

O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo*

Maria Celina Bodin de Moraes **

*O real não está na saída
e nem na chegada;
está na travessia.*

– G. ROSA

1. Introdução; – 2. O conceito filosófico-político de dignidade; – 3. A expressão jurídica da dignidade humana; – 3.1. A igualdade; – 3.2. A integridade psicofísica; – 3.3. A liberdade; – 3.4. A solidariedade; – 4. A concretização do princípio: uma cláusula geral de tutela da pessoa.

1. Introdução

Quase quinze anos desde a promulgação da Constituição da República e volta-se agora a doutrina, especialmente a constitucionalista, para o aprofundamento de um de seus conceitos mais caros: a noção de dignidade humana. O substancial número de obras editadas nos últimos anos ¹ comprova o interesse – muito bem-vindo, aliás –, mas é impossível não

* Este texto foi originalmente concebido como um capítulo da Tese de Titularidade em Direito Civil, apresentada à Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, defendida em março de 2002 e publicada pela Editora Renovar, em 2003, sob o título *Danos à pessoa humana. Uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Para esta publicação foram feitas diversas modificações e acrescentada ampla bibliografia específica.

** Professora Titular da Faculdade de Direito da UERJ e Professora Associada do Departamento de Direito da PUC-Rio. Doutora em Direito Civil.

¹ V., a propósito do tema, na doutrina brasileira, J. AFONSO DA SILVA, A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia, *Revista de Direito Administrativo*, n. 212, 1998, p. 89 e ss.; C. L. ANTUNES ROCHA, O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. In: *Revista Interesse Público*, n. 4, p. 23-48, 1999; F. FERREIRA DOS SANTOS, *Princípio constitucional da dignidade humana*. São Paulo: Freitas Bastos, 1999; D. SARMENTO, *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000; F. K. COMPARATO, *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed. rev. e amp. São Paulo: Saraiva, 2003; C. F. ALVES, *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: o enfoque social da Igreja*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001; I. SARLET, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais* (2001). 2. ed. rev. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002; A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO, A caracterização jurídica da

lamentar o tempo perdido.

Neste período, coube, no caso brasileiro, a uns poucos civilistas, a aproximação inicial ao conceito, através da defesa de uma cláusula geral de tutela da pessoa humana com fundamento no art. 1º, III, com o que se tentava reelaborar o princípio-guia a unidade. Representava, com efeito, para os que se dedicavam ao estudo do direito das relações privadas, um passo decisivo, imprescindível, já que estava por se estabilizar o entendimento da fragmentação da disciplina do direito civil,² caotizado num emaranhado de microssistemas, ignorados tanto a unidade do ordenamento jurídico como seus princípios jurídicos gerais que, porém, desde há muito, já não mais se podiam encontrar no Código respectivo.

De fato, o descompasso existente entre os conceitos essenciais do direito civil – a sua dogmática, proveniente de institutos romanos reelaborados pela Pandectística –, e o contexto, inteiramente diferente, em que tais conceitos permaneciam sendo invocados gerou uma crise de identidade, que, talvez, melhor se deva definir como uma crise de paradigmas.³

No decorrer do século XX, com o advento das Constituições dos Estados democráticos, os princípios fundamentais dos diversos ramos do Direito, e também os princípios fundamentais do direito privado, passaram, nos países de tradição romano-germânica, a fazer parte dos textos constitucionais. Também no Brasil, os princípios gerais do direito civil haviam sido transplantados para o texto constitucional; por isso, os civilistas que não estavam presos à *summa divisio* logo advertiram o papel central que a pessoa humana, a partir da normativa constitucional, havia adquirido. A imprescindibilidade de reconstrução e revalorização de seus princípios gerais tornava-se evidente.

dignidade da pessoa humana, *Revista Trimestral de Direito Civil*, n. 9, jan/mar. 2002, p. 3-24; Ana Paula de BARCELLOS. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. O princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

² Para esta perspectiva, v. N. IRTI, *L'età della decodificazione*, *Diritto e società*, 1978, p. 613 e ss.

³ Neste sentido, alude-se à “socialização”, à “despatrimonialização”, à “publicização” e a tantos outros processos que, em comum, evocam a dimensão das mudanças sofridas pelo direito civil ao longo do século XX. Sobre o sentido de paradigma, como se sabe, seu uso atual no contexto científico, é devido a Thomas KUHN (1922-1996) em sua obra *The structure of scientific revolution* (1962). Segundo Kuhn, em épocas normais, mais ou menos longas, a ciência opera com um conjunto de suposições, ou modelos, conhecido por paradigma, que orienta o desenvolvimento posterior das pesquisas científicas, na busca da solução para os problemas por elas suscitados; em períodos excepcionais, ou revolucionários, o velho paradigma fracassa e dá lugar, não sem disputa, a um novo paradigma.

É, contudo, evidente a insuficiência de se constatar meramente a transposição dos princípios básicos do texto do Código Civil para o texto da Lei Maior. É preciso avaliar a mudança do ponto de vista sistemático, ressaltando que se a normativa constitucional está no ápice de um ordenamento jurídico, os princípios nela presentes se tornam, em consequência, as normas diretivas, ou normas-princípio, para a reconstrução do sistema de Direito Privado.⁴ Não se sustenta tal perspectiva metodológica, contudo, tão-somente em virtude da construção hierarquicamente rígida dos ordenamentos assim constituídos; vai-se além, reconhecendo, ou pressupondo, que são os valores expressos pelo legislador constituinte que devem *informar* o sistema como um todo. Tais valores, extraídos da cultura, isto é, da consciência social, do ideal ético, da noção de justiça presentes na sociedade, são, portanto, os valores através dos quais aquela comunidade se organizou e se organiza. É neste sentido que se deve entender o real e mais profundo significado, marcadamente axiológico, da chamada constitucionalização do direito civil.⁵

A Alemanha foi o primeiro país de tradição continental a seguir este caminho, através do papel desempenhado por sua Corte Constitucional, como guardião dos direitos fundamentais dos indivíduos contra agressões provenientes tanto do Poder Público como de particulares. O *leading case*, o chamado “caso Lüth”, deu-se em 1950 quando um proeminente cineasta já “desnazificado” iria estreitar um novo filme. Erich Lüth, então presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo, pressionou distribuidores e donos de cinemas para que não o incluíssem em sua programação. Sustentava Lüth que caso o filme entrasse em cartaz, seria dever dos “alemães decentes” não o assistir. O produtor e o distribuidor da obra, então, processaram-no por perdas e danos perante o juízo cível, o qual, aceitando as ponderações feitas, considerou aquelas declarações como uma incitação ao boicote e contrárias à moral e aos bons costumes. O réu foi proibido, com base no § 826 do BGB,⁶ de manifestar-se a respeito do filme. Lüth apresentou uma reclamação constitucional, valendo-se do direito fundamental à liberdade de expressão (art. 5º da Lei Fundamental). A decisão

⁴ P. PERLINGIERI, *Perfis de direito civil: introdução ao direito civil constitucional* (1975). Trad. de M. C. De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 35 e ss.

⁵ V., sobre o conceito, por todos, P. PERLINGIERI, *Perfis de direito civil*, cit., *passim*, mas espec. p. 1-14. V. tb. M. C. BODIN DE MORAES, A caminho de um direito civil constitucional, *Revista de Direito Civil*, v. 65, p. 23 e ss.; G. TEPEDINO, *Temas de direito civil*, 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, *passim*, mas espec. p. 1-22.

⁶ Dispõe o parágrafo 826 do *Bürgerliches Gesetzbuch* (o código civil alemão): “Quem, contrariando os bons costumes, causar danos a outrem ficará obrigado a indenizá-lo.”

do Tribunal Constitucional reformou, em favor de Lüth, a sentença do juízo cível e considerou ter havido, no caso, violação do direito à liberdade de expressão.⁷

Só é possível ter uma ideia do alcance e da importância desta decisão, avalia Dieter GRIMM, quando se pensa no ordenamento vigente antes do caso Lüth — na verdade, a decisão do juízo cível “não se distanciou um milímetro sequer do paradigma de então”: uma lide entre particulares só podia ser resolvida pelo Direito Privado e, “no âmbito do Direito Privado, os direitos fundamentais não tinham qualquer importância”.⁸

Os direitos fundamentais na Alemanha do pós-guerra, como no Brasil até a Constituição de 1988, serviam apenas para que o indivíduo se defendesse de uma eventual ingerência excessiva do Estado. Somente o Estado se subordinava aos comandos constitucionais, não o indivíduo: “se uma norma do BGB é constitucional – e ninguém poderia duvidar da constitucionalidade do parágrafo 826 –, então a Constituição já havia cumprido sua tarefa. Na interpretação e aplicação de uma norma civilista, a Carta Magna não desempenhava papel algum”.⁹

Nos Estados democráticos, porém, é na esfera política que são reconhecidos os valores comuns e estabelecidos os princípios fundamentais. O direito constitucional representa o conjunto de valores sobre os quais se constrói, na atualidade, o pacto da convivência coletiva, função outrora exercida pelos códigos civis. A primazia da ordem jurídica consubstancia-se na primazia das decisões políticas em face da natureza das coisas, devendo o legislador não só se esforçar por refletir a realidade, mas também, conscientemente, buscar a sua transformação. O Direito é justamente isto, uma força de transformação da realidade.¹⁰ É sua a tarefa “civilizatória”, reconhecida através de uma intrínseca função promocional,¹¹ a par da tradicional função repressiva, mantenedora do *status quo*.

⁷ D. GRIMM, A carreira de uma campanha de boicote (*Die Karriere eines Boykottaufrufs*), in *Die Zeit*, n. 40, 27.09.2001. Trad. de D. Nogueira Leitão. Para o inteiro teor desta decisão, v. *BverfGE* 7, 198, disponível, em inglês, em <<http://www.iuscomp.org>>, acesso em 02 jul. 2002. O caso foi julgado em janeiro de 1958.

⁸ D. GRIMM, A carreira de uma campanha de boicote, cit., p. 3.

⁹ *Id.*, *ibid.*

¹⁰ P. PERLINGIERI, Normas constitucionais nas relações privadas, *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, n. 6 e 7, 1999.

¹¹ N. BOBBIO, La funzione promozionale del diritto (1969), *Dalla struttura alla funzione*. Milano: Di Comunità, 1977, p. 13 e ss.

O problema maior do Direito tem sido exatamente o de estabelecer um compromisso aceitável entre os valores fundamentais comuns, capazes de fornecer os enquadramentos éticos e morais nos quais as leis se inspirem, e espaços de liberdade, os mais amplos possíveis, de modo a permitir a cada um a escolha de seus atos e a condução de sua vida particular,¹² de sua trajetória individual, de seu projeto de vida.

Toda esta problemática nos põe diante do desafio de distinguir quais sejam os atributos intrínsecos à pessoa humana, cuja proteção o Direito é chamado a garantir e promover, e de que forma tais atributos devam ser, relativamente, hierarquizados.

Mas em que consiste a dignidade humana, expressão reconhecidamente vaga, fluida, indeterminada?¹³ Esta é uma questão que, ao longo da história, tem atormentado filósofos, teólogos, sociólogos de todos os matizes, das mais diversas perspectivas, ideológicas e metodológicas. A temática tornou-se, a partir de sua inserção nas longas Constituições, merecedora da atenção privilegiada do jurista que tem, também ele, grande dificuldade em dar substância a um conceito que, por sua polissemia¹⁴ e o atual uso indiscriminado, tem um conteúdo ainda mais controvertido do que no passado.

2. O conceito filosófico-político de dignidade

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, afirma Hannah ARENDT, tem este duplo aspecto: o da igualdade e o da diferença.¹⁵

Ação e discurso são os modos pelos quais os seres humanos se comunicam uns com

¹² Assim, S. AGACINSKI, *Política dos sexos*. Trad. de M. N. Teixeira. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999, p. 98.

¹³ F. K. COMPARATO, *A afirmação histórica dos direitos humanos*, cit., p. 1.

¹⁴ I. SARLET, *Dignidade humana*, cit., p.38 e ss.

¹⁵ H. ARENDT, *A condição humana* (1958). 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999, p. 188. Para uma aprofundada análise do pensamento arendtiano no que tange, especialmente, aos direitos da pessoa humana, v. a interessante obra de C. LAFER, *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 2001, *passim*.

os outros, não como meros objetos físicos, mas como pessoas. É, pois, com palavras e atos, observa ARENDT, que nos inserimos no mundo humano.¹⁶ A ação e o discurso são também as atitudes que melhor traduzem a singularidade de cada ser humano. Só o homem é capaz de comunicar a si próprio, e não apenas comunicar alguma coisa – sede, fome, afeto, medo. Todavia, quando se trata de definir, filosoficamente, “quem” somos, só é possível enumerar qualidades e características do “que” somos, revelando-se, então, a notória incapacidade filosófica de se chegar a uma definição da pessoa humana, de se revelar a sua “essência viva”.¹⁷

Esta incapacidade talvez explique a impossibilidade de apreender, sem recorrer à cultura e à história, o que é específico à humanidade ou à condição humana. A pluralidade humana, conclui ARENDT, é a paradoxal pluralidade de seres singulares.¹⁸

Para distinguir os seres humanos, diz-se que detêm uma substância única, uma qualidade própria comum unicamente aos humanos: uma “dignidade” inerente à espécie humana. A raiz etimológica da palavra “dignidade” provém do latim: *dignus* é “aquele que merece estima e honra, aquele que é importante”; diz-se que sua utilização correspondeu sempre a pessoas, mas foi referida, ao longo da Antiguidade, tão-só à espécie humana como um todo, sem que tivesse havido qualquer personificação.¹⁹

É por todos conhecida a célebre explicação de CÍCERO em *De officiis*, onde assinala que o vocábulo latino *persona* servia originalmente a designar a máscara usada pelos atores durante as representações teatrais. Também os gregos tinham a sua máscara – conhecida como *prosopon* (“rosto”) – que se encaixava sobre a face do ator para substituí-la pela do personagem. A máscara romana, ao contrário, servia para favorecer a passagem da voz do ator – *per sonare* – e não tinha a função de escondê-lo ou substituí-lo mas era usada, na verdade, para isolar a emoção que se desejava transmitir: “(...) não o rosto de um homem

¹⁶ H. ARENDT, *A condição humana*, cit., p. 189.

¹⁷ H. ARENDT, ob. cit., p. 194-195. Em igual sentido, F. K. COMPARATO, *A afirmação histórica*, cit., p. 3: “Na verdade, a indagação central de toda a filosofia é bem esta: – Quem é o homem?”

¹⁸ Segundo H. ARENDT, *A condição humana*, cit., p. 171, é “através de sua singularidade que o homem retém a sua individualidade e, através de sua participação no gênero humano, ele pode comunicar aos demais esta singularidade.”

