

2 Relação entre Direito e Psicologia

Um dos vínculos de união entre o Direito e a Psicologia está no entredito de um vocábulo utilizado por ambas: LEI. Uma Lei (para a psicanálise) tácita que nos define desde crianças, que traça nosso caminho, que define a posição do sujeito frente a outra Lei (para o Direito), está codificada nos diplomas legais.

A sociedade é composta de leis (estas de diversas naturezas) e são por meio dessas leis que descobrimos o elo fundamental entre sociedade e sujeito: o sujeito com seus sentimentos e emoções expostas ao mundo e interagindo com outras pessoas.

O homem é um ser social e como um indivíduo do convívio social, gera um alto grau de exigência consigo e com outrem, uma rispidez emocional. Já no convívio social e conseqüentemente afetivo, são geradas ansiedades, euforias e dependências emocionais. As conseqüências desses sentimentos são analisadas de acordo com a história de vida de cada um.

As interpretações dos termos sujeito, cidadão e comunidade são diversos e distintos na área jurídica e psi. O convívio habitual ocorre em um espaço político com regras previamente determinadas para aquele contexto social. Entretanto, tem que estar claro que sujeito a priori não é um cidadão, eles representam posturas distintas e únicas. O cidadão é “um qualquer”, já o sujeito é “um”, singular, absoluto em sua existência por conseqüência de algo a que ele é fiel, crédulo. O cidadão se faz como sujeito no instante de um ato/fato, um ocorrido; e o sujeito se faz cidadão quando ocorre um desdobramento do espaço cívico e expansão das particularidades subjetivas daquele. Portanto, o sujeito é soberano, a ele não se impõe a restrição do aspecto jurídico ou do contexto social e formal.

Observando, destarte, as relações jurídicas e aqui os casos de danos extrapatrimoniais, vemos claramente a distinção fato-sujeito. Não conseguimos separar, porém, o sujeito da ação cometida, pois acreditamos que deve ser interpretada a história psíquica do sujeito e não o fato isolado. Desta forma, procuramos compreender a posição forense e o que leva sujeitos idênticos/humanos a cometer atos que ferem o outro.

Observamos normas para todos e, se a norma é *erga hominis*, então, podemos concluir que todos podem de alguma forma vir a infringi-las. Essa infração pode ocorrer de forma induzida, consciente, impulsionada, patológica e até mesmo inconsciente.

Mas nem sempre esses pontos coincidentes se faziam claros para a execução plena da Justiça. Entretanto, a submissão plena e absoluta das normas, ocorre pela coerção, ou seja, não se trata de liberdade, de livre-arbítrio, mas de coerção psicológica e castração do livre-arbítrio.

Tal tipo de “indução” à obediência às normas está baseada em questões primitivas como toda a percepção de ação e reação em “Totem e Tabu”. Normas impostas nesse período influenciam até hoje as condutas humanas, principalmente no que tange à culpa. (Freud, 1980)

No passado, o Direito não considerava como crime as lesões que não deixavam seqüelas físicas ou que não faziam perder funções vitais. Essa evolução tem ocorrido de forma lenta e gradativa. Com o decorrer do tempo e a observação criteriosa das atuações humanas em sociedade, o Direito procura permear os danos ocorridos por esse convívio, formulando sua melhor postura de Justiça nos casos de danos extrapatrimoniais. A lesão da alma somente pode ser cometida por seres humanos, estes que são capazes de agredir seu semelhante ou a si mesmo em consequência de sentimentos confusos.

Neste trabalho a meta é compreender o outro, suas demandas e desejos, dentro de uma sociedade movida por normas e suas interpretações, para talvez desvendar um pouco da existência humana.

2.1 Direitos Fundamentais

Não há como trabalhar com dano sem ter como base os direitos fundamentais, pois são estes os mais atingidos ou os primeiramente feridos em casos de danos extrapatrimoniais. Assim sendo, faremos um relato sobre eles e posteriormente sua relação direta com os danos extrapatrimoniais.

Desde a transição da Idade Média para a Idade Moderna que os direitos fundamentais começaram a ter um conceito pormenorizado e a clareza de serem

independentes da vontade individual. Os direitos fundamentais ou humanos podem ser vistos por um tripé de base, composto pela religião, o processo e a propriedade. Como se trata de um tripé de base a necessidade de uma evolução humana e social para sua formação é óbvia, e para tal surgiram pela liberdade religiosa, pelas garantias processuais e pelo direito à propriedade.

A liberdade religiosa é algo muito antigo, que teve destaque na Carta de Convênio entre Rei Afonso I de Aragon e os Mouros de Tudela em 1119 e, após isso, trilhou por vários e nem sempre calmos episódios do convívio humano.

Já as garantias processuais surgiram como forma de cercear as punições aos homens inseridos em um contexto social. Tal direito aufere ao homem a garantia de que ele não será privado de seus bens (quais sejam), senão mediante um processo legal.

