria Celina BODIN DE MORAES, *Danos à pessoa humana*, cit., p. 85.

⁴⁸ Maria Celina BODIN DE MORAES, *Danos à pessoa humana*, op.cit., pp. 90; 94; 107; 111-112.

⁴⁹ Maria Celina BODIN DE MORAES, “O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo”. In: Ingo Wolfgang SARLET (org.) *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 116.

de tutela e promoção da dignidade humana, claro está que o direito à identidade pessoal encontra respaldo no ordenamento jurídico brasileiro, encontrando, inclusive, assento constitucional.