¹⁹ J.-M. BREUVART, Le concept philosophique de dignité humaine. *Revue d'éthique et Théologie Morale*, n. 191, 1994, p. 104-105.

colérico mas os traços da cólera mesma”.²⁰ Portanto, não uma *pessoa*, mas um *papel*, e justamente este o significado que passou do teatro ao direito romano: “uma parte”, abstratamente considerada, a quem se atribuem direitos e deveres.²¹

Foi o Cristianismo que, pela primeira vez, concebeu a ideia de uma dignidade pessoal, atribuída a cada indivíduo. O desenvolvimento do pensamento cristão sobre a dignidade humana deu-se sob um duplo fundamento: o homem é um ser originado por Deus para ser o centro da criação; como ser amado por Deus, foi salvo de sua natureza originária através da noção de liberdade de escolha, que o torna capaz de tomar decisões contra o seu desejo natural²². Atribui-se a BOÉCIO, em texto que data do séc. VI, o registro que propiciou, através da matriz teológica, a transmissão da cultura greco-latina aos filósofos medievais. Foi a propósito do mistério da Trindade que Boécio ofereceu a definição de pessoa, que viria a ser adotada posteriormente por São Tomás: “substância individual de natureza racional”.²³

Daí se pôde pensar, como o fez São TOMÁS, a dignidade humana sob dois prismas diferentes: a dignidade é inerente ao homem, como espécie; e ela existe *in actu* só no homem enquanto indivíduo, passando desta forma a residir na alma de cada ser humano.²⁴ A inflexão diz com o fato de que o homem deve agora não mais olhar apenas em direção a Deus, mas voltar-se para si mesmo, tomar consciência de sua dignidade e agir de modo compatível.²⁵ Mais do que isso, para São Tomás, a natureza humana consiste no exercício da razão e é através desta que se espera sua submissão às leis naturais, emanadas diretamente da autoridade divina.

Tal mudança pôde ocorrer porque, diversamente das demais religiões da

²⁰ F. DUPONT, *L'orateur sans visage*. Essai sur l'acteur romain e son masque. Paris: PUF, 2000.

²¹ Para tais explicações, v. D. LECOURT, *La personne humaine*. Academie des Sciences. Conférence du 26.06.2000, disponível em <<http://www.academiedessciences.fr>>, acesso em 20 dez. 2002. O autor afirma ainda: “*Les juristes romains gardèrent le souvenir de cette théâtralité originnaire lorsqu'ils utilisèrent le vocable de “persona” comme élément essentiel du “droit civil” qu'ils inventèrent. (...)L'objectif était de soumettre la transmission des patrimoines à des règles stables*”.

²² J.-M. BREUVART, *Le concept philosophique*, cit., p. 107.

²³ No original: “*rationales naturae individua substantia*”. Sobre a importância histórica de Anício Mânlio Torquato Severino Boécio, fundador da Escolástica, L. J. LAUAND apresenta um belo estudo introdutório e a tradução de sua obra *De Trinitate*, disponível em <<http://www.hottopos.com/convenit5/lauan.htm>>, acesso em 21.02.2003. A propósito, ver também L. COULOUBARITSIS, *Histoire de la philosophie ancienne et médiévale*, 1998, apud D. LECOURT, *La personne humaine*, cit., p. 2.

²⁴ BATTISTA MONDIN, *O humanismo filosófico de Tomás de Aquino*. Trad. de A. Angonese, São Paulo: Edusc, 1998.

²⁵ J.-M. BREUVART, ob. cit., p. 110.

Antiguidade, o Cristianismo surgiu como uma religião de indivíduos, que não se definem por sua vinculação a uma nação ou Estado, mas por sua relação direta com o mesmo e único Deus. Enquanto nas outras religiões antigas a divindade se relacionava com a comunidade organizada, o Deus cristão relaciona-se diretamente com os indivíduos que nele creem.

Através do Cristianismo, foram introduzidas duas novas concepções éticas: a ideia de que a virtude se concebe pela relação com Deus, e não com a *polis* ou com os outros homens; e a afirmação de que, embora os seres humanos sejam dotados de vontade livre, seu primeiro impulso, proveniente da natureza humana fraca e pecadora, dirige-se para a transgressão.²⁶ Como a própria vontade humana se encontra, na origem, pervertida pelo pecado (o pecado original), o Cristianismo pressupõe o ser humano, em si e por si, como incapaz de realizar o bem, necessitando do auxílio de Deus para tornar-se virtuoso. Isto será feito mediante a obediência estrita à lei divina, revelada e inscrita no coração de cada um dos homens, através de atos de dever.

Em 1486, Giovanni PICO, Conde de Mirandola, então um jovem com 23 anos, enunciou sua famosa *Oratio de Hominis Dignitate*, depois considerada o discurso fundador do renascimento humanista, “o primeiro horizonte da Modernidade”, assim definida em razão de seu compromisso com a valorização e promoção filosófica do homem. O antropocentrismo presente na obra não era completamente novo para a época, já tendo sido celebrado por outros autores, como Petrarca, Bruni e Manetti. O que diferencia Giovanni PICO e o torna digno de menção é que seu texto, embora faça numerosas alusões à *ratio theologica*, a par da *ratio philosophica*, não estabelece entre elas a habitual relação de subordinação, de dependência, de causa e consequência entre o Criador e a criatura.²⁷ Não por acaso as teses de PICO foram consideradas heréticas por Inocêncio VIII, embora viesse seu autor a ser absolvido pelo sucessor, Papa Alexandre IV.

²⁶ M. CHAUI, *Convite à filosofia*, 9. ed. São Paulo: Ática, 1997, p. 342-343.

²⁷ M. L. SIRGADO GANHO, *Acerca do pensamento de Giovanni Pico della Mirandola*. Prefácio a G. PICO DELLA MIRANDOLA, *Discurso sobre a dignidade do homem* (1486). Lisboa: Edições 70, 1989, p. 23 e ss, espec. p. 26. V., tb., D. E. COOPER, *As filosofias do mundo*. Uma introdução histórica. São Paulo: Edições Loyola, 2002, p. 250 e ss. Segundo Cooper, no *Discurso* de Pico ressoa o tema humanista de que “a dignidade do homem não se deve ao fato de compartilhar a natureza divina. Os seres humanos são *sui generis*, sem afinidade com os animais, nem como os anjos, nem com Deus. É verdade que devem tentar se aproximar da natureza de Deus pela contemplação (...) A dignidade *humana* não depende do sucesso deste empreendimento, mas da capacidade de realizá-lo livremente, de *tornar-se* igual a Deus.” (p. 251).

Entre os teóricos modernos, debruçaram-se sobre o conceito de pessoa humana principalmente Hobbes, Locke e Kant. Thomas HOBBS, no *Leviatã* (1651), a partir da aludida obra de Cícero, usa a noção como central para o conceito de soberania absoluta que defende: a única saída para evitar a guerra, de fato, parece-lhe ser a criação do Estado como uma entidade capaz de reduzir a vontade dos indivíduos a uma vontade única, mediante a atribuição de todos os poderes e de todos os direitos (menos o direito à vida) a uma única pessoa: a *pessoa* do soberano.

John LOCKE, ao contrário de Hobbes, acreditando que o fundamento único do Estado deve ser o *consenso* entre seus membros, publica, em 1689, o célebre intitulado *Ensaio sobre a Compreensão Humana*, no qual afirma, em relação ao que aqui nos diz respeito, que entende a palavra “pessoa” como a que é empregada para designar aquilo que alguém chama de “si mesmo”. Locke associa ao termo as palavras “identidade”, “consciência” e “memória”; ele vê o ser humano individual como um ser dotado de identidade reflexiva, em virtude da consciência dessa sua identidade.²⁸

Em 1788, através da *Crítica da Razão Prática*, Immanuel KANT reasentou a questão da moralidade em novas bases, que se encontram resumidas, em última instância, no que ele denominou de “imperativo categórico”.²⁹ O dever, segundo KANT, não se apresenta através de conteúdos fixos, nem tampouco é uma lista ou catálogo de virtudes; antes, configura-se através de uma “forma” que deve valer universal e incondicionalmente, isto é, categoricamente, para toda e qualquer ação moral.³⁰

O imperativo categórico está contido na sentença: “Age de tal modo que a máxima de tua vontade possa sempre valer simultaneamente como um princípio para uma legislação geral.” Esta formulação foi desdobrada por KANT em três máximas morais. São elas: i) “Age como se a máxima de tua ação devesse ser erigida por tua vontade em lei universal da natureza”, o que corresponde à universalidade da conduta ética, válida em todo tempo e lugar; ii) “Age de tal maneira que sempre trates a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa

²⁸ V. D. LECOURT, *La personne humaine*, cit., p. 2.

²⁹ B. FREITAG, A questão da moralidade: da razão prática de Kant à ética discursiva de Habermas, *Tempo Social*, Revista de Sociologia USP, São Paulo, 1(2), 2º sem. 1989, p. 9.

³⁰ M. CHAUI, *Convite à filosofia*, cit., p. 345-346. Sustenta N. ABBAGNANO, *Dicionário de filosofia* (1960). 3. ed., rev. e ampl. São Paulo: Martins Fontes, 1999, que o termo “imperativo”, criado possivelmente por analogia ao vocábulo bíblico “mandamento”, não passa de um outro nome para a palavra “dever”.

de outrem, como um fim e nunca como um meio”, que representa o cerne do imperativo, pois afirma a dignidade dos seres humanos como pessoas; iii) “Age como se a máxima de tua ação devesse servir de lei universal para todos os seres racionais”, que exprime a separação entre o reino natural das causas e o reino humano dos fins, atribuindo à vontade humana uma vontade legisladora geral.³¹

Compõe o imperativo categórico a exigência de que o ser humano jamais seja visto, ou usado, como um meio para atingir outras finalidades, mas sempre seja considerado como um fim em si mesmo. Isto significa que todas as normas decorrentes da vontade legisladora dos homens precisam ter como finalidade o homem, a espécie humana enquanto tal. O imperativo categórico orienta-se, então, pelo valor básico, absoluto, universal e incondicional da dignidade humana.³² É esta dignidade que inspira a regra ética maior: o respeito pelo outro.

De acordo com KANT, no mundo social existem duas categorias de valores: o preço (*preis*) e a dignidade (*Würden*). Enquanto o preço representa um valor exterior (de mercado) e manifesta interesses particulares, a dignidade representa um valor interior (moral) e é de interesse geral. As coisas têm preço; as pessoas, dignidade. O valor moral se encontra infinitamente acima do valor de mercadoria, porque, ao contrário deste, não admite ser substituído por equivalente. Daí a exigência de jamais transformar o homem em meio para alcançar quaisquer fins. Em consequência, a legislação elaborada pela razão prática, a vigorar no mundo social, deve levar em conta, como sua finalidade máxima, a realização do valor intrínseco da dignidade humana.³³

3. A expressão jurídica da dignidade humana

Esta sucinta exposição da construção do conceito filosófico-político da dignidade humana deve-se à compreensão de que a reflexão jurídica sobre o tema³⁴ se desenvolve,

³¹ M. CHAUI, *Convite à filosofia*, cit., p. 346. V., tb., P. RICOEUR, *L’universel et l’historique*, *Le Juste 2*. Paris: Esprit, 2001, p. 267-285, espec. p. 273.

³² B. FREITAG, *A questão da moralidade*, cit., p. 10.

³³ *Id.*, o.l.u.c.

³⁴ Obrigatória a referência à interessante análise sobre o difícil argumento, desenvolvida com brilhantismo por Antonio JUNQUEIRA DE AZEVEDO, *A caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana*, cit., p. 1-22. Segundo o autor, o uso da expressão ‘dignidade da pessoa humana’ é acontecimento recente no mundo jurídico,

necessariamente, com o recurso à Filosofia, à Política e à História. Ao ordenamento jurídico, enquanto tal, não cumpre determinar seu conteúdo, suas características, ou permitir que se avalie essa dignidade. Tampouco são as Constituições que a definem.³⁵ O Direito enuncia o princípio, cristalizado na consciência coletiva (*rectius*, na história) de determinada comunidade, dispondo sobre sua tutela, através de direitos, liberdades e garantias que a assegurem. Esclareça-se que não se trata de adotar uma posição jusnaturalista, mas de ressaltar que, evidentemente, antes de se incorporar tal princípio às Constituições, foi imperioso que se reconhecesse o ser humano como sujeito de direitos e, assim, detentor de uma “dignidade” própria, cuja base (lógica) é o universal direito da pessoa humana a ter direitos.³⁶

O respeito à dignidade da pessoa humana, fundamento do imperativo categórico kantiano, de ordem moral, tornou-se um comando jurídico no Brasil com o advento da Constituição Federal de 1988, do mesmo modo que já havia ocorrido em outras partes. Em particular, após o término da Segunda Grande Guerra, em reação às atrocidades cometidas pelo nazifascismo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pelas Nações Unidas em 1948, enunciava em seu artigo 1º: “Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos.” A Constituição italiana de 1947, entre os princípios fundamentais, também já havia proclamado que “todos os cidadãos têm a mesma dignidade e são iguais perante a lei”. Não obstante, costuma-se apontar a Lei Fundamental de Bonn, de maio de 1949, como o primeiro documento legislativo a consagrar o princípio em termos mais incisivos: “Art. 1, 1 – A dignidade do homem é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todos os poderes estatais.”

Do mesmo modo, a Constituição portuguesa de 1976, promulgada após o longo período de ditadura salazarista, estabelece, em seu artigo 1º: “Portugal é uma República soberana, baseada, entre outros valores, na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.” Igualmente, a

concluindo que hoje “a dignidade da pessoa humana como princípio jurídico pressupõe o imperativo categórico da intangibilidade da vida humana e dá origem, em seqüência hierárquica, aos seguintes preceitos: 1 - respeito à integridade física e psíquica das pessoas; 2 - consideração pelos pressupostos materiais mínimos para o exercício da vida; e 3 - respeito pelas condições mínimas de liberdade e convivência social igualitária.”

³⁵ J. AFONSO DA SILVA, A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia, cit., p. 92.

³⁶ F. SAVATER, *Ética como amor-próprio*. Rio de Janeiro: Martins Fontes, 2000, p. 165.

Constituição espanhola de 1978, adotada em seguida ao fim da república franquista, estabelece no artigo 10, 1: “A dignidade da pessoa, os direitos invioláveis que lhe são inerentes, o livre desenvolvimento da personalidade, o respeito à lei e aos direitos dos demais são fundamentos da ordem política e da paz social.”

Anote-se que a recém-promulgada Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, assinada em Nice em dezembro de 2000, prevê em seu primeiro artigo: “A dignidade do ser humano é inviolável. Deve ser respeitada e protegida”. Tem a Carta um capítulo dedicado à *Dignidade* (Capítulo I) e encontram-se ali tutelados o direito à vida, à integridade do ser humano, a proibição de torturas e tratamentos desumanos ou degradantes e a proibição à escravidão e ao trabalho forçado.

No Direito brasileiro, após mais de duas décadas de ditadura sob o regime militar, a Constituição democrática de 1988 explicitou, no artigo 1º, III, a dignidade da pessoa humana como um dos “fundamentos da República”. A dignidade humana, então, não é criação da ordem constitucional, embora seja por ela respeitada e protegida. A Constituição 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.³⁷ Com efeito, da mesma forma que KANT estabeleceu para a ordem moral, é na dignidade humana que a ordem jurídica (democrática) se apoia e constitui-se.