O direito à propriedade também é muito antigo e possui a tradição de supremacia do **ter** sobre o **ser**.

Conseqüentemente, para falarmos de direitos humanos não basta citar a positivação de determinadas faculdades ao indivíduo, é necessário citar as idéias de liberdade e dignidade humanas, como também de toda forma de convívio e evoluções humanas em paralelo com seus direitos e deveres.

Tal evolução será gradativa e aqui citaremos os pontos mais importantes para nosso objetivo: a responsabilidade civil e os danos extrapatrimoniais.

2.2

A evolução humana em seus direitos e deveres

Não podemos dizer que apenas antigamente, mas muito também na atualidade, o ser humano era observado a partir do que ele falava e de como ele aparecia para o outro (meio). O mais importante era o visível para o outro, para a esfera do público, e não no âmbito introspectivo, um pouco distinto da atualidade, que valoriza muito (ainda não o suficiente para a estabilidade emocional do sujeito) o íntimo, o psíquico, o privado. Por todas essas alterações torna-se tão importante analisar a capacidade humana para se organizar politicamente, ou seja, de acordo com o ego e o meio em que o homem vive e convive.

Em um salto histórico passaremos a descrever nosso objetivo por meio do filósofo da apuração do contexto – Kant, que foi apóstolo de Aristóteles. Kant fundamenta o Direito e o Estado a partir de princípios de uma razão (jurídico) prática pura. Sua filosofia política pertence ao direito natural no sentido de um direito racional crítico.

A liberdade Kantiana é racional, não possui em si mesmo o desejo de desejar – é a força inteira da moral. A base da razão é a moral, portanto, o dever tem que ser sempre absoluto e incondicionado, e somente poderá ser ditado pela razão. Somente dessa forma poderá a ação ser livre e autônoma, determinada não por princípios heterônomos, mas pelas leis estabelecidas pela razão.

Para Kant os costumes são atomistas, de pura racionalidade, desvinculada da experiência e do outro. Assim, a moral é para o outro e a ética é só para o sujeito, e o dano seria o mesmo para qualquer um em qualquer situação – é indiferente e universal.

E mais uma vez o homem possui a necessidade de se transformar, evolui do Estado de Natureza para o Estado Civil. É a transformação do dever ser por si mesmo, a autolimitação moral por uma justificativa interna (culpa) e não externa (aceito pelo temor ao outro) como para os contratualistas clássicos.

É a possibilidade de desfrutar da propriedade da vida (corpo), da liberdade (ir e vir) e de bens (patrimônio).

Portanto, as primeiras constituições da Europa privilegiavam muito mais o Direito Privado.

2.3 Natureza dos direitos da personalidade

No que tange aos direitos da personalidade, um de seus aspectos mais interessantes e problemáticos baseia-se no fato de que se evidenciam sempre novas instâncias concernentes à personalidade do sujeito, não previstas nem previsíveis pelo legislador, de forma que esses interesses são vistos como uma categoria aberta que encontra sua fundamentação na Constituição Federal, onde

está definida a dignidade da pessoa humana como um valor a ser protegido pelo ordenamento jurídico.

Artigo 11, CC. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

Esse dispositivo traça um esboço das características dos direitos da personalidade, confere os atributos da intransmissibilidade e da irrenunciabilidade, porque não podem ser transferidos nem alienados enquanto a pessoa estiver viva.

São inatos, absolutos, intransmissíveis, indisponíveis, irrenunciáveis, imprescritíveis, impenhoráveis, inexpropriáveis e ilimitados, apesar do CC ter feito referência apenas a três características: intransmissibilidade, irrenunciabilidade e indisponibilidade. Logo, o exercício dos direitos da personalidade, com exceção das hipóteses previstas em lei, não poderá sofrer limitação voluntária. (Tepedino, 2002, p.54)

A dignidade de cada homem, enquanto sujeito dotado de liberdade e de responsabilidade lhe outorga autonomia não apenas física, mas também moral, particularmente na condução da sua vida, na prática e na realização de seus atos e na condução de seu comportamento.

Deve-se ressaltar que, no entanto, nenhum direito é absoluto e a proteção à vida privada tem também seus limites.

A função judicial é assegurar direitos e não bani-los pelo simples fato de determinadas posturas se afastarem do que se convencionou chamar de normal.

O conservadorismo existente acaba inibindo o próprio legislador de regulamentar situações que fogem dos padrões aceitos pela sociedade.

No entanto, ignorar a realidade não irá fazê-la desaparecer e a omissão legal acaba somente alimentando a discriminação e o preconceito.