A transposição das normas diretivas do sistema de direito civil do texto do Código Civil para o da Constituição da República acarretou consequências jurídicas decisivas 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, elevada à condição de fundamento da República Federativa do Brasil.³⁸

O princípio constitucional visa garantir o respeito e a proteção da dignidade humana não apenas no sentido de assegurar um tratamento humano e não degradante, e tampouco

³⁷ Esta idéia é explorada na obra de G. TEPEDINO, que tem parte substancial reunida em seu *Temas de direito civil*, já citado, com especial relevo nos primeiros trabalhos que a compõem: Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil (p. 1-22), A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro (p. 23-54) e Direitos humanos e relações jurídicas privadas (p. 55-71).

³⁸ Segundo PONTES DE MIRANDA, *Democracia, liberdade e igualdade: os três caminhos*. Rio de Janeiro: José Olympio, 1954, p. 37: “A passagem dos direitos e liberdades às Constituições representa uma das maiores conquistas políticas da invenção humana, invenção da democracia.”

conduz ao mero 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 individualistas³⁹ de outrora o seu fundamento axiológico.

Neste ambiente, de um renovado humanismo, a vulnerabilidade humana será tutelada, prioritariamente, onde quer que ela se manifeste. De modo que terão precedência os direitos e as prerrogativas de determinados grupos considerados, de uma maneira ou de outra, frágeis e que estão a exigir, por conseguinte, a especial proteção da lei. Nestes casos estão as crianças, os adolescentes, os idosos, os portadores de deficiências físicas e mentais, os não-proprietários, os consumidores, os contratantes em situação de inferioridade, as vítimas de acidentes anônimos e de atentados a direitos da personalidade, os membros da família, os membros de minorias, dentre outros.

Seguramente, este é o aspecto mais visível da mencionada transmutação. Tem-se, no entanto, como imprescindível explorar mais detalhadamente a dimensão atribuída, no ordenamento jurídico vigente, ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana porque tal parece ser o único princípio capaz, na atualidade, de conferir a unidade axiológica e a lógica sistemática, necessárias à recriação dos institutos jurídicos e das categorias do direito civil.

Isto significa que o valor da dignidade alcança todos os setores da ordem jurídica.⁴⁰ Eis a principal dificuldade que se enfrenta ao buscar delinear, do ponto de vista hermenêutico, os contornos e os limites do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Uma vez que a noção é ampliada pelas infinitas conotações que enseja, corre-se o risco da generalização absoluta, indicando-a como *ratio* jurídica de todo e qualquer direito fundamental. Levada ao extremo, essa postura hermenêutica acaba por atribuir ao princípio

³⁹ Sob este ponto de vista, o legislador de 2002 pouco se afastou da letra da lei do Código de 1916.

⁴⁰ Neste sentido, P. FERREIRA DA CUNHA, *O ponto de Arquimedes*. Coimbra: Almedina, 2001, p. 212, após apontar a dignidade da pessoa humana como “valor dos valores”, aduz que ela seria uma “espécie de *grundnorm*”. Segundo D. SARMENTO, *A ponderação de interesses na Constituição Federal*, p. 196, uma das múltiplas funções do princípio da dignidade da pessoa humana é servir como o principal critério material para a ponderação de interesses, quando da colisão de princípios constitucionais. Contudo, “a dignidade da pessoa humana” – o respeito a este valor – “sendo um fim e não um meio para o ordenamento constitucional, não se sujeita a ponderações”.

um grau de abstração tão completo que torna impossível qualquer sua aplicação.

Para que se extraíam as consequências jurídicas pertinentes, cumpre retornar por um instante aos postulados filosóficos que, a partir da construção kantiana, nortearam o conceito de dignidade como valor intrínseco às pessoas humanas. Considera-se, com efeito, que, se a humanidade das pessoas reside no fato de serem elas racionais, dotadas de livre arbítrio e de capacidade para interagir com os outros e com a natureza⁴¹ – sujeitos, por isso, do discurso e da ação –, será “desumano”, isto é, contrário à dignidade humana, tudo aquilo que puder reduzir a pessoa (o sujeito de direitos) à condição de objeto.

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) mercedores 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.⁴²

São corolários desta elaboração os princípios jurídicos da igualdade, da integridade física e moral – psicofísica –, da liberdade e da solidariedade. De fato, quando se reconhece a existência de outros iguais, daí dimana o princípio da igualdade; se os iguais merecem idêntico respeito à sua integridade psicofísica, será preciso construir o princípio que proteja tal integridade; sendo a pessoa essencialmente dotada de vontade livre, será preciso garantir, juridicamente, esta liberdade; enfim, fazendo ela, necessariamente, parte do grupo social, disso decorrerá o princípio da solidariedade social.

Esta decomposição serve, ainda, a demonstrar que, embora possa haver conflitos entre duas ou mais situações jurídicas subjetivas, cada uma delas amparada por um desses princípios, logo, conflito entre princípios de igual importância hierárquica, o fiel da balança, a medida de ponderação, o objetivo a ser alcançado, já está determinado, *a priori*, em favor do conceito da dignidade humana. Somente os corolários, ou subprincípios em relação ao maior deles, podem ser relativizados, ponderados, estimados. A dignidade, do mesmo modo como ocorre com a justiça, vem à tona no caso concreto, quando e se bem feita aquela ponderação.

⁴¹ M. CHAUI, *Convite à filosofia*, cit., p. 337.

⁴² No sentido do texto, v. M. CHAUI, ob. cit., p. 338 e ss.

Embora de difícil demarcação, no que tange à composição das dimensões de cada um dos mencionados princípios para a construção do conceito jurídico da dignidade humana (isto é, de seu núcleo referencial), cabe indicar os novos problemas que tais princípios atualmente ensejam, e aos quais o ordenamento deve particular atenção.

3.1A igualdade

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. Esta é uma das formas de igualdade, a primeira porque a mais básica, a que normalmente se denomina de “igualdade formal”, segundo a qual “todos são iguais perante a lei”.⁴³

Logo se iria verificar, contudo, que essa espécie de igualdade, exclusivamente formal, era insuficiente para atingir o fim desejado, isto é, não privilegiar nem discriminar, uma vez que as pessoas não detêm idênticas condições sociais, econômicas ou psicológicas. Adotou-se então, normativamente, uma outra forma de igualdade, a chamada igualdade substancial, cuja medida prevê a necessidade de tratar as pessoas, quando desiguais, em

⁴³ A máxima que proclama a igualdade entre todos os homens é uma das que possui mais alto significado emotivo, percorrendo o pensamento político-filosófico ocidental, dos estóicos aos cristãos primitivos, renascendo, com novo vigor, durante a Reforma, assumindo com Rousseau e os socialistas utópicos dignidade filosófica, para chegar a ser expressa sob forma jurídica nas mencionadas declarações de direitos em fins do séc. XVIII. O documento de Declaração de Independência americana, assinado em 4 de julho de 1776, trazia, logo em seu início, a seguinte frase: “Consideramos estas verdades como evidentes por si mesmas, que todos os homens foram criados iguais, foram dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis, que entre estes estão a vida, a liberdade e a busca da felicidade; que, a fim de assegurar esses direitos, instituem-se entre os homens e os governos, que derivam seus justos poderes do consentimento dos governados; que, sempre que qualquer forma de governo se torne destrutiva de tais fins, cabe ao povo o direito de alterá-la ou aboli-la e instituir novo governo, baseando-o em tais princípios e organizando-lhes os poderes pela forma que lhe pareça mais conveniente para realizar-lhe a segurança e a felicidade”. A idéia de que os homens nascem livres e iguais e têm o direito de repudiar um governo opressor ganhou o mundo. Ao mesmo tempo em que o documento foi o Manifesto da Independência dos Estados Unidos da América, também se consagrou como uma das maiores conclamações da história moderna para que os homens lutassem contra a tirania onde quer que estivessem. Representou ainda o anúncio do surgimento de uma nova era – democrática – que, gradualmente (por reforma ou por revolução), substituiu os regimes monárquicos e aristocráticos que até então dominavam o cenário político e social no Ocidente. Mais diretamente, ela foi a fonte de inspiração para que os franceses se insurgissem em 1789 contra a monarquia absolutista de Luís XVI, estimulando-os a que redigissem um documento semelhante, aprovado pela Assembléia Nacional francesa em 4 de agosto de 1789. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, como ficou conhecida, promulgada em 26 de agosto de 1789, como consequência da vitória burguesa na Revolução Francesa, estabelece em seu artigo 1º: “Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos. As distinções sociais somente podem fundar-se na utilidade comum.”

conformidade com a sua desigualdade; essa passou a ser a formulação mais avançada da igualdade de direitos.⁴⁴ No entanto, e evidentemente, não se pôde prescindir da igualdade formal, à qual se acrescentou esta outra, dita substancial.⁴⁵

Se, num primeiro momento, logo após a instauração dos Estados de Direito na Europa Ocidental, a igualdade substancial gerou significativas alterações legislativas – que, tomadas em conjunto, viriam a formar a estrutura normativa dos chamados *Welfare States* –, hoje, a questão mais debatida coloca-se em outros termos, isto é, na reivindicação de um “direito à diferença”.⁴⁶ Esta ideia parte do princípio de que, em lugar de se reivindicar uma “identidade humana comum”, é preciso que sejam contempladas, desde sempre, as diferenças existentes entre as pessoas, evidência empírica que pode ser facilmente comprovada: os homens não são iguais entre si, e para confirmar esta assertiva basta pensar em dicotomias

⁴⁴ V., a propósito, L. E. FACHIN, *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 283. No direito brasileiro, é obrigatória a referência ao conhecido passo de Rui BARBOSA na *Oração aos Moços*: “A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualem. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade. [...] Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real”. Para uma nova interpretação da obra de Rui Barbosa no que toca ao direito civil, v. G. TEPEDINO, Rui Barbosa e o Direito Civil, in E. LINS E SILVA *et al.*, *A atualidade de Rui Barbosa*. Rio de Janeiro: Edições Casa de Rui Barbosa, 2001, p. 23-42, onde se pode encontrar, além do trecho citado, diversos outros excertos que permitiram ao autor concluir nos seguintes termos: “Desprovido dos preconceitos históricos e dogmáticos que tantas vezes refreiam os romanistas, pôde Rui Barbosa propor teses que, fiéis embora ao ideário liberal que cultuou por toda a vida, se mostram extremamente avançadas para o seu tempo, suscitando a superação da dicotomia entre o Direito Público e o Direito Privado, e a supremacia da dignidade da pessoa humana nas relações de Direito Civil, imperativos da ordem jurídica contemporânea.” (p. 42).

⁴⁵ P. PERLINGIERI, *Perfis de direito civil*, cit., p. 44-45.

⁴⁶ Nesta perspectiva, v. E. DENNINGER, La reforma constitucional en Alemania: entre ética y seguridad jurídica, in A-E PÉREZ LUÑO (Coord.), *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*. Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 309: “El nuevo ciudadano, por así decirlo, no se contenta con ser considerado igual a todos, dotado de los mismos derechos. Mas bien, reclama el reconocimiento de su diversidad respecto de los otros.” O geneticista francês J. TESTART, *A fertilização artificial*. São Paulo: Ática, 1996, p. 87, narra um caso paradigmático: “[...] a normalidade não provém de nenhuma definição racional, mas de uma certa relação entre o indivíduo julgado e o grupo que se autoriza a julgar. Georges Canguilhem escreve em *Le normal et le pathologique*: ‘O ser vivo e o meio não são normais se pegos separadamente, mas é sua relação que os torna normais um em relação ao outro.’ Em um programa de televisão sobre os surdos-mudos (*La marche du siècle*, setembro de 1992), pudemos ver concretamente algumas dessas pessoas, que considerávamos deficientes, reivindicar um direito à diferença [...] O reino dos surdos-mudos é evidentemente de uma grande riqueza, e não um mundo de sofrimento.” Em relação à surdez como “identidade cultural”, chocou a opinião pública mundial a notícia, divulgada em abril de 2002, acerca da opção feita por um casal homossexual, Sandra Duchesneau e Candy McCullough, surdas de nascimento, de gerar uma criança portadora da mesma condição. Em vão procuraram um banco de sêmen que satisfizesse essa sua aspiração; depois que o pedido foi rejeitado por todos os estabelecimentos do gênero, acabaram usando o sêmen de um amigo em cuja família a surdez se manifestava já há cinco gerações. Ao justificarem sua escolha, afirmaram considerar que a surdez não representa uma deficiência. Não obstante, a tutela de identidade cultural que represente, na ordem cultural vigente, relevante perda em relação à integridade psicofísica não pode abranger terceiros, especialmente quando se trata de crianças e adolescentes, os quais merecem concreta proteção por parte da ordem jurídica, principalmente quando a ameaça vem de quem os deve proteger.

facilmente visualizáveis, como cultos e analfabetos, sadios e deficientes, heterossexuais e homossexuais.⁴⁷ A humanidade é diversificada, multicultural, e parece mais útil procurar compreender e regular os conflitos inerentes a essa diversidade de culturas e formas de pensar do que buscar uma falsa, porque inexistente, identidade.⁴⁸ Daí ter sido sugerida a substituição do termo “identidade” por outro, que oferece maior sentido de alteridade: é o “reconhecimento” do outro, como um ser igual a nós. Enquanto na identidade existiria simplesmente a ideia de “mesmo”, o reconhecimento permite a dialética do mesmo com o “outro”.⁴⁹

O princípio da igualdade, visto sob este ângulo, é dos que mais se presta a ensejar *hard cases* – casos cuja solução, justamente porque não há uma única e correta solução, nem sempre satisfaz o sentimento pessoal de justiça do intérprete. Os *hard cases* configuram um dos aspectos mais interessantes da aplicação do Direito atual. A necessidade metodológica de aplicar os princípios constitucionais a todas as relações jurídicas, inclusive as intersubjetivas de natureza privada, fez com que se multiplicassem as ocasiões de colisão de princípios. São tais os casos que, por influência do direito norte-americano, passam a formar a categoria dos chamados casos difíceis.⁵⁰

Hipótese emblemática do que se afirma ocorreu num caso decidido pela Suprema Corte dos Estados Unidos, relativo a competições desportivas, envolvendo a Associação Profissional de Golfe norte-americana (PGA). Em determinados circuitos da PGA, que reúne a elite do esporte, exige-se que os competidores percorram a pé as distâncias entre os buracos. Um atleta, portador de rara síndrome em uma das pernas, reivindicou o direito de fazer o percurso acomodado em um carrinho elétrico, pois, com o passar do tempo, as longas e

⁴⁷ Para uma visão sobre o direito à diferença em razão da opção sexual da pessoa, v. M. C. BODIN DE MORAES, *A união entre pessoas do mesmo sexo: uma análise civil-constitucional*, *Revista Trimestral de Direito Civil*, n. 1, p. 89-112, 2000.

⁴⁸ S. AGACINSKI, *Política dos sexos*, cit., p. 162 e ss.

⁴⁹ Esta tese é sustentada por P. RICOEUR, *A crítica e a convicção*. Conversas com F. Azouvi e M. De Launay. Lisboa: Edições 70, 1997, p. 88-91.