Hannah Arent possui a nosso ver a melhor citação para arrematar a questão de direitos da personalidade:

Se não fossem iguais, os homens não seriam capazes de compreender-se entre si e aos seus ancestrais, nem de prever as necessidades das gerações futuras. Se não fossem diferentes, os homens dispensariam o discurso ou a ação para se fazerem entender, pois com simples sinais e sons poderiam comunicar suas necessidades

imediatas e idênticas. A pluralidade humana tem este duplo aspecto: o da igualdade e o da diferença. (Arendt, 1999, p.188)

2.3.1. Princípio da liberdade

O homem é um ser que é em si e em sua projeção um sujeito de direitos em um âmbito irreduzível de autonomia e liberdade e, ao mesmo tempo, possui uma dimensão social que lhe corresponde por sua natureza. Todos os demais interesses personalíssimos, como, honra, intimidade, igualdade, identidade, vertebram-se a partir da essencial dignidade do ser humano.

A própria noção de ordem pública, sempre invocada como limite à livre atuação do sujeito, teve seu conteúdo redesenhado pelo projeto constitucional, com particular ênfase nas normas que tutelam a dignidade humana e que, por isso mesmas, ocupam a mais alta hierarquia da ordem pública, o fundamento último do ordenamento constitucional.

Portanto, a sua defesa deve permear toda a discussão que envolva a necessidade de se estabelecer em limites precisos que possam garantir segurança ao ser humano, num sentido integral, independentemente de sua condição social, cultural, racial, sexual ou religiosa.

Os direitos personalíssimos são também chamados direitos da personalidade, porque são considerados como prerrogativas de conteúdo extrapatrimonial, inalienáveis, perpétuos e oponíveis *erga omnes*. Correspondem a toda pessoa por sua condição de tal, desde antes do nascimento e até depois de sua morte, e não podem ser privados pela ação do Estado nem de outros particulares porque isso implicaria deterioração da personalidade. (Lotufo, 2003, p.93-95)

A liberdade é um dos valores intrínsecos e igualitários da personalidade humana, ou seja, do indivíduo considerado na sua individualidade, mas o seu exercício regula-se, na sociedade organizada, por normas legais estabelecidas pelo Estado, para garantia da própria liberdade individual.

Sob o ponto de vista filosófico, a liberdade significa possibilidade de opção, manifestando-se como autonomia de fazer ou livre arbítrio. É o estado do ser que não sofre constrangimento, que age conforme sua vontade e sua natureza.

Sob o ponto de vista sociológico, liberdade é a ausência de condicionamentos materiais e sociais.

O princípio da liberdade individual se consubstancia, cada vez mais, numa perspectiva de privacidade, de intimidade, de exercício da vida privada. Liberdade significa, hoje, poder realizar, sem interferências de qualquer gênero, as próprias escolhas individuais, exercendo-as como melhor convier à pessoa.

Tudo isso implica detalhada visão da cultura do meio a ser submetido a esses direitos e deveres.

A liberdade jurídica é a que reconhece no indivíduo o poder de produzir efeitos no campo do Direito. Consiste na capacidade de praticar todos os atos não-ordenados, tampouco proibidos em lei, optando entre o exercício e o não-exercício de seus direitos subjetivos. A liberdade jurídica compreende, assim, um conjunto de garantias que protegem a pessoa na sua atividade privada e social.

Tal pessoa para quem essas leis são elaboradas é provida de psiquismo, e a este não cabe uma ficção jurídica.

A liberdade, sob o aspecto subjetivo, manifesta-se no campo do direito privado, no poder de a pessoa estabelecer, pelo exercício de sua vontade, o nascimento, a modificação e a extinção de suas relações jurídicas.

No aspecto objetivo, significa o poder de criar juridicamente essas relações, estabelecendo-lhes o respectivo conteúdo e disciplina.

No aspecto subjetivo, autonomia da vontade, e no aspecto objetivo, como poder jurídico normativo, liberdade denomina-se autonomia privada. (Oliveira, 2003a, p.49)

O direito da personalidade, considerado objetivamente, compreende todas as condições necessárias para a conservação e desenvolvimento da personalidade respeito da dignidade moral e jurídica do homem. Portanto, nele se encerram todos os outros direitos absolutos que dele se podem derivar.

Apesar de extenso, há doutrinadores que acrescentam outros direitos ao rol dos direitos da personalidade, como é o caso do direito à liberdade pessoal, que autoriza o acesso ao livre desenvolvimento do indivíduo dentro dos limites do interesse social e dos princípios éticos dominantes numa dada comunidade.

A condição estrutural ou psico-emocional é considerada como um dos aspectos fundamentais da identidade pessoal, uma vez que possui estreita ligação com diversos direitos, e que permitem o livre desenvolvimento da personalidade,

a qual detém em seu conteúdo a proteção à integridade psicofísica, a tutela à saúde e o poder de dispor de partes do próprio corpo pela pessoa.