⁵⁰ V., por todos, R. DWORKIN, *Levando os direitos a sério* (1977). São Paulo: Martins Fontes, 2002 e, principalmente, *Uma questão de princípio* (1985). São Paulo: Martins Fontes, 2000. Sobre o tema, v., também, R. ALEXI, (1993). *Teoría de Los Derechos Fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales e M. ATIENZA, Para una razonable definición de razonable, *Doxa*, n. 4, 1987, p. 194. Segundo ATIENZA “en principio podría entenderse que un caso es difícil si, aplicando criterios de racionalidad estricta, resultaría que: a) el caso no tiene solución; b) tiene una solución que resultaría inaceptable; c) tiene más de una solución (incompatibles entre sí).

extenuantes caminhadas passaram a gerar-lhe forte dores. Majoritariamente, a Suprema Corte concordou que a obrigatoriedade de percorrer a pé tais distâncias nem era “fundamental” à natureza do jogo, nem gerava uma “*unfair advantaged*”, enquanto a tese vencida entendeu ser da própria natureza dos esportes competitivos a comparação entre habilidades “desigualmente” distribuídas, não cabendo ao Tribunal interferir na determinação do que seria fundamental ou não naquele âmbito desportivo.⁵¹

A forma de violação por excelência do direito à igualdade, ensejadora de danos morais, traduz-se na prática de tratamentos discriminatórios, isto é, em proceder a diferenciações sem fundamentação jurídica (*ratio*), sejam elas baseadas em sexo, raça, credo, orientação sexual, nacionalidade, classe social, idade, doença, dentre outras. Do ponto de vista teórico, pois, os grandes questionamentos passaram a ter por objeto a validade das políticas de ação afirmativa,⁵² a legitimidade de especial proteção (ou “favorecimento”) dada

⁵¹ PGA TOUR, INC. v. MARTIN, decidido em 29 de março de 2001. A maioria esteve composta pelos juízes Stevens, Rehnquist, O'Connor, Kennedy, Souter, Ginsburg e Breyer, e a minoria por Scalia e Thomas. Esta decisão foi considerada uma importante vitória para a comunidade, composta pelos portadores das mais diversas deficiências físicas.

⁵² Sobre o tema v. M. V. BALLESTREROS, Acciones positivas. Punto y aparte. *Doxa* 19, p. 92-109; M. ROSENFELD, *Affirmative Action and Justice. A Philosophical and Constitutional Inquiry*. New Haven and London: Yale University Press, 1991; J. B. BARBOSA GOMES, *Ação afirmativa e princípio constitucional da igualdade*, Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

a grupos, minoritários⁵³ ou não,⁵⁴ o respeito à cultura das minorias⁵⁵ etc.

⁵³ Frise-se que este “combate à discriminação” pode ser implementado com o intuito de minorar outras “diferenças históricas”, como na recente polêmica acerca do sistema de adoção de cotas na seleção dos alunos para a Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e para a Universidade Estadual do Norte Fluminense (UENF). Aprovada pela Assembléia Legislativa carioca e destinada à seleção ao ano letivo de 2003, a Lei nº 3524, de 28.12.2000, estipula que 50% das vagas daquelas instituições deverão ser preenchidas por alunos provenientes do ensino público. Em 9 de novembro de 2001, foi promulgada a Lei nº 3708, atribuindo 40% das vagas naquelas mesmas instituições, à população “negra e parda”.

⁵⁴ Certamente, afirma M. V. BALLESTREROS, *Acciones positivas*, cit., p. 92, o caso das mulheres é singular, se o comparamos com os membros de qualquer minoria, lingüística religiosa ou racial. As mulheres são a maioria da população em muitos países; ademais, não constituem um “grupo” já que sua presença está disseminada tanto no grupo dominante como nos grupos minoritários. Une entre si as mulheres uma comunidade de gênero à qual é lícito atribuir significados e implicações diversas. Durante muitos séculos, a comunidade de gênero foi, por si só, causa de exclusão social e política; a chegada do direito igual, sem distinção de sexo, suprimiu a correlação entre gênero e exclusão, mas não eliminou o prolongamento dos efeitos da exclusão. Hoje, na medida em que existe o princípio da igualdade, o que confere à comunidade de gênero um valor de “grupo” é o fato de que, respeito a determinadas situações – emprego, postos de responsabilidade, cargos eletivos – as mulheres aparecem como um “grupo em posição desvantajosa” enquanto sistematicamente infra-representado. Um exemplo que se tornou famoso foi o julgamento pela Corte de Justiça da Comunidade Européia, em Luxemburgo, do chamado caso Kalanke, que versou sobre a igualdade entre homens e mulheres e a “discriminação positiva” concedida às mulheres: Caso C-450/93, *KALANKE v. FREIE HANSESTADT BREMEN*. Igualdade homens/mulheres – Promoção. Decisão de 17 de outubro de 1995 [Referência: Diretiva 76/207/CEE do Conselho – JO L 39 de 14.2.1976]. A sentença Kalanke submeteu a ação afirmativa em favor das mulheres a um significativo ataque. Trata-se do caso de um jardineiro alemão, Eckhardt Kalanke, que aspirava ao posto de jardineiro-chefe da Cidade-Estado de Bremen, na Alemanha, mas que se viu preterido por uma mulher, a Sra. Gleismann, não porque tivesse esta melhores aptidões mas porque uma lei local, de novembro de 1990, estabelecia que os postos de trabalho de funções públicas deviam ser repartidos quantitativamente, em 50%, entre homens e mulheres. O Tribunal de Justiça Europeu de Luxemburgo declarou tal disposição contrária à legislação comunitária, em particular à Diretiva 76/207/CEE, relativa ao princípio de igualdade de tratamento entre homens e mulheres no âmbito da comunidade. Esta polêmica sentença provocou uma certa preocupação e se chegou a pensar que se poderia proibir, em nível europeu, a ação afirmativa. Finalmente, em decorrência da pressão do Parlamento Europeu e de muitas organizações feministas de toda Europa conseguiu-se introduzir, no Tratado de Amsterdã, um dispositivo que tornou possível a manutenção da ação afirmativa (ou positiva). No aludido artigo do Tratado menciona-se apenas “o sexo infra-representado”; assim chegará o dia em que os homens que estejam infra-representados em determinadas profissões reclamarão através da mesma ação afirmativa.

⁵⁵ Um dos mais emblemáticos casos acerca do respeito a uma cultura minoritária foi julgado no início dos anos 70 pela Suprema Corte Americana. Trata-se do caso *WISCONSIN v. YODER*, (406 U.S. 208 1972) no qual se discutiu o direito de membros da comunidade religiosa Amish a não mais freqüentar uma escola estadual, como determinava a lei do Estado do Wisconsin. A Corte, de fato, reconheceu um direito de isenção ao cumprimento da obrigatoriedade da lei em favor dos jovens da comunidade, entevendo na instrução escolar obrigatória até os 16 anos um possível atentado à sua liberdade religiosa fundamental. A opinião da maioria foi sustentada pelo *Chief Justice* Burger, nos seguintes termos: *The Amish have a legitimate reason for removing their children from school prior to their attending high school. The qualities emphasized higher education (self-distinction, competitiveness, scientific accomplishment, etc.) are contrary to Amish values. Additionally, attendance in high school hinders the Amish community by depriving them of the labor of their children and limiting their ability to instill appropriate values in their adolescents. A state's interest in universal education must be balanced against the legitimate claims of special groups of people. The State cites two interests in compulsory education: to create a citizenry to participate in our political system and to prepare self-supportive people. The Court agrees with the Amish that an additional one or two years of education will not significantly affect either of these interests.* Pela minoria, argumentou o *Justice* Douglas que as razões e os interesses dos pais poderiam ser diferentes dos interesses dos filhos e que a decisão da Corte, na realidade, baseava-se na errônea identificação desses dois núcleos de interesses. Afirmou o Ministro na ocasião: *In the present case, the State is not concerned with the maintenance of an educational system as an end in itself, it is rather attempting to nurture and develop*

O vínculo de participação em uma sociedade pautada pelo pluralismo compreende, cada vez mais, o respeito aos direitos dos membros das diversas culturas minoritárias – este, o único meio de proteger a pessoa humana em suas relações concretas, e não mais o “cidadão”, conceito abstrato, historicamente ligado ao exercício dos direitos políticos. Neste particular, os Estados da Europa, também por força dos resquícios colonialistas, deparam-se com os dilemas postos pelas atuais e complexas dimensões conferidas ao direito à igualdade.⁵⁶

De fato, a presença, em um mesmo território, de uma pluralidade de culturas, como ocorre tanto na Europa como nos Estados Unidos – situação a que também nós estamos acostumados – tem se constituído, nos nossos dias, como um grande desafio à regulamentação ética e jurídica, na medida em que evidencia diferenças, seja no plano das concepções de vida (concepções culturais, filosóficas, religiosas) seja no plano dos comportamentos (usos, costumes, tradições), que põem em cheque a suficiência do princípio da igualdade, tanto formal como substancial.

Considera-se modernamente que ao princípio da igualdade deve ser integrado o princípio da diversidade, ou seja, o respeito à especificidade de cada cultura. A identidade da cultura de origem é um valor que deve ser reconhecido e o respeito da identidade e da diferença cultural encontra-se na base do próprio princípio da igualdade, que justamente o

the human potential of its children, whether Amish or non-Amish: to expand their knowledge, broaden their sensibilities, kindle their imagination, foster a spirit of free inquiry, and increase their human understanding and tolerance. It is possible that most Amish children will wish to continue living the rural life of their parents, in which case their training at home will adequately equip them for their future role. Others, however, may wish to become nuclear physicists, ballet dancers, computer programmers, or historians, and for these occupations, formal training will be necessary. There is evidence in the record that many children desert the Amish faith when they come of age. A State has a legitimate interest not only in seeking to develop the latent talents of its children but also in seeking to prepare them for the life style that they may later choose, or at least to provide them with an option other than the life they have led in the past.

⁵⁶ A esse respeito, um dos casos mais conhecidos é o da proibição do uso do chador por adolescentes de origem islâmica em algumas escolas públicas francesas. Tal peça, descrita no Aurélio como “veste feminina, geralmente negra, que envolve todo o corpo, até os tornozelos, e encobre a cabeça e grande parte do rosto, usada no Irã e noutros países muçulmanos”, atentaria contra a tradição republicana da escola laica. Para um enfoque desta polêmica, v. A. GUTMANN, *Challenges of multiculturalism in democratic education*, disponível em <http://www.ed.uiuc.edu/eps/pes-Yearbook/1995_docs/gutmann.html>. Sobre a questão, manifestou-se ainda J. HABERMAS em entrevista a B. Freitag e S. P. Rouanet, *Diálogo científico*, Tübingen: Instituto de Colaboración Científica, v. 5, n. 1-2, p. 161-188, 1996. Rouanet indaga: “¿Podemos separar la cultura política de la cultura en general? Como Vd. sabe, en Francia las niñas de religión islámica no pueden entrar en la escuela con su velo.” Ao que Habermas responde: “¿Y por qué no? Las niñas católicas también usan la cruz.” Rouanet explica: “Los franceses dicen que eso transgrede la tradición laica de la escuela republicana.” e Habermas finaliza: “En ese caso deberían ser retirados todos los símbolos religiosos.”

funda e sustenta. O paradoxo é aparente. Cabe distinguir igualdade como estado de fato e igualdade como regra ou princípio. A diferença é o contrário da igualdade como estado de fato (se duas coisas são diferentes é porque não são iguais); todavia, quanto à igualdade como princípio, seu oposto não é a diferença, mas a desigualdade.

Os problemas surgem, porém, no momento em que se tenta responder à questão sobre quem é igual e quem é diferente. Os critérios em base aos quais se agrupam os indivíduos iguais e os diferentes variam conforme os tempos, os lugares, as ideologias, as concepções éticas, religiosas, filosóficas etc. De fato, os indivíduos são, entre si, tanto iguais quanto diferentes e podem mesmo ser considerados todos iguais – pessoas – e todos diferentes – altos, baixos, gordos, magros, cultos, analfabetos, mulheres, homens, etc. A regra valorativa que aprioristicamente os igualará ou os distinguirá será sempre uma regra de pré-conceito.

Tal preconceito gera duas concepções políticas opostas na política de imigração: de um lado, a concepção de “assimilação”, segundo a qual quem emigra para um país deve pouco a pouco identificar-se com os seus habitantes, aceitar suas regras, sua cultura, e, concomitantemente, perder a própria identidade cultural mediante a gradual aquisição dos direitos de cidadania;⁵⁷ de outro lado, a concepção oposta, chamada de “separatista”, com uma forte exigência de respeito à diferença, à qual deve consentir ao indivíduo de um grupo étnico diverso do majoritário a conservação mais ampla possível daquilo que o torna diverso, isto é, os próprios costumes, a própria língua, a própria concepção ética, até mesmo, em posição extremada, suas escolas, seus hospitais, a manutenção de suas regras jurídicas.⁵⁸

⁵⁷ Esta é, historicamente, a concepção em vigor no Brasil. Acerca da relação entre os problemas existentes nas sociedades multiculturais e a sociedade brasileira, vale à pena conferir a supra-citada entrevista de J. Habermas a B. Freitag e S. P. Rouanet, *Diálogo científico*, cit., espec. p. 188.

⁵⁸ Representante da segunda tendência, o jurista alemão E. JAYME em conferência intitulada “O direito internacional privado e a família no umbral do século XXI”, proferida no Rio de Janeiro, na PUC, em 15.03.2002, e publicada na Revista *Direito, Estado e Sociedade* n. 20, jan-jul. 2002, Departamento de Direito da PUC-Rio, destacou: “A contratendência em resposta às necessidades de uma integração sempre mais intensa na Europa, concerne à proteção da identidade cultural através justamente do direito internacional privado. Na prática quotidiana observamos uma crescente importância das regras de direito de família de origem religiosa. Há quatro possibilidades de um juiz poder ter em conta tais leis religiosas: 1) O direito internacional privado indica aplicável a lei de um Estado que, em seu direito de família, observa as leis de comunidades religiosas, como, por exemplo, o direito islâmico; 2) No âmbito do direito substancial, as cláusulas gerais, como a observância do bem-estar da criança, abrem o caminho para o direito religioso, se este direito religioso corresponde à identidade cultural da criança; 3) A ordem pública pode ser concretizada por normas religiosas, se estas fazem parte do exercício de liberdade religiosa como direito humano. 4) Finalmente, podemos mencionar a recepção dos institutos jurídicos religiosos no direito civil substancial. Dai surgem conflitos novos.

Neste cenário de grandes dificuldades, próprio das atuais sociedades multiétnica e multiculturais, merece ser lembrado o imperativo intercultural tantas vezes invocado por Boaventura DE SOUSA SANTOS a respeito das tensões de nosso tempo: *as pessoas e os grupos sociais têm o direito a ser iguais quando a diferença os inferioriza, e o direito a ser diferentes quando a igualdade os descaracteriza.*⁵⁹

Como visto, o abandono da perspectiva individualista, nos termos em que era garantida pelo Código Civil, e sua substituição pela tutela da dignidade da pessoa, prevista na Constituição, produziram uma significativa transformação no âmago da própria lógica do direito civil – e que se faz notar em todos os recantos do sistema. Com efeito, o legislador codicista estava voltado para garantir a igualdade de todos perante a lei – igualdade esta que, embora não ultrapassasse o caráter formal, representou, à época, significativo avanço social. Tal posição, no entanto, era incompatível com o reconhecimento de quaisquer aspectos, singulares ou específicos, relativos aos destinatários das normas.