Ao se construir a individualidade de uma pessoa, a psique consubstancia uma dimensão fundamental da feitura da subjetividade, alicerce indispensável para a possibilidade do livre desenvolvimento da personalidade. Como essa orientação é traço constitutivo fundamental da individualidade humana, integrando, inclusive, sua estrutura biológica, é inquestionável que qualquer discriminação concernente a tal característica, viola a privacidade do indivíduo, o que é rechaçado pelo princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Ventilar-se a possibilidade de desrespeito ou prejuízo a alguém em função de sua conduta psicoemocional é dispensar tratamento indigno ao ser humano, não podendo ignorar a condição pessoal, como se tal aspecto não se relacionasse com a dignidade humana.

2.3.2 Princípio da dignidade

São Tomás de Aquino cita a dignidade humana sob dois prismas: sendo inerente ao homem, enquanto espécie, e ela existindo *in actu* apenas no homem enquanto indivíduo, portanto, passando assim a residir na alma de cada ser humano. (Mondin, 1998).

De forma objetiva, a dignidade é qualidade/ atributo inerente ao homem, decorrente da própria condição humana. Constitui a dignidade um valor universal, não obstante as diversidades sócio-culturais dos povos. A dignidade é composta por um conjunto de direitos existenciais compartilhados por todos os homens, em igual proporção, independentemente de seu estado ou condição. A dignidade pressupõe, portanto, a igualdade entre os seres humanos assim como a liberdade destes, permitindo ao homem exercer plenamente seus direitos existenciais.

Portanto, o princípio jurídico da dignidade fundamenta-se na pessoa humana que pressupõe, antes de tudo, como condição objetiva, a vida. A dignidade impõe um dever básico, o de reconhecer a intangibilidade da vida humana.

Esse pressuposto é um preceito jurídico absoluto, é um imperativo jurídico categórico. Em seguida, numa ordem lógica e como consequência do respeito à vida, a dignidade dá base jurídica à exigência do respeito à integridade física e psíquica (condições naturais) e aos meios mínimos para o exercício da vida (condições materiais).

A dignidade humana é um valor preenchido *a priori*, isto é, todo ser humano tem dignidade só pelo fato de já ser Pessoa. Como dito, ela é a primeira garantia e a última instância de guarda dos direitos fundamentais. Ou em outros termos, mesmo que se possa postular por posições diversas na definição do conceito de dignidade, isso não impede que na prática social possam ser apontadas as violações reais que contra ela se realizem.

A dignidade da pessoa, humana, diversamente do que ocorre com as demais normas jusfundamentais, não zela de aspectos mais ou menos específicos da existência humana, mas sim de uma qualidade tida como inerente a todo e qualquer ser humano, de tal sorte que a dignidade passou a ser habitualmente definida como constituindo o seu próprio valor identificador.

A essência da dignidade do ser humano é o respeito mútuo a essa possibilidade de escolha. A autodeterminação é componente da dignidade. O ser autônomo se autoconstrói, percebendo a si e ao outro. O Direito terá como motivo determinante assegurar, numa sociedade de todos. O respeito a essa totalidade, e seu fim há de ser o de criar condições dentro das quais a pessoa possa afirmar-se como um todo e possa realizar suas aspirações de maneira independente e livre.

Pode-se concluir, portanto, que o artigo 1º, parágrafo 1º da CF garante a igualdade jurídica de todos os homens, o que veda qualquer tipo de discriminação e tratamento humilhante. Também o princípio da dignidade impõe o respeito à identidade e à integridade física e moral do indivíduo. O direito à existência digna é reconhecido a todos, impondo-se a garantia de um mínimo material para a subsistência.

O desafio dos operadores do Direito está em entender a dignidade não somente como uma qualidade do ser humano, mas buscando-a em meio às relações sociais, compreendida como uma categoria do próximo, na comunhão de todos.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu art.1º, expõe dois pilares da dignidade humana: “*todas as pessoas nascem livres e iguais em*

dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas as outras com espírito de fraternidade”.

Sempre que se fala em dignidade humana é impossível não citar a afirmação kantiana de que *“o homem é, de uma maneira geral, todo o ser racional – existe como fim em si mesmo, e não apenas como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade”.* (Kant, 2003, p.58)

Para Kant, a dignidade é um valor incondicional e incomparável, somente a palavra respeito constitui a expressão conveniente da estima que um ser racional lhe deve prestar.

Dessa forma Kant contrapõe a dignidade ao preço: *“Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente, por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade”.* Assim, enquanto o preço representa um valor exterior e manifesta interesses particulares, a dignidade representa um valor interior e de interesse geral. Concluindo, é por isso que as coisas têm preço e as pessoas dignidade.