Por seu turno, o legislador constituinte, apoiado nos princípios da dignidade humana e da solidariedade social, teve a pretensão de enfrentar as desigualdades concretas do contexto da sociedade brasileira contemporânea, ao propugnar, como objetivo fundamental da República – artigo 3º, III –, a erradicação da pobreza e da marginalização social, impondo o atingimento da igualdade substancial e da justiça social. A cláusula geral de proteção à pessoa humana, porém, faz com que se deva avançar um pouco mais na tutela privilegiada que contém: torna necessário, pois, interpretar e aplicar o Direito a partir do respeito pela diferença, que deve sobressair, possibilitando a coexistência pacífica das diversas concepções de vida, cientes do que as distingue e do que as une – no caso, a singularidade de cada uma

Vou dar alguns exemplos da prática jurídica alemã. A Relação de Karlsruhe ocupou-se de um pedido de um casal para adotar uma criança marroquina. Os pais adotivos, que viviam na Alemanha, eram ao tempo do casamento ambos marroquinos, mas o cônjuge varão tinha obtido a nacionalidade alemã. A lei aplicável a esta adoção era o direito marroquino, que proíbe a adoção, seguindo as regras do Alcorão. *Os juizes alemães normalmente, se a família vive na Alemanha, excluem o direito marroquino, pronunciando a adoção para proteger o bem-estar da criança, baseando esta decisão na ordem pública alemã. A Relação de Karlsruhe, ao contrário, teve em conta, no âmbito da ordem pública, a identidade cultural da criança, sugerindo ao juiz de primeira instância, como solução, a admissibilidade da "kafala", instituto jurídico do direito islâmico equivalente a uma colhimento familiar com efeitos menores do que uma adoção plena do direito alemão.* O Tribunal citou, nesta decisão, a Convenção da ONU sobre os direitos da Criança de 1989. Neste caso, a ordem pública revela um "double coding": os direitos humanos configurados como valores universais e internacionais concretizam a ordem pública nacional. *No centro está a criança e sua identidade cultural.* (Grifou-se.)

⁵⁹ B. DE SOUZA SANTOS, As tensões da modernidade, texto apresentado no Fórum Social Mundial, Porto Alegre, 2001, disponível em < <http://www.nominimo.com.br> >, acesso em 20 dez. 2002.

e a igual dignidade de todas as pessoas humanas.⁶⁰

3.2 A integridade psicofísica

No princípio de proteção à integridade psicofísica da pessoa humana estão contemplados, tradicionalmente, apenas o direito de não ser torturado e o de ser titular de certas garantias penais, como o tratamento do preso nas detenções e nos interrogatórios, a proibição de penas cruéis, etc. Na esfera cível, no entanto, a integridade psicofísica vem servindo a garantir numerosos direitos da personalidade (vida, nome, imagem, honra, privacidade, corpo, identidade pessoal), instituindo, hoje, o que se poderia entender como um amplíssimo “direito à saúde”, compreendida esta como completo bem-estar psicofísico e social⁶¹. No princípio está contido ainda, e principalmente, o direito à existência digna, tendo sido previsto pelo texto constitucional, para tanto, o salário mínimo capaz de atender às necessidades vitais básicas do trabalhador e de sua família (artigo 7º, IV, da Constituição Federal).

Atualmente, as maiores perplexidades em torno do tema dizem respeito ao extraordinário desenvolvimento da biotecnologia e a suas consequências sobre a esfera psicofísica do ser humano. Assim, por exemplo, no âmbito do que começa a se configurar como um novo ramo, o do “biodireito”,⁶² ainda sem regulamentação jurídica adequada, estão

⁶⁰ Sobre esta igual dignidade, expõe J. A. Y FLÓREZ-VALDÉS, *Los principios generales del derecho y su formulación constitucional*. Madrid: Civitas, 1990, p. 147, recorrendo às lições de HERNÁNDEZ GIL: “[...] la persona, ante al Derecho, ha llegado a dar expresión unívoca a una dignidad que no es susceptible de medida ni de variabilidad; toda persona, por serlo, tiene el mismo coeficiente de dignidad.” V. tb. P. PERLINGIERI, *Perfis de direito civil*, cit., p. 37, para quem “os princípios da solidariedade e da igualdade são instrumentos e resultados da atuação da dignidade social do cidadão.”

⁶¹ Conforme a definição da Organização Mundial de Saúde – OMS.

⁶² J. MARTINS-COSTA, Bioética e dignidade da pessoa humana: rumo à construção de um biodireito, *Revista Trimestral de Direito Civil*, n. 3, p. 64, 2000, define “Biodireito” como o “termo que indica a disciplina, ainda nascente, que visa determinar os limites de licitude do progresso científico, notadamente da biomedicina, não do ponto de vista das ‘exigências máximas’ da fundação e da aplicação dos valores morais na práxis biomédica – isto é, a busca do que se ‘deve’ fazer para atuar o ‘bem’ – mas do ponto de vista da exigência ética ‘mínima’ de estabelecer normas para a convivência social.”

problemas decorrentes da reprodução assistida⁶³ — como a procriação *post-mortem*⁶⁴ e o congelamento de embriões —,⁶⁵ da privacidade dos dados genéticos,⁶⁶ da experimentação

⁶³ Sobre reprodução assistida, v. o pioneiro estudo de H. H. BARBOZA, *A filiação em face da inseminação artificial e da fertilização in vitro*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993, *passim*; e ainda, em meio à farta bibliografia hoje existente sobre o assunto, J. COSTA-LASCOUX, Procriação e bioética, in G. DUBY e M. PERROT, *História das mulheres no ocidente*. Porto: Afrontamento, 1991, v. 5, p. 639 e ss. Para um aprofundado exame das questões de responsabilização civil, v. B. LEWICKI, O homem construtível: responsabilidade e reprodução assistida, in H. H. BARBOZA e V. P. BARRETTO (Orgs.). *Temas de biodireito e bioética*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 99-154.

⁶⁴ Sobre a procriação *post-mortem*, e em especial acerca do célebre *leading case* Parpalaix, ocorrido na França em 1981, v. G. KATZ, Parpalaix *c. Cecos*: Protecting Intent in Reproductive Technologie, *Harvard Journal of Law & Technology*, vol. 11, n. 3, 1998; o estudo substancioso de C. SCHARMAN, Not Without My Father: The Legal Status of the Posthumously Conceived Child, *Vanderbilt Law Review*, vol. 53, p.1001-1054, e J. DOLGIN, *Defining the family: law, technology, and reproduction in an uneasy age*. New York: New York University, 1997, p. 203-206. No Brasil, c. E. O. LEITE, *Procriações artificiais e o direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 232-237. Depois do caso Parpalaix, os *Cecos* (Centros de Estudos e Conservação do Óvulo e Esperma Humanos) decidiram inserir em todos os contratos, estipulados com os casais que os procuram para depósito e congelamento de esperma ou de embriões já formados, uma cláusula segundo a qual a restituição ao casal, qualquer que seja o objetivo do pedido, somente pode ocorrer na presença e com o renovado consenso de ambos; a morte do homem, portanto, acarreta a consequência, de fato, de impedi-la. (v., a propósito, TGI Toulouse, 26 marzo 1991, in JCP, 1991, II, n. 21807, com relação ao esperma; TGI Rennes, 30 giugno 1993, in JCP, II, n. 22250, com relação aos embriões).

⁶⁵ Neste tema, o caso mais conhecido ocorreu nos Estados Unidos e foi julgado, em junho de 1992, pela Suprema Corte do Estado do Tennessee: DAVIS *v. DAVIS* (842 S.W.2d 588, 597). Tratava-se de 7 embriões congelados e de seu futuro já que os Davis, após seu divórcio, discordavam acerca do destino a lhes ser dado. Enquanto Mary Davis queria engravidar, Junior Davis gostaria que eles permanecessem no estado congelado em que se encontravam. A Corte assim decidiu: *In summary, we hold that disputes involving the Disposition of pre-embryos produced by in vitro fertilization should be resolved, first, by looking to the preferences of the progenitors. If their wishes cannot be ascertained, or if there is dispute, then their prior agreement concerning Disposition should be carried out. If no prior agreement exists, then the relative interests of the parties in using or not using the pre-embryos must be weighed. Ordinarily, the party wishing to avoid procreation should prevail, assuming that the other party has a reasonable possibility of achieving parenthood by means other than use of the pre-embryos in question. If no other reasonable alternatives exist, then the argument in favor of using the pre-embryos to achieve pregnancy should be considered. However, if the party seeking control of the pre-embryos intends merely to donate them to another couple, the objecting party obviously has the greater interest and should prevail.* Para outros detalhes, v. *Medical and Public Health Law Site – Embryos*, disponível em <http://biotech.law.lsu.edu/cases/cloning/davis_v_davis.htm>, acesso em 21.01.2003.

⁶⁶ A privacidade dos dados genéticos suscita diversos questionamentos; dentre os mais citados, encontra-se sua eventual utilização indiscriminada por companhias de seguro e empregadores inescrupulosos. A propósito, v. A. M. CAPRON, Genetics and insurance: accessing and using private information, in E. F. PAUL; F. D. MILLER, JR.; J. PAUL (Coord.), *The right to privacy*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000, p. 235-275. Entre nós, v. o excelente estudo de B. LEWICKI, *A privacidade da pessoa humana no ambiente de trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

em seres humanos,⁶⁷ dos atos de disposição sobre o próprio corpo,⁶⁸ dos transplantes,⁶⁹ da mudança de sexo,⁷⁰ acontecimentos plenamente factíveis desde a aquisição, cada vez mais veloz, das tecnologias necessárias. Tais problemas, também designados como demandas relativas a direitos humanos de quarta geração,⁷¹ apresentam alguns efeitos especialmente assustadores, decorrentes da possibilidade de manipulação – para clonagem, por exemplo – do patrimônio genético dos seres humanos.

Uma das três grandes revoluções tecnológicas do século XX, que trouxe mudanças profundas à nossa civilização, tanto no que tange ao nosso universo simbólico quanto no que se refere ao espaço social, o Projeto Genoma Humano⁷² começa a revolucionar o conhecimento do homem acerca de si mesmo. Com efeito, para além da clonagem — que, por enquanto, arrebanha muito mais opositores do que defensores —,⁷³ outras possibilidades,

⁶⁷ V. a análise de B. EDELMAN, *Expérimentation sur l'homme: une loi sacrificielle*, in *La personne en danger*. Paris: PUF, 1999, p. 323-340. No Brasil, a resolução 196 de 1996 estabelece as “normas de pesquisa envolvendo seres humanos”. Em seu item V-Riscos e Benefícios” prevê-se: “V.2 - As pesquisas *sem benefício direto ao indivíduo* devem prever condições de serem bem suportadas pelos sujeitos da pesquisa, considerando sua situação física, psicológica, social e educacional.” (Grifou-se).

⁶⁸ A esse respeito, a situação mais chocante é daqueles que sofrem de apotemnophilia, doentes vulgarmente conhecidos como “amputados por escolha” (*amputees by choice* ou *wannabes*), pessoas que, embora não estejam fisicamente doentes, desejam ter (às vezes violentamente) um de seus membros amputado. Esta condição tornou-se bem mais visível a partir de sua divulgação na Internet e hoje tem mais de uma centena de listas de discussão, uma delas intitulada justamente *amputees-by-choice*, a qual tem se preocupado em oferecer, segundo se diz, algum alívio aos portadores desta disfunção, os quais se sentem menos solitários e menos excepcionais. Sobre o tema, v. o interessantíssimo artigo do jornalista Carl Elliott, no site *The Atlantic Monthly*, disponível em <<http://www.theatlantic.com/issues/2000/12/elliott.htm>>, acesso em 20 fev. 2002. No Brasil, v. o pioneiro artigo de C. N. KONDER, O consentimento no biodireito: Os casos dos transexuais e dos *wannabes*, *Revista Trimestral de Direito Civil*, n. 15, abr.-jun. 2003.

⁶⁹ Aqui, um dos problemas mais controvertidos refere-se aos transplantes e, em particular, ao expediente de programar uma nova gravidez com a finalidade de obter o órgão – a medula óssea compatível – que pode vir a salvar o filho doente. As chances, porém, não são muito altas: apenas cerca de 25%. Sobre o caso mais famoso, de Molly e seu irmão Adam Nash, v. G. FRANKENFIELD, *The Nash Family: Breaking New Ground in Medicine*, disponível em <http://my.webmd.com/content/article/28/1728_62007>, acesso em 15.03.2002. V., ainda, J. R. JUNGES, *Bioética: perspectivas e desafios*. São Leopoldo: Unisinos, p. 205 e ss.

⁷⁰ H. H. BARBOZA, Bioética x biodireito: insuficiência dos conceitos jurídicos, in H. H. BARBOZA; V. P. BARRETTO (Orgs.), *Temas de biodireito e bioética*, cit., p. 21-26. Sobre os diversos aspectos da síndrome transexual, v., entre outros, E. SZANIAWSKI, *Limites e possibilidades do direito de redesignação do estado sexual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, *passim* e A. P. BARION PERES, *Transexualismo: o direito a uma nova identidade*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, *passim*.

⁷¹ Dentre os autores que se utilizam da referência às gerações (*rectius*, dimensões) dos direitos humanos, sugerida por N. Bobbio, v. P. BONAVIDES, *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 516-526.

⁷² A magnitude deste projeto, conhecido por HGP (*Human Genome Project*), foi equiparada à descida do homem na lua (Projeto Apollo) e à produção da bomba atômica (Projeto Manhattan).

⁷³ Numerosos países já proibiram a clonagem de seres humanos, inclusive o Brasil, através da Lei de Biossegurança (Lei nº 8.974/95), em vigor desde 1995. A Comissão Nacional Técnica de Biossegurança, em resposta à indagação formulada pelo Presidente Fernando Henrique Cardoso, considerou que a proibição da clonagem humana estava contida no artigo 8º daquela Lei, o qual veda “a manipulação genética de células

vindas na esteira do mapeamento de nossos genes, já se mostram polêmicas e eticamente controvertidas. Uma única hipótese serve a dar ideia dos problemas envolvidos: com a medicina preventiva, já é possível antecipar, através de testes genéticos, algumas predisposições a certas doenças, como a fibrose cística ou o câncer de mama. A quem pertencem essas informações? Poderia o empregador, ou, quiçá, uma companhia seguradora vir a exigir sua apresentação? Em linha extremada, poderia algum membro da família, agora doente porque não informado tempestivamente acerca de sua potencialidade genética, vir a ser indenizado?

A hipótese é impressionantemente concreta: atualmente, na Inglaterra, os testes genéticos podem ser vendidos em farmácias e a comissão de genética humana britânica iniciou um processo de consulta pública para definir se os testes devam ser objeto de controle oficial. Há razões para tanto, além das já mencionadas: sempre que a moléstia for decorrente de um único gene, o resultado do teste apresenta-se infalível, como ocorre, por exemplo, com a doença de Huntington, distúrbio cerebral degenerativo, incurável, que costuma se manifestar por volta dos 50 anos de idade. Suponha-se que o plano de saúde, o empregador, ou mesmo os familiares – que detêm o mesmo gene – tenham livre acesso a essas informações. A utilização dos testes genéticos enseja questões éticas relevantíssimas, ligadas exatamente à necessidade de uma política de privacidade que proteja adequadamente a pessoa humana. Não por acaso, na definição já consolidada de Stefano RODOTÀ, o direito à privacidade é, justamente, o “direito de manter o controle sobre as próprias informações e de determinar o modo de construção da própria esfera privada.”⁷⁴

Daí, diante da atual e potencial multiplicação de dilemas presentes na prática cotidiana da biomedicina, provém a necessidade de que sejam estabelecidos determinados limites externos, limites que são, forçosamente, tanto de natureza ética quanto de natureza

germinais humanas”. Nos Estados Unidos, em 31 de julho de 2001, o Congresso, por maioria, aprovou texto que veta a clonagem humana.

⁷⁴ S. RODOTÀ, *Tecnologie e diritti*, Bologna: Il Mulino, 1995, p. 33.

jurídica.⁷⁵ O termo “bioética” veio a ser cunhado no início da década de 70.⁷⁶ A matriz da preocupação que ele expressa, contudo, pode ser encontrada na condenação, pela comunidade internacional, das atrozidades nazistas realizadas em seres humanos – reprovação corporificada, em 1947, no chamado Código de Nuremberg, que continha as primeiras regras que poderiam ser chamadas de “bioéticas”.⁷⁷ O Código estabeleceu como princípio primeiro “ser absolutamente essencial que se obtenha o consentimento do voluntário ou doente”, além de exigir que “a experiência desenvolvida deva ser suscetível de fornecer resultados importantes para o bem da sociedade, devendo, ainda, ser concebida de modo a evitar todo tipo de constrangimento físico ou moral”.⁷⁸

Em 1964, o Código foi revisto pela Organização Mundial de Saúde – OMS, dando origem à Declaração de Helsinque, já várias vezes atualizada, e que permanece em vigor. Quanto a este assunto, o princípio que nos interessa, já previsto por esta Declaração de 1964, dispõe: “*Os interesses e o bem-estar do ser humano deverão prevalecer sobre o interesse exclusivo da sociedade ou da ciência*”.⁷⁹ Em relação a outras categorias de direitos, vige a regra oposta, isto é, a da prevalência dos direitos da coletividade sobre o interesse individual. Em geral, o interesse coletivo, público, encontra-se, juridicamente, em nível superior ao interesse do indivíduo. Assim, por exemplo, em caso de conflito entre o direito à informação

⁷⁵ A ciência, qualquer ciência, afirma André COMTE-SPONVILLE, *Morrer curado? Bom dia, angústia!* São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 61, “não tem consciência nem limites, além dos limites que ela se impõe como tarefa a transpor e que transpõe de fato, mais cedo ou mais tarde. Se deixarmos as ciências e as técnicas à pura espontaneidade de seu desenvolvimento interno, uma única coisa é certa: ‘será feito todo o possível’ segundo o conhecido princípio. Na Medicina, no entanto, sendo a pessoa humana o próprio objeto de investigação, isto não pode ser aceitável”

⁷⁶ Criado por V. R. POTTER, *Bioethics: bridge to the future*, Englewood Cliffs: Prentice Hall, 1971.

⁷⁷ A este respeito, aduz M. GRODIN, *Historical origins of the Nuremberg Code*, in J. MICHALCZYK (Coord.), *Medicine, ethics and the Third Reich: historical and contemporary issues*, Kansas City: Sheed & Ward, 1994, p. 191-192.

⁷⁸ Não obstante isto, nos Estados Unidos, durante os anos 60 e 70, várias experiências científicas em seres humanos foram levadas a cabo. Intervenções foram conduzidas por alguns médicos, com a declarada convicção de sua correção ética, em pacientes terminais, anciãos, negros, doentes mentais, com a finalidade de abrir novos caminhos à terapêutica. A título de exemplo, faz-se referência a dois conhecidos casos: a experiência desenvolvida em 1963, no Brooklin, em um hospital onde estavam internados anciãos e doentes crônicos, nos quais foram injetadas células cancerosas vivas para que se estudasse um problema específico de rejeição; e a experiência ocorrida no Estado do Alabama, iniciada nos anos 70, em que foram estudados, durante vários anos, os efeitos da sífilis em 400 homens negros, sem que a eles tenha sido oferecida qualquer forma de terapia, embora a penicilina fosse já amplamente difundida.

⁷⁹ “*Primacy of the human being. The interests and welfare of the human being shall prevail over the sole interest of society or science.*” Na Declaração de Helsinque, estabelece o artigo 5: “*Every biomedical research project involving human subjects should be preceded by careful assessment of predictable risks in comparison with foreseeable benefits to the subject or to others. Concern for the interests of the subject must always prevail over the interests of science and society.*”

(da sociedade) e o direito à intimidade (individual), normalmente prevalece o direito à informação.

No entanto, na área da biomedicina, é o interesse, o ponto de vista do indivíduo, que deve prevalecer quando se trata de sua saúde, física e psíquica, ou de sua participação em qualquer experiência científica. A regra expressa o conceito da não-instrumentalização do ser humano, significando que este jamais poderá ser considerado objeto de intervenções e experiências, mas será sempre sujeito de seu destino e de suas próprias escolhas. As únicas restrições admitidas na Convenção ao exercício dos direitos pelos indivíduos referem-se à segurança e à saúde públicas, à prevenção de crimes e à proteção de direitos e liberdades dos demais. Nesta medida, importante modificação nos princípios gerais do direito civil foi gerada a partir da inflexão, apriorística, em direção à proteção humana. Como se sabe, os atos do registro civil são cogentes e indisponíveis, em razão de interesse público subjacente. No entanto, recentemente começou-se a reconhecer que o interesse privado presente também é digno de tutela.

Um primeiro caso se dá na situação vivenciada por pessoas transexuais. Embora autorizadas a submeter-se à cirurgia de modificação do sexo, admitida em nosso ordenamento através de resolução do Conselho Federal de Medicina,⁸⁰ ainda se encontram impossibilitadas de obter esse reconhecimento no registro civil, nem tanto no que toca à mudança do prenome⁸¹, mas, principalmente, no que se refere ao sexo que ali vem indicado.⁸² Se não mais se pode considerar a pessoa operada como pertencente ao sexo de origem (masculino ou feminino, conforme o caso), tampouco pertence ao sexo adquirido, não possuindo, por exemplo, os órgãos femininos de reprodução, ou, antes, os cromossomos.⁸³ Sobre o tema, já foi dito que a solução que menos prejuízos traz à pessoa humana é a que concebe o sexo não como um atributo instantaneamente adquirido na

⁸⁰ Resolução 1472/97 do CFM.

⁸¹ A lei brasileira prevê que, se o prenome expuser a pessoa “ao ridículo”, pode ser alterado. É o caso de pessoa com aparência completamente feminina chamar-se, por exemplo, João.

⁸² Pela mesma dificuldade passa a jurisprudência espanhola, a qual, embora permita a alteração do prenome – sob a consideração de que a manutenção de prenome masculino em pessoa com aparência feminina violaria o artigo 10 da Constituição espanhola, porque “*contribuye a impedir el libre desarrollo de su personalidad*” –, não admite a equiparação com pessoa do sexo de aparência em determinados atos ou negócios jurídicos, especialmente, como é evidente, o de contrair matrimônio.

⁸³ Em alguns casos, foi relatado que o juiz, dado o princípio de veracidade que rege o registro civil, optou por determinar que no registro constasse, no lugar do sexo, a palavra *transexual*, correspondente à verdadeira condição física e psíquica do interessado, com o que, porém, não se resguardou a privacidade da pessoa.

concepção, segundo a visão biomédica, mas, a partir do reconhecimento da imprescindibilidade da esfera psíquica, como um aspecto que vai aos poucos, basicamente até o início da vida adulta, se formando.⁸⁴

Do mesmo modo, e por iguais motivos, o anonimato de doador de sêmen, na inseminação artificial heteróloga, configura outro exemplo que não compactua com a ordem constitucional da prevalência das situações existenciais.⁸⁵ Argumenta-se que, se a providência da proibição do anonimato for tomada, isto significará o fim dessa possibilidade de reprodução. Talvez. No entanto, a visão dos que sustentam o anonimato parece estar deformada pelo longo tempo em que o direito civil cuidava unicamente de direitos subjetivos de matriz patrimonial. A deturpação refere-se à ideia de que conceber um filho seja um “direito” dos pais. Para a garantia desse “direito”, pode-se fazer o que quer que seja necessário, inclusive conceber um filho que não poderá ter acesso à sua origem genética, aspecto que compõe a essência de sua identificação.

De outro lado, sob esta nova ótica, não parece suficiente, no caso de experimentação de novas drogas em seres humanos, garantir somente o consentimento livre e informado da pessoa, ainda que isto signifique a prestação de um serviço de elevadíssimo valor moral ao resto da humanidade.⁸⁶ A Convenção Europeia dos Direitos do Homem e da Biomedicina, de 1997, foi mais um passo firme neste sentido. Admite a Convenção, no entanto, que se realize experiência científica em ser humano, com o seu consentimento livre e esclarecido, sem que esta intervenção, porém, traga necessariamente benefícios diretos para a sua saúde (artigo 17). Nesta área, a proteção da pessoa humana e de sua dignidade é que deve prevalecer quando se tratar de sua integridade física e psíquica, de sua participação em qualquer experimentação científica. Seria mais do que desejável, por conseguinte, que a Convenção – assim como a Resolução do CFM que, entre nós, regula a matéria – já tivesse previsto a exigência de a experimentação qualificar-se, sempre, como *potencialmente* benéfica à saúde

⁸⁴ S. RODOTÀ, Présentation générale des problèmes liés au transsexualisme, in *Transsexualisme, médecine et droit*, XXIII Coloquio de Droit Européen. Pays Bas: Vrije Universiteit, 1993, p. 20 e ss., sustentou que a declaração do sexo que resulta do registro civil, a ser feita quando do nascimento, é uma descrição do papel social vinculado a um dado biológico presumidamente imutável, enquanto a construção da identidade de gênero pode demandar mais tempo.

⁸⁵ C. LABRUSSE-RIOU, Responsabilité, droit des personnes et sciences de la vie, *Droit et cultures*, n. 1, p. 81, 1996.

⁸⁶ V. a já citada Resolução do CFM 196/96.

daquele que a ela se submete.

Nos casos indicados, será possível verificar se se deve utilizar um substrato ou outro para alcançar a proteção à dignidade que se deseja. No que tange ao anonimato de doador de sêmen, há interesse de terceiros, das gerações futuras,⁸⁷ que devem ser resguardados; portanto, apesar da atual liberdade para tanto, se entende que não caiba proporcionar à sociedade esta alternativa.⁸⁸ Menos problemática, por outro lado, parece ser a hipótese do transexualismo. No entanto, só a cláusula geral de tutela da pessoa humana poderá autorizar que o interesse individual prevaleça sobre o interesse público contido no princípio da veracidade do registro. Considerado prevalecente o interesse privado, o resultado será único: a indicação no registro deverá ser compatível com a do sexo de aparência da pessoa,⁸⁹ isto é, o de sua “escolha”.⁹⁰ Aqui, a vontade individual será novamente merecedora de privilegiada tutela, a partir do momento em que se passou a considerar a noção de saúde como o bem-estar psicofísico e se entendeu ser a síndrome transexual uma grave disfunção psicofísica, que pode atenuar-se exclusivamente através da cirurgia de redesignação do sexo.⁹¹

⁸⁷ Assim J. C. MONIER, *Personne humaine et responsabilité civile, Métamorphoses de la Responsabilité, Droit et Cultures*, n. 31, 1, 1996, p. 66.

⁸⁸ No mesmo sentido, P. PERLINGIERI, *Perfis de direito civil*, cit., p. 176, para quem se deve “dissentir das propostas que prevêm o anonimato do doador do sêmen. [...] Não tutelar o anonimato, antes, atribuir responsabilidades a quem doa, com o seu sêmen, a vida, personalizar a doação, significa evitar a especulação.”

⁸⁹ A jurisprudência francesa já consolidou o entendimento de que, ao portador de síndrome transexual – em seguida a tratamento médico-cirúrgico com finalidade terapêutica, se não mais detém todas as características de seu sexo de origem e apresenta aparência física que o aproxima do outro sexo (ao qual corresponde seu comportamento social) –, estará justificada, pelo princípio do “respeito à vida privada”, a alteração no registro civil, de modo que seu estado civil indique o sexo de sua aparência, não representando obstáculo a tanto o princípio da indisponibilidade do estado das pessoas. A esse respeito, v. *Code civil*, Paris: Dalloz, 1996, notas ao art. 99, p. 135-136.

⁹⁰ TJSP, 5ª CC, Ap. Cív. 1.651.574, Rel. Des. Boris Kauffmann, julg. em 22.03.2001. “REGISTRO CIVIL. Pedido de alteração do nome e do sexo formulado por transexual primário operado. Desatendimento pela sentença de primeiro grau ante a ausência de erro no assento de nascimento. Nome masculino que, em face da condição atual do autor, o expõe a ridículo, viabilizando a modificação para aquele pelo qual é conhecido (Lei nº 6.015/73, art. 55, par. único, c/c art. 109). *Alteração do sexo que encontra apoio no artigo 5º, X, da Constituição da República*. Recurso provido para se acolher a pretensão. É função da jurisdição encontrar soluções satisfatórias para o usuário, desde que não prejudiquem o grupo em que vive, assegurando a fruição dos direitos básicos do cidadão.” (Grifou-se).

⁹¹ Entre os quatro países europeus que não reconhecem legalmente a redesignação, a Inglaterra violou, segundo decisão da Corte Europeia de Direitos Humanos, a privacidade da vida familiar de dois transexuais operados. Em julgamento de julho de 2002, no caso *Goodwin v. The United Kingdom (Application nº 25680/94)*, a Corte considerou violados os artigos 8º (direito ao respeito da vida privada) e 12 (direito de casar e fundar uma família) da Convenção Europeia dos Direitos Humanos. Christine Goodwin, de 65 anos, reclamava não só das humilhações sofridas no seu ambiente de trabalho após a cirurgia, mas também pelo fato de ter que continuar a pagar contribuições para a previdência social até os 65 anos, idade estabelecida para os homens, e não aos 60, idade para as mulheres. Os 17 juízes decidiram por unanimidade “não haver indícios de que a mudança no *status* legal dos transexuais provocaria prejuízos ao interesse público”. Não houve, porém, indenização, porque

A necessidade urgente de regular os dilemas criados pelos avanços científicos, com todos os desdobramentos político-éticos-sociais que eles suscitam, encontrou um legislador sem o preparo necessário para oferecer respostas claras, simples e rápidas – e nem poderia ser diferente. A elaboração de uma ordem jurídica que regule fatos sociais novos implica a definição, *a priori*, de grandes linhas, ou princípios, que possam servir de parâmetro e referência para a sua normatização.⁹² Esses princípios, que deverão nortear a elaboração da legislação específica do setor, são, obrigatoriamente, consequência do debate na sociedade acerca das opções morais e éticas formuladas e aceitas pela cultura social na qual eles virão a incidir, sob a forma de normas jurídicas.⁹³

Se nenhum tratamento desumano ou degradante pode ser imposto, se nenhuma experiência pode ser feita sobre a pessoa humana sem o seu expresso e informado consentimento, se o seu interesse prevalece, sendo o interesse superior a ser protegido, o que dizer acerca das escolhas do próprio indivíduo? Aqui, se trata de indagar qual é o limite deste seu direito individual ao próprio corpo. À luz do princípio maior da dignidade da pessoa humana, podemos dispor, como bem entendermos, com autonomia e informação, acerca de nós mesmos, de nossos corpos e mentes?⁹⁴ Qual é a esfera atual da liberdade (individual) de determinação? Será preciso examinar os delineamentos atuais do direito à liberdade antes de sugerir alguma direção.

se entendeu que a declaração de violação constituía, em si mesma, satisfação bastante em relação ao dano moral sofrido.