Embora a dignidade seja inata ao homem, não se pode afirmar que este seja bom por natureza. Neste ponto temos que concordar com Schopenhauer, para quem a consideração para com o outro não é natural do ser humano. *“(...) a motivação principal é fundamental, tanto no homem como no animal, e o egoísmo, quer dizer, o ímpeto para a existência é o bem-estar”.* Assim o que distingue neste aspecto o ser humano do animal é a capacidade do homem de guiar seu egoísmo pela razão e pelo cálculo, buscando desta maneira seus objetivos. Por isso os animais são chamados de egoístas, mas apenas e exclusivamente o ser humano pode ser chamado de interesseiro. (Schopenhauer, 2001)

2.3.3 Princípio da dignidade humana, Direitos da personalidade e Direitos fundamentais

Os direitos fundamentais também são conhecidos como direitos humanos ou direitos naturais. (Sarlet, 2001, p.31/ Silva, J. A. 1983, p.157).

A expressão “direitos fundamentais” deveria ser reservada “*para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado*”, enquanto direitos humanos faria referência “*aquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram a validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional)*”.(Sarlet, 2001, p.33).

Canotilho cita: “(...) *direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista), direitos fundamentais são os direitos do homem jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente*”.(Canotilho, 2003, p.369).

2.3.4 Princípio da igualdade e da liberdade

A afirmação de que todos são iguais perante a lei denota uma exigência de igualdade na aplicação do Direito e, ao constituir-se numa das dimensões básicas desse princípio constitucionalmente garantido, assume relevância no âmbito da aplicação igual da lei pelos tribunais. Justifica-se, dessa forma, um estudo mais aprofundado, sobretudo atentando para o direito da personalidade, sendo indispensável que se reconheça que dentro dele a condição psico-emocional integra a própria condição humana e que ninguém pode realizar-se como ser humano se não tiver assegurado o respeito, conceito que compreende a liberdade, incluída no livre arbítrio.

Os Estados Democráticos de Direito consagram, como seus fundamentos, a dignidade da pessoa humana, a liberdade, suas manifestações e a igualdade de todos perante a lei.

A realidade, porém é outra, sendo comum pessoas sofrerem situações de discriminação e preconceito em decorrência de algum aspecto característico da sua individualidade, que venha a fugir de uma idéia preestabelecida do que seja normalidade. (Porto; Ustarroz.(org.) 2003, p.103).

A Constituição Federal (CF) em seu artigo 1º define que a República Federativa do Brasil constitui-se em um Estado Democrático de Direito e, entre seus fundamentos, elenca a dignidade da pessoa humana, auxiliando o intérprete a alcançar o fim desejado pelo constituinte em promover um Estado onde a população seja assegurado possuir existência digna.

O artigo 3º, incisos I e IV da CF traça como objetivos fundamentais à construção de uma sociedade livre, justa e solidária a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Não se pode vislumbrar esse tipo de sociedade se os cidadãos não têm autonomia para galgar sua felicidade dentro de seu foco conceitual, cultural e social.

A justiça oferece base para as relações humanas, sendo que o direito é o princípio do compromisso dessas relações. O sujeito deve, portanto, procurar seu lugar, sua forma de viver dentro da ordem geral da sociedade.

Afirmado que existe um multiculturalismo e que há diferenças entre o sujeito e o meio nem sempre integrados, é fato que existem direitos humanos incompletos porque estão vinculados a leis, ao social e não privilegiam o individual, mesmo estando-se ciente que, em dada situação, quem sofre é o indivíduo e não a sociedade.

O meio tem a facilidade de cobrar da justiça uma troca e só terão o privilégio dos direitos humanos aqueles que cumprem rigorosamente com seus deveres, não se atentando para o fato que, nesse momento, está-se descartando a utilização desses direitos, pois quem mais necessita deles são os que estão à margem do meio social e, portanto, inibidos do cumprimento de seus deveres na íntegra – por desconhecê-los ou por apresentarem alguma impossibilidade.

O sofrimento derivado de uma pessoa que vive em sociedade, será causado por algum tipo de convívio social e será “coisificado” para poder ser submetido à justiça.

Entretanto, nesse momento surge a necessidade de ampliação do direito civil e dos direitos fundamentais para compreender o fato e “punir” da maneira adequada dentro das leis.

Princípio é, antes de tudo, ponto de partida. Princípios de uma ciência são as proposições básicas, fundamentais, típicas, que condicionam todas as estruturas subsequentes, são os alicerces, os fundamentos da ciência.

Artigo 3º CF/88. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

[...]

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

(formatação errada, e precisa de aspas)

O homem é o centro de toda proteção jurídica, os direitos personalíssimos mostram um desenho bem acabado do que deve ser uma proteção integral do ser humano, em seu aspecto físico (direito à saúde e à integridade corporal), psíquico (direito à saúde mental e ao livre pensamento) e moral (direito à honra e aos sentimentos).

Hoje, a questão mais debatida coloca-se na reivindicação de um direito à diferença. Essa idéia parte do princípio de que, em lugar de se reivindicar uma identidade humana comum, é preciso que sejam contempladas as diferenças existentes entre as pessoas, visto que os homens não são iguais entre si.