⁹² Neste sentido, V. P. BARRETTO, *As relações da bioética com o biodireito*, in H. H. BARBOZA; V. P. BARRETTO (Orgs.), *Temas de biodireito e bioética*, cit., p. 63 e ss: “Neste quadro de incertezas morais e jurídicas, torna-se necessário procurar alguns critérios que expressem argumentos morais, mais do que tentar a solução dessas questões através da aplicação mecânica dos princípios da bioética ou pura e simplesmente acatar os ditames contidos no Código de Ética Médica.”

⁹³ *Id.*, o.l.u.c.

⁹⁴ A referência obrigatória, a respeito dos limites à ação do indivíduo neste campo, ainda é devida à elaboração de Kant, desenvolvida na *Fundamentação da metafísica dos costumes* [1785], na qual, em apertada síntese, o filósofo adota o seguinte raciocínio: “O homem não pode dispor de si mesmo porque não é uma coisa; nem é propriedade de si mesmo, pois seria contraditório. Na medida que ele é pessoa, ele é sujeito ao qual pode caber a propriedade de outras coisas. Mas se fosse propriedade de si mesmo, seria uma coisa, cuja posse poderia reivindicar. Ora, ele é pessoa, o que é diferente de propriedade e, portanto, não é uma coisa, pois é impossível ser, ao mesmo tempo, coisa e pessoa, e fazer coincidir o proprietário e a propriedade. Baseado nisto, o homem não pode dispor de si mesmo.”

3.3 A liberdade

Liberdade e autonomia privada foram, durante muito tempo, consideradas, do ponto de vista do direito civil, como conceitos sinônimos. De fato, era muito simples traduzir uma pela outra quando se estava referindo apenas à igualdade formal, no âmbito de situações patrimoniais; simples, porque se dava ao indivíduo, a todo e qualquer indivíduo, amplo poder de disposição, desde que, evidentemente, ele possuísse bens para contratar, bens para testar, bens para adquirir, bens para dividir.⁹⁵

Nesse universo, era o Código Civil que fazia as vezes de Constituição,⁹⁶ estipulando as regras do jogo e propiciando, através delas, plena liberdade àquele que representava o valor fundamental da época liberal: o indivíduo livre e igual, submetido não mais que à sua própria vontade. Dotado do que se chamou de “inteligente egoísmo”,⁹⁷ saberia ele extrair o proveito possível das suas atividades, fosse como contratante, fosse como proprietário; pleno de direitos, ele deveria cuidar, fiel e conscientemente, de sua família e de suas coisas apenas, “pouco importando, à lei, se utiliza seus bens com propósitos malévolos de prejudicar, ou se nada faz para impedir que outrem perca sua vida, em um acidente ou na miséria”.⁹⁸

Com efeito, ao protagonista do Código Civil, sujeito de direitos e proprietário, cabia velar unicamente por seus familiares e por seus bens, apresentando-se desvinculado do tecido social que o envolvia. Individualmente, como cidadão, ainda não havia conquistado a plenitude de seus direitos políticos e sociais, carecendo, durante o século XIX e nas primeiras décadas do século XX, dos poderes legais que lhe iriam permitir atuar politicamente. O indivíduo burguês então manifestava, e iria manifestar por longo tempo, profunda debilidade no que tange ao seu poder na sociedade, mostrando-se estruturalmente fraco para lutar pela defesa de seus direitos políticos.

⁹⁵ Notória é a definição de direito de propriedade formulada pelo *Code*, caracterizada pela ausência de limitações. Comentando o sistema de direito privado que se consolidou com a Revolução Francesa, M. GIORGIANNI, *O direito privado e as suas atuais fronteiras*, *Revista dos Tribunais*, v. 747, p. 39, aponta: “os dois pilares desta concepção eram constituídos pela propriedade e pelo contrato, ambos entendidos como esferas sobre as quais se exerce a plena autonomia do indivíduo”; maior importância, contudo, há de ser reconhecida à propriedade que ao contrato (o método de sua aquisição), naquele sistema que assistia à “exasperação da defesa da propriedade, que constituía o símbolo da liberdade econômica”.

⁹⁶ Este reconhecido caráter constitucional dos códigos civis modernos, que continham o “estatuto dos cidadãos”, é analisado por M. GIORGIANNI, *O direito privado e as suas atuais fronteiras*, cit., p. 41 e ss.

⁹⁷ A expressão – cunhada por G. RADBRUCH – é citada por K. HESSE, *Derecho constitucional y derecho privado*. Madrid: Civitas, 1995, p. 87.

⁹⁸ A. MENGER apud S. RODOTÀ, *Repertorio di fini secolo*, Bari: Laterza, 1999, p. 113.

Desse modo, após a elaboração do conceito de patrimônio,⁹⁹ bastou regulamentar os direitos subjetivos relativamente aos bens materiais – concepção que, efetivamente, prevaleceu desde o início da era das codificações. Sob esse prisma, a liberdade era “absoluta”; as restrições a ela tinham unicamente o condão de proteger as liberdades dos demais indivíduos. A autonomia dos privados se contrapunha à ordem pública e/ou aos interesses da coletividade, os quais somente em pouquíssimos setores, considerados estratégicos, podiam prevalecer sobre os interesses dos privados. Tal concepção, denominada liberalismo jurídico, apresentava o direito privado como o “coração de toda a vida jurídica” e o direito público como uma “leve moldura que devia servir de proteção ao primeiro”.¹⁰⁰

A situação começou a se modificar justamente a partir da necessidade de regulamentar as situações extrapatrimoniais. Embora SAVIGNY ainda tivesse insistido em afirmar que o homem, sujeito de direitos, era, antes do mais, “proprietário” de seu próprio corpo, é fato que essa concepção não carregou grandes seguidores,¹⁰¹ nem atingiu os objetivos desejados. A *vexata quaestio* permanecia sendo saber quais os poderes que detinha a pessoa para dispor de si, de seu destino, de seu próprio corpo, ou até onde a autonomia dos privados podia avançar sem ferir a ordem pública, a moral e os bons costumes – designações do que, então, se consideravam os princípios fundantes de qualquer ordenamento jurídico.

No quadro contemporâneo, marcado pela superação da dicotomia clássica entre o direito público e o direito privado,¹⁰² perderam relevo as concepções que consideravam o direito subjetivo, *a priori*, como um poder atribuído à vontade individual, para a realização de um seu interesse exclusivo, cabendo-lhe respeitar insignificantes limites externos, dispostos no interesse de terceiros ou da coletividade.

Ao contrário, as limitações deixam de constituir exceção e passam a contribuir para a identificação da função dos institutos jurídicos.¹⁰³ 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 mesmo, ocupam a mais alta hierarquia da ordem pública, o fundamento último

⁹⁹ V. H. HATTENHAUER, *Conceptos fundamentales del derecho civil* (1982). Barcelona: Ariel, 1987, p. 95.

¹⁰⁰ Assim relata G. RADBRUCH, *Filosofia do direito*. Coimbra: A. Amado, 1961, v. 2, p. 8.

¹⁰¹ H. HATTENHAUER, *Conceptos fundamentales*, cit., p. 103.

¹⁰² Sobre o tema, v., por todos, M. GIORGIANNI, *O direito privado e as suas atuais fronteiras*, cit., p. 46.

¹⁰³ Cf. P. PERLINGIERI, *Perfis de direito civil*, cit., p. 120-122.

do ordenamento constitucional.¹⁰⁴

Como já se acentuou, toda e qualquer situação subjetiva recebe a tutela do ordenamento se e enquanto estiver não apenas em conformidade com o poder de vontade do titular, mas também em sintonia com o interesse social.¹⁰⁵ O conceito de direito subjetivo, em consequência, guarda em si mesmo importantes limitações, devendo seu exercício estar em consonância com os objetivos, os fundamentos e os princípios estabelecidos pela normativa constitucional.¹⁰⁶ Além disso, as situações existenciais a serem tuteladas exprimem-se não só em termos de direitos subjetivos, mas ainda em termos de direitos potestativos, de deveres, de ônus, de poderes, faculdades, estados: “no centro do ordenamento está a pessoa, não como vontade de realizar-se libertariamente, mas como valor a ser preservado também no respeito de si mesma”.¹⁰⁷

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

Como exemplos de situações violadoras da dignidade humana em razão da lesão ao princípio da liberdade, cabe referir desde a revista íntima a que é submetido o empregado, o exame toxicológico determinado pelo empregador e outros exames em geral, como, por exemplo, a submissão ao chamado “bafômetro”, ou ainda a impossibilidade de não receber tratamento médico por motivos religiosos, até a incapacidade de controle acerca dos próprios

¹⁰⁴ P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*. 2. ed. Napoli: ESI, 1982, p. 63. A esse respeito, J. J. G. CANOTILHO, *O provedor de justiça e o efeito horizontal de direitos, liberdades e garantias*, no debate que se seguiu à conferência proferida por ocasião do 20º Aniversário do Provedor de Justiça, em Lisboa, 30.11.1995, disponível em <<http://www.provedor-jus.pt/publicacoes/sessao/gcanotilho.htm>>, acesso em 31 jul. 2000, atentava para a inadequada utilização que a doutrina civilista faz da expressão ‘ordem pública’: “Eu gostaria que os civilistas começassem a dizer cláusulas contrárias a direitos, liberdades e garantias. Em vez de andarmos a dizer cláusulas contrárias à ordem pública, os civilistas deviam dizer cláusulas contrárias a direitos, liberdades e garantias, concretamente plasmados da Constituição. [...] Para quê recorrer a fórmulas vagas quando temos preceitos com maior densidade normativa e que podem ser aplicados? Deixemos a ordem pública e a boa fé para outras situações em que não estão concretamente em causa direitos, liberdades e garantias.”

¹⁰⁵ P. PERLINGIERI, *Perfis de direito civil*, cit., p. 121-122.

¹⁰⁶ A figura do abuso do direito, normalmente definida como o exercício irregular de um direito reconhecido ou o desvirtuamento de sua função econômico-social, bem poderia configurar-se como exercício de uma situação jurídica subjetiva que ignore, ou contrarie, a função jurídica estabelecida, expressa ou implicitamente, de acordo com os princípios constitucionais. Para o exame da noção de direito subjetivo, v. *Le droit subjetif en question*, *Archives de philosophie du droit*, n. 9, 1964.

¹⁰⁷ P. PERLINGIERI, *Perfis de direito civil*, cit., p. 298-299.

dados pessoais, dos chamados “dados sensíveis”, ou o rigor excessivo no exercício da autoridade parental (de outro lado, a falta absoluta de liberdade da criança ou do adolescente), a restrição à manifestação de pensamento e de crítica, a prisão ilegal e outras circunstâncias semelhantes que, embora também presentes no direito civil, têm sido mais tuteladas pelo direito penal, tais como o cárcere privado, a violência sexual – dentro ou fora do casamento –, a falsa denúncia.

Ao direito de liberdade da pessoa, porém, será contraposto – ou com ele sopesado – o dever de solidariedade social, no sentido que se exporá a seguir, mas já definitivamente marcado pela consciência de que, se por um lado, já não se pode conceber o indivíduo como um *homo clausus* – concepção mítica e ilusória –, por outro lado, tampouco existem direitos que se reconduzam a esta figura ficcional. Os direitos existem para serem exercidos em contextos sociais, contextos nos quais ocorrem as relações entre as pessoas, seres humanos “fundamentalmente organizados” para viverem uns em meio a outros¹⁰⁸.

3.4 A solidariedade¹⁰⁹

O século passado presenciou, em grande parte como consequência das trágicas experiências vivenciadas ao longo da Segunda Guerra, o surgimento de um novo tipo de relacionamento entre as pessoas, baseado na chamada solidariedade.¹¹⁰

De fato, uma parcela relevante do que acontece em nossos dias teve origem nos efeitos da criação e da assimilação do conceito de “humanidade”, elaborado para dar resposta aos crimes praticados, no período de 1933 a 1945, pelo regime nazifascista. Foi a noção de “crime contra a humanidade”, até então inexistente, que possibilitou que se começasse a pensar na humanidade como uma coletividade, merecedora, enquanto tal, de proteção

¹⁰⁸ N. ELIAS, *Norbert Elias por ele mesmo* (1990). Rio de Janeiro: Zahar, 2001, p. 97-99 e H. ARENDT, *A condição humana*, cit., p. 33 e *passim*. Platão e Aristóteles, por exemplo, segundo Arendt, não ignoravam nem subestimavam o fato de o homem não poder viver sem a companhia de homens; “eles simplesmente não incluíam tal condição entre as características especificamente humanas. Pelo contrário, ela era algo que a vida humana tinha em comum com a vida animal – razão suficiente para que não pudesse ser fundamentalmente humana.”

¹⁰⁹ Parte substancial das ideias apresentadas neste item encontra-se desenvolvida no meu ensaio O princípio da solidariedade, in M. PEIXINHO; I. GUERRA e F. NASCIMENTO, *Os princípios da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 167-190.

¹¹⁰ U. ECO, *Entrevistas sobre o fim dos tempos*, realizadas por C. David *et al.* Rio de Janeiro: Rocco, 1999, p. 208 e ss.

jurídica. Posteriormente, a utilização do conceito foi ampliada, inspirando também a proteção de um “patrimônio comum da humanidade”, desta feita contra a exploração desordenada dos recursos naturais. Na expressão de um civilista francês, a humanidade se apresenta como o conceito jurídico adequado para combater todas as formas de barbárie moderna, originadas pelo Estado ou pela tecnociência.¹¹¹

A esse respeito, é de se ressaltar a tábua axiológica trazida pelas Constituições do século XX, elaboradas e promulgadas após o término da Guerra. Nesse novo ambiente, o valor fundamental deixou de ser a vontade individual, o suporte fático-jurídico das situações patrimoniais que importava regular, dando lugar à pessoa humana e à dignidade que lhe é intrínseca. No caso brasileiro, essa mudança de perspectiva deu-se por força do artigo 1º, III, da Constituição Federal de 1988 e da nova ordem que ela instaura, calcada na primazia das situações existenciais sobre as situações de cunho patrimonial.

A Constituição, ao estatuir os objetivos da República Federativa do Brasil, no artigo 3º, I, estabelece, entre outros fins, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Ainda no mesmo artigo 3º, inciso III, há uma outra finalidade a ser atingida, que completa e melhor define a anterior: a erradicação da pobreza e da marginalização social e a redução das desigualdades sociais e regionais. Tais objetivos foram destacados, no texto constitucional, no Título I, denominado “Dos Princípios Fundamentais” e, como tal, sua essencialidade – qualidade do que é fundamental – faz com que desfrutem de preeminência, seja na realização pelos Poderes Públicos e demais destinatários do ditado constitucional, seja na tarefa de interpretá-los e, à sua luz, interpretar todo o ordenamento jurídico nacional.