Ao se tratar dos atributos intrínsecos da pessoa humana, referindo-se ao ser humano na sua integridade física, seu corpo, seus membros, sua liberdade, suas convicções e afeições, seu sentido estético, seu psiquismo (fenômenos conscientes ou inconscientes percebidos pelos sentidos no indivíduo), sua vida privada e sua sobrevivência, não se fala de outra coisa senão de direitos personalíssimos.

A formulação de que todo ser humano merece a mesma consideração e tratamento é um princípio, mas é também o resultado de outros vários princípios. A suposição de que uma só pessoa merece ser considerada estende-se às demais pessoas, resultando na prática da convivência social e política vinculada a um processo intelectual e ético.¹

A universalidade dos direitos fundamentais a todos os cidadãos consiste na igualdade de todos os homens. O seu reconhecimento, incluindo os valores de racionalidade, natureza e dignidade de todos os homens, é fonte originária de direitos fundamentais e deveres correlativos.

A realização da justiça implica igualdade e essa se configura assim como um valor jurídico consecutivo, expressando que ela está corretamente ligada à

¹ Dallanora, Adriana. A igualdade jurídica como um principio fundamental do Estado Constitucional de Direito. Disponível em: <<http://geocities.yahoo.com.br/profpito/aigualdadejuridicadallanora.html>> Acesso em: 06 jan. 2005.

realização da justiça, da segurança e do bem comum. A igualdade jurídica possui a tolerância por corolário, que se constitui em um princípio complexo, incluindo as diferenças pessoais e excluindo as diferenças sociais.

A igualdade jurídica apresenta-se sob dois aspectos: o formal, que é a igualdade de todos perante a lei, e o material ou substancial, ou seja, a igualdade imposta como exigência da própria lei, a uniformidade na lei, e que consiste no reconhecimento das desigualdades sociais de modo a justificar a interferência do Poder Público para proteger os interesses dos mais fracos, cuja medida prevê a necessidade de tratar as pessoas, quando desiguais, em conformidade com a sua desigualdade, sendo que essa passou a ser a formulação mais avançada da equidade de direitos.

A Constituição Federal dispõe que todos são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, raça, trabalho, credo religioso e convicções políticas, sendo punido o preconceito de raça. Trata-se aqui da igualdade perante a lei, o chamado princípio da isonomia, que se impõe ao legislador, ao Poder Judiciário e à Administração Pública e em virtude do qual, em matéria de hermenêutica, deve-se preferir, sempre, a interpretação que iguale, e não a que diferencie.

O fundamento jurídico da dignidade humana manifesta-se, em primeiro lugar, no princípio da igualdade, isto é, no direito de não receber qualquer tratamento discriminatório, no direito de ter direitos iguais aos de todos os demais.

Assim, os princípios da intimidade, vida privada, honra, imagem da pessoa humana, dentre tantos outros, devem ser entendidos pelo princípio da dignidade. No conflito entre liberdade de expressão e intimidade é a dignidade que dá o direcionamento para a solução.

2.4 Direito Constitucional

A palavra constituição vem do verbo latino *constituere*, significando estabelecer definitivamente. Este é um dos conceitos de constituição. Alguns autores expressam esse conceito de formas variadas, mas que, em seu conteúdo básico, terão o mesmo significado. Por exemplo, “o direito constitucional é o

assunto metódico da constituição do estado, da sua estrutura institucional político-jurídica”. (Franco, 1976 p.4)

A constituição pretende “dar forma”, “constituir”, “conformar” um dado esquema de organização política. Não citaremos detalhadamente os aspectos históricos do Direito Constitucional, apesar de saber de sua grande importância, mas citaremos apenas que existe a necessidade política de um plano escrito, de uma chamada constituição que, paralelamente, venha a garantir esse direito, assim como conformar o poder político. Transparente neste momento se torna a conclusão de que é necessário concomitantemente a isso, o surgimento de uma das categorias mais modernas do constitucionalismo, o poder constituinte no sentido amplo de um poder originário pertencente à Nação, o único que, de forma autônoma e independente, poderia criar a lei superior, ou seja, a Constituição. O poder constituinte se revela como poder de força ou de autoridade política, que está em determinada situação concreta para criar, garantir ou eliminar uma constituição entendida como lei fundamental da comunidade política. Atualmente, o titular constituinte só pode ser o povo, e que este seja entendido como uma grandeza pluralística formada por indivíduos nas mais variadas formas ou formatos, veiculadores de interesses, valores e idéias convergentes ou conflitantes. O poder constituinte, embora se afirme como poder originário, não se exerce num vácuo histórico-cultural. Ele não parte do nada e, por isso, existem certos princípios: dignidade da pessoa, justiça, liberdade, igualdade, por meio dos quais se pode aferir a bondade ou maldade intrínseca de uma constituição.

A constituição deve ter um conteúdo específico, deve formar um corpo de regras jurídicas vinculativas do corpo político e estabelecedoras de limites jurídicos ao poder, esse corpo de regras vinculativas ao corpo político deve ser informado por princípios materiais fundamentais. A constituição normativa não é um mero conceito de ser, e um conceito de dever ser. É uma vinculação entre um texto e um conteúdo normativo específico. O texto possui valor de lei escrita superior. (Grimm; ANO, p.36; Dogliani ANO, p.14).

Assim podemos dizer que o “*corpus* da constituição é o conjunto limitado de materiais normativos que formam a constituição”. (Murphy, 2003, p.2). E o *corpus* constitucional é todo o texto constitucional, todo o conjunto de regras inseridas no documento-constitucional e nada mais que isso. Vários textos fora do documento constitucional podem ser incluídos no *corpus* constitucional.

Já o conjunto de matérias que devem estar e não podem deixar de estar normativamente contempladas num texto constitucional, são chamadas de reserva de constituição. Essa reserva de constituição é tratada a partir da idéia de dimensões constitucionais essenciais. (Rawls, 1993, p.227). A essência constitucional é constituída pelos princípios fundamentais que especificam a estrutura geral do governo e do processo político, pelos direitos de liberdade e igualdade básicos de um cidadão.

A constituição não é apenas um texto jurídico, mas também uma expressão do desenvolvimento cultural de um povo. Por isso, a reserva de constituição deve estar aberta aos temas do futuro como o problema da responsabilidade e solidariedade intergeracional. (Haberle, [2000], p.9).

Existe um problema que é o de saber como se consegue manter a consistência e a coerência de todo o sistema normativo. E a resposta vem pela doutrina tradicional, apela-se para o princípio da unidade de ordem jurídica. (Neves, 1979, p.109) E por ordem jurídica entende-se a globalidade de normas vigentes num determinado Estado, e também se pode citar que norma jurídica será fundamentalmente entendida como regra jurídica, definidora de um padrão de comportamento ou criadora de esquemas jurídicos para a solução de conflitos.

Torna-se, portanto, necessário explicar o sentido de constituição, entendida como *lei ou norma fundamental da ordem judicial*. O conceito de ordem judicial é o de sistema de normas de natureza jurídica que determinam e disciplinam vinculativamente certos âmbitos primários da vida em sociedade dentro do *sistema social global*. Não se trata, entretanto, de qualquer sistema ou conjunto de normas jurídicas, mas daquele que transporta certa unidade de coerência intrínseca: unidade da ordem jurídica. (Neves, 1979, p.109)

A constituição como norma designa o conjunto de normas jurídicas positivas (regras e princípios) geralmente plasmadas num documento escrito e que apresentam relativamente às outras normas do ordenamento jurídico caráter fundacional e primazia normativa. Portanto, a constituição é uma lei dotada de características especiais por sua posição hierárquico-normativa superior. As normas constitucionais constituem uma *lex superior* que recolhe o fundamento de validade em si própria, as normas da constituição são normas de normas, afirmando-se como uma fonte de produção jurídica de outras normas e, por fim, a

superioridade normativa das normas constitucionais implica o princípio da conformidade de todos os atos dos poderes públicos com a constituição.

A constituição é uma lei como as outras, mas se distingue delas por seu caráter aberto, sendo que a estrutura de muitas normas da constituição obriga a mediação criativa e concretizadora de seus intérpretes.

2.4.1 Princípios e regras no direito constitucional

Os princípios constituem o fundamento ou a razão de ser das regras jurídicas, o que salienta a precedência daquelas sobre estas. Não faz sentido a noção de que os princípios constitucionais constituam simples limites à aplicação das normas infraconstitucionais ou meras diretivas interpretativas de seus enunciados. Essas funções não são as únicas exercidas pelos princípios constitucionais, que são de aplicabilidade direta e imediata, ou seja, independem da intermediação de norma infraconstitucional. (Perlingieri, 2002, p.11).

Canotilho faz referência ao princípio da *máxima efetividade* ou da *máxima eficiência*, pelo qual: “(...) a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que mais eficácia lhe dê”. (Canotilho, 2003, p.1.149)

A distinção entre regras e princípios é ponto básico para o trabalho em processo de dano extrapatrimonial, tornando-se necessário expor de forma minuciosa o segundo ponto. “As regras são normas aplicáveis na forma ‘ou tudo ou nada’, pois elas são aplicáveis apenas quando surgem as condições que elas próprias fixam. Já os princípios são normas que não firmam uma consequência jurídica precisa diante de uma circunstância da qual igualmente precisam. Os princípios expressam considerações de justiça, equidade ou outras dimensões da moralidade, ou seja, não estabelecem uma solução unívoca para as controvérsias em que são aplicáveis, de tal modo que diferem das regras em sua operacionalidade lógica”. (Sgarbi, 2006, p.151).

Levando-se em consideração que os princípios são de base valorativa de correção, a separação ruda entre direito e moral passa a ser entendida de forma mais amena.

Entretanto, o conservadorismo presente na sociedade acaba por inibir o próprio legislador de regulamentar situações que fogem dos padrões por ela

aceitos. A omissão legal acaba alimentando a discriminação e o preconceito existentes, visto que estar à margem da lei não significa ser desprovido de direito, nem poderia impedir a busca do seu reconhecimento na Justiça.

O Direito não pode isolar-se do ambiente em que vigora, deixando de atender às outras manifestações da vida social e econômica.

No Direito brasileiro, a Constituição democrática de 1988 (explicitou, no artigo 1º, III, a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, logo depois da soberania e da cidadania.

A Constituição Federal consagrou o princípio e, considerando a sua eminência, proclamou-o entre os princípios fundamentais, atribuindo-lhe o valor supremo de alicerce da ordem jurídica democrática.

Assim, podemos dizer que as regras e os princípios são duas espécies de normas e que a distinção entre eles é uma forma de distinção entre duas espécies de normas (Cfr.DWORKIN, 1999, p.53/ ALEXY, p.72, / BYDLINSKI, 1982, p.132 ss / DREIER, 1986, p.26 / WIEDERIN, 1986, p.137 ss).

Dissertando sobre princípios e regras, Tércio Sampaio Ferraz Jr. (propõe critérios distintivos (Carrio conforme Genario).

1- os princípios não exigem um comportamento específico, isto é, estabelecem os pontos de partida ou metas genéricas, as regras, ao contrário, são específicas ou em pautas;

2- os princípios não são aplicáveis à maneira de um tudo ou nada, pois enunciam uma ou algumas razões para decidir em determinado sentido, sem obrigar a uma decisão particular, já as regras enunciam pautas dicotômicas, isto é, estabelecem condições que tornam necessária sua aplicação e conseqüências que se seguem necessariamente;

3- os princípios têm um peso ou importância relativa, ao passo que as regras têm uma impenibilidade mais estrita; assim, os princípios comportam avaliação, sem que a substituição de um por outro de maior peso signifique a exclusão do primeiro, já as regras, embora admitam exceções, quando contraditadas provocam a exclusão do dispositivo colidente;

4- o conceito de validade cabe bem para as regras (que ou são válidas ou não são), mas não para os princípios, que, por serem submetidos a avaliação de importância, mais bem se encaixam no conceito de legitimidade”.(Ferraz Júnior, 1990, p.88).

A palavra princípio vem do latim *principium* e significa início, começo, ponto de partida. Como nos ensina José Cretella Junior, “*ele não indica a coisa, mas a razão de ser da coisa*”. (Cretella Junior, 1988, p.129)

Os princípios vão nos interessar quanto a sua qualidade de verdadeiras normas, quantitativamente distintas das outras categorias de normas, ou seja, de regras jurídicas. Os princípios são normas jurídicas impositivas de uma *otimização* compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fáticos e jurídicos. As regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência que é ou não cumprida. A convivência dos princípios é conflitual, a das regras é antinômica, os princípios coexistem, as regras antinômicas excluem-se. Portanto, os princípios, ao constituírem exigências de otimização, permitem o balanceamento de valores e interesses. Já as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois se são regras possuem validade, devem cumprir-se na exata medida das suas prescrições.

Os princípios têm uma função “normogénética” e uma sistêmica: é o fundamento de regras jurídicas e têm uma idoneidade que os faz tecer elos objetivos em todo o sistema constitucional. (Bartole, p.531/ Neves, 1988, p.16 ss).

Segundo Paulo Bonavides, embora se deva destacar a diferença dos princípios relativamente às regras jurídicas, essa desigualdade, apesar de ontológica e teleológica, natural, formal e funcional, não infirma a idéia de que ambos integram, em sua juridicidade, o gênero comum das normas jurídicas. Merece, contudo, referência especial o fato de que os princípios têm uma posição privilegiada na pirâmide normativa, supremacia que, do ponto de vista material, faz deles a expressão mais alta da normatividade que fundamenta a organização do poder. (Bonavides, 1994)

A constituição “respira” através da textura aberta dos princípios, sua legitimidade permeia a idéia de os princípios consagrarem valores (liberdade, democracia, dignidade) fundamentais da ordem jurídica e de disporem de capacidade deontológica de justificação.

Dentre os clássicos da teoria do Direito, Dworkin despontou na distinção entre princípios e regras, acentuando a artificialidade da separação entre direito e moral, concluindo-se, a teoria da integridade, que está conectada com a compreensão de coerência, aspecto que pauta como imprescindível para o bom desenvolvimento da atividade interpretativa, ou seja, dessa forma o Direito é visto

como uma prática interpretativa cujo empreendimento importa a observação das razões relevantes.