Assim é que os incisos do artigo 3º conclamam os Poderes a uma atuação promocional, através da concepção de justiça distributiva, voltada para a igualdade substancial, vedados os preconceitos de qualquer espécie. Não há lugar, no projeto constitucional, para a exclusão; mas também não há espaço para a resignação submissa, para a passiva aceitação da enorme massa de destituídos com que (mal) convivemos. De acordo com o que estabelece o texto da Lei Maior, a configuração de nosso Estado Democrático de

¹¹¹ B. EDELMAN, *Le concept juridique d'humanité*, in *La personne en danger*, Paris: PUF, 1999, p. 528. O autor arremata: “*Plus précisément, ce concept désigne quelque chose d'absolument inédit: il est avéré que les hommes, en tant qu'ils constituent l'humanité, sont désormais en danger: ce ne sont plus les individus eux-mêmes qui méritent protection, mais la communauté humaine, rassemblé autour de valeurs – le respect et la dignité –, de biens communs et d'une mémoire.*”

Direito tem por fundamentos a dignidade humana, a igualdade substancial e a solidariedade social, e determina, como sua meta prioritária, a correção das desigualdades sociais e regionais, com o propósito de reduzir os desequilíbrios entre as regiões do País, buscando melhorar a qualidade de vida de todos os que aqui vivem.

A expressa referência à solidariedade, feita pelo legislador constituinte, estabelece em nosso ordenamento um princípio jurídico inovador,¹¹² a ser levado em conta não só no momento da elaboração da legislação ordinária e na execução de políticas públicas, mas também nos momentos de interpretação e aplicação do Direito¹¹³, por seus operadores e demais destinatários, isto é, por todos os membros da sociedade¹¹⁴.

Se a solidariedade fática decorre da necessidade imprescindível da coexistência humana¹¹⁵, a solidariedade como valor deriva da consciência racional dos interesses em comum, interesses esses que implicam, para cada membro, a obrigação moral de “não fazer aos outros o que não se deseja que lhe seja feito”¹¹⁶. Esta regra não tem conteúdo material,

¹¹² Que o princípio da solidariedade seja daqueles que mais se presta a servir como oxigênio da Constituição, conferindo unidade de sentido e auferindo a valoração da ordem normativa do sistema constitucional, é o entendimento expresso por P. BONAVIDES, *Curso de direito constitucional*, cit., p. 259.

¹¹³ Neste sentido, P. PERLINGIERI, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*. 2. ed., Napoli: ESI, 1982, p. 161: “*Alla luce del principio solidaristico devono essere lette non soltanto le altre norme costituzionali ma tutto l'ordinamento giuridico [...].*” Aliás, da Itália proveio recentemente um belo exemplo de aplicação do princípio da solidariedade em uma relação jurídica privada: a decisão da Corte de Cassação Italiana (*Cassazione Sezione Prima Civile n. 2315 del 16 marzo 1999*), estabelecendo que o marido que consentiu na fecundação artificial heteróloga em sua mulher não pode, sucessivamente, promover ação de desconhecimento da paternidade. Lê-se na motivação do acórdão: “*la norma che permettesse detta condizione, per mezzo di una statuizione giudiziale resa proprio su istanza del soggetto che abbia determinato o concorso a determinare la nascita con il personale impegno di svolgere il ruolo di padre, eluderebbe il principio di solidarietà, cardine dell'assetto costituzionale.*” Grifou-se.

¹¹⁴ O princípio de solidariedade é também decorrente do fato social, na medida em que não se pode conceber o homem sozinho – como o mito de Robinson Crusoé na ilha deserta quis fazer crer. Somente se pode pensar o indivíduo como inserido na sociedade, isto é, como parte de um tecido social, mais ou menos coeso, em que a interdependência é a regra e, portanto, a abertura em direção ao outro, uma necessidade. “Ser solidário, assim, é partilhar, ao menos, uma mesma época, e, neste sentido, uma mesma história. Desta solidariedade de fato, objetiva, já se disse que ela é o que permite distinguir uma sociedade de uma multidão”, nas palavras de A. COMTE-SPONVILLE, *Pequeno tratado das grandes virtudes*, Rio de Janeiro: Martins Fontes, 1995, p. 98-99.

¹¹⁵ V., a propósito, as obras de N. ELIAS e H. ARENDT, já citadas.

¹¹⁶ Conhecida como a Regra de Prata. A Regra de Ouro, atribuída a Jesus de Nazaré, é formulada em sentido positivo: “Faz aos outros o que desejas que te façam”, enquanto a Regra de Bronze, ou Lei de Talião, ordena: “Faz aos outros o que te fazem” e está contida nos versos bíblicos “urge dar vida por vida, olho por olho, dente por dente, mão por mão, pé por pé, queimadura por queimadura, ferida por ferida, golpe por golpe” (Êxodo, 21, 23-25). Apesar do evidente caráter prático, sua principal imperfeição é a de não conseguir dar fim à violência, quando esta se estabelece. Cristo, no Sermão da Montanha, a substituiu pelo novo mandamento: “Tendes ouvido o que foi dito: olho por olho, dente por dente. Eu, porém, vos digo: não resistais ao mal. Se alguém te ferir a face direita, oferece-lhe também a outra” (Mateus, 5, 38-39). Já a Regra de Ferro, muito inferior do ponto de vista ético, prescreve: “Faz aos outros o que quiseres, antes que te façam o mesmo.” Muito interessante é a

enunciando apenas uma forma, a forma da reciprocidade, indicativa de que “cada um, seja o que for que possa querer, deve fazê-lo pondo-se de algum modo no lugar de qualquer outro”.¹¹⁷ É o conceito dialético de “reconhecimento” do outro.¹¹⁸

Subjacente à ideia de reciprocidade, está a da comunidade de iguais, que, no entanto, sob o império da igualdade formal, é de ser entendida, tanto fática como juridicamente, em sentidos muito específicos: faticamente, ressaltando que as desigualdades nunca são tão relevantes;¹¹⁹ em sentido jurídico, menosprezando as desigualdades de fato para que os homens possam *considerar-se* (embora não o sejam realmente) como iguais – comunidade de iguais e igualdade de interesses, contudo, ainda referenciados a valores exclusivamente individualistas, caros a indivíduos em condições de igualdade e enquanto encerrados em sua individualidade. A única regra de justiça, neste cenário, continua sendo a da igualdade perante a lei.

Aos indivíduos, em seu significado mais restrito, vieram a substituir, porém, os grupos organizados, as comunidades intermédias, as coletividades, que têm, cada uma, o seu próprio interesse.¹²⁰ Começa a tomar feição a igualdade de direitos fundada em valores sociais, irrigada pela solidariedade social, que servirá de base à igualdade substancial e à

exposição dessas e de outras regras éticas, encerradas nos diversos padrões de comportamento, feita por C. SAGAN, *As regras do jogo*, in *Bilhões e bilhões*, São Paulo: Companhia das Letras, 1998, p. 197-209.

¹¹⁷ Assim, F. EWALD, *Justiça, igualdade, juízo*, in *Foucault, a norma e o direito*. 2. ed., Lisboa: Vega, 2000, p. 146, que complementa: “Ela [a ‘regra de prata’] não me obriga a sair de mim mesmo, faz do outro um outro eu próprio. Não aliena a minha vontade na de um outro; obriga-me apenas a considerar-me como um outro para o outro. Não hierarquiza; supõe, pelo contrário, que cada um seja o igual do outro” (grifou-se).

¹¹⁸ P. RICOEUR, *A crítica e a convicção*, cit., p. 89, onde afirma que, enquanto a reivindicação da “identidade” tem sempre algo de violento em relação a outrem, a procura de reconhecimento, ao contrário, “implica a reciprocidade”.

¹¹⁹ A referência é a T. HOBBS, *Elementos de direito natural e político*, apud F. EWALD, o.l.u.c. Hobbes afirma que as desigualdades nunca são suficientemente grandes para impedir que cada um tenha o poder de matar qualquer outro. Para ele, a supor que os homens fossem mesmo desiguais, não haveria medida comum que permitisse apreciar e hierarquizar suas diferenças. Na ausência dessa referência, é preciso admitir a igualdade (de direitos).

¹²⁰ Muito profunda foi a transformação operada no âmbito das relações familiares. Neste particular, releva constatar-se o caráter instrumental das comunidades intermédias: se todas as pessoas são igualmente dignas, nenhuma instituição poderá ter o condão de sobrepor seu interesse ao de seus membros. A família, portanto, já não se acha fundada em rígidas hierarquizações, preocupadas com a preservação do matrimônio do casal e do patrimônio familiar, para se revelar como o espaço privilegiado de realização pessoal dos que a compõem. Como exemplos desta nova concepção, destacam-se, dentre outros, a igualdade entre os cônjuges e a igualdade entre os filhos, a prevalência do melhor interesse da criança e do adolescente, pessoas em desenvolvimento, e o regime da prestação alimentícia, que deve ser determinado, excluindo-se qualquer avaliação de “culpa” na separação ou no divórcio, obedecendo tão-somente ao binômio necessidade-capacidade, como expressão da solidariedade no domínio familiar.

justiça social.

Do ponto de vista jurídico, como mencionado, a solidariedade está contida no princípio geral instituído pela Constituição de 1988 para que, através dele, se alcance o objetivo da “igual dignidade social”. O princípio constitucional da solidariedade identifica-se, desse modo, com o conjunto de instrumentos voltados para garantir uma existência digna, comum a todos, em uma sociedade que se desenvolva como livre e justa, sem excluídos ou marginalizados.

Este é o projeto solidarista, inscrito nos princípios constitucionais fundamentais, que começa lentamente a ser realizado, seja por meio de normas que, direta e indiretamente, afrontam tais desigualdades, seja agora, também, através da destinação de recursos especificamente para tal fim. Assim é, por exemplo, a Emenda Constitucional nº 31, de 14 de dezembro de 2000,¹²¹ através da qual se criou o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, com a finalidade de “viabilizar a todos os brasileiros acesso a níveis dignos de subsistência”, cujos recursos serão utilizados em “ações suplementares de nutrição, habitação, educação, saúde, reforço da renda familiar e outros programas de relevante interesse social voltados para a melhoria da qualidade de vida”.¹²²

Como se vê, a solidariedade social, na juridicizada sociedade contemporânea, já não pode ser considerada como resultante de ações eventuais, éticas ou caridosas,¹²³ tendo-se

¹²¹ Regulamentada pela Lei Complementar nº 111, de 06.07.2001.

¹²² Sob o mesmo fundamento ético-social, isto é, de idêntica *ratio legis*, foi a inclusão do direito à moradia, através da Emenda Constitucional nº 26, de 14.02.2000, no rol dos direitos sociais previstos no artigo 6º da Constituição. No teor desse dispositivo constitucional, aliás, está refletida a preocupação com a proteção que deve ser assegurada aos mais fracos e aos desamparados, dever do Estado e da coletividade, para a construção da “sociedade solidária”. Também a atuação do legislador ordinário, neste sentido, embora ainda incipiente, merece ser louvada.

¹²³ O fato social é intrinsecamente caótico, desorganizado; a liberalidade, puramente eventual. O direito, ao contrário, é exigível, e é isto que torna a solidariedade um princípio diferente. Como seria possível obrigar alguém a ser solidário? Não seria o mesmo que querer exigir o sentimento de fraternidade entre as pessoas? A dificuldade está unicamente em se continuar atribuindo à solidariedade um caráter essencialmente beneficente. Não se quer exigir que alguém sinta algo de bom pelo outro; apenas que se comporte como se assim fosse. Um único exemplo será o bastante para demonstrar que não há dificuldades em se exigir, não apenas do Poder Público, mas também dos particulares, o dever de respeito e solidariedade para com o(s) outro(s). O patrão que dava a seu empregado favorito, além do salário, uma gratificação às vésperas das festas natalícias foi, durante algum tempo, julgado bondoso, generoso ou solidário. A propósito, v. J. NASCIMENTO ARAÚJO, De natalinas e outras histórias, *No Mérito*, Jornal da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho, n. 17, abr./jun. 1999. Em 13.07.1962, a Lei nº 4.090 estendeu o benefício a todos os empregados, constituindo, atualmente, garantia constitucional (artigo 7º, VIII). Desse modo criou-se, de uma certa forma, para os empregadores, a “obrigação” de solidariedade por ocasião do Natal, mediante o pagamento da “gratificação natalina”.

tornado um princípio geral do ordenamento jurídico, dotado de completa força normativa e capaz de tutelar o respeito devido a cada um.

Em relação à violação daquilo que não pode ser considerado um direito subjetivo, nem uma faculdade, tampouco um poder-dever – isto é, nenhuma categoria pré-concebida do direito civil lhe serve de vestimenta –, a solidariedade, no entanto, pode dizer-se fundamento daquelas lesões que tenham no grupo a sua ocasião de realização: ela abrangeria os danos sofridos no âmbito familiar nas mais diversas medidas, desde a lesão à capacidade procriadora ou sexual do cônjuge até a violência sexual praticada contra filha menor, do descumprimento da pensão alimentícia de filho, do não-reconhecimento voluntário de filho ou a criação de dificuldades a esse reconhecimento, à falta de visitação, mas também os danos causados aos sócios minoritários ou até excluídos de companhias, algumas das espécies de danos sofridos pelos chamados “grandes traumatizados”, como as crianças e os idosos, o descumprimento dos deveres fundados na boa-fé.

Daqui, evidentemente, se parte para as hipóteses mais conhecidas e tuteladas tendo como fundamento a solidariedade social: os danos causados aos consumidores e os danos causados ao meio ambiente.

Todas as hipóteses lembradas, no que se considerou os quatro principais corolários da dignidade humana, devem ser entendidas meramente como exemplos, e não só sua classificação é ainda incipiente, mas sua inclusão numa categoria não exclui a possibilidade de se encontrar tutela em alguma outra. O dano causado pela morte de um ente querido pode dizer respeito tanto à lesão da integridade psíquica quanto à solidariedade familiar; a violação da intimidade pode aproximar-se mais da liberdade ou da integridade psíquica; a exclusão em razão da idade pode referir-se tanto à igualdade quanto à solidariedade social. Por outro lado, todas as lesões que podem ser reconduzidas a pelo menos um desses quatro princípios são graves o bastante para gerar a reparação por dano moral.

4. A concretização do princípio: uma cláusula geral de tutela da pessoa

A polêmica acerca dos direitos humanos, ou dos direitos da personalidade, refere-se à necessidade de normatização dos direitos das pessoas em prol da concretude do princípio da dignidade humana, do modo de melhor tutelá-la, onde quer que se faça presente essa

necessidade. Aqui, e desde logo, toma-se posição acerca da questão da tipicidade ou atipicidade dos direitos da personalidade. Não há mais, de fato, que se discutir sobre uma enumeração taxativa ou exemplificativa dos direitos da personalidade, porque se está em presença, a partir do princípio constitucional da dignidade, de uma cláusula geral de tutela da pessoa humana.

Por outro lado, tampouco há que se falar exclusivamente em “direitos” (subjctivos) da personalidade, mesmo se atípicos, porque a personalidade humana não se realiza apenas através de direitos subjctivos, mas sim através de uma complexidade de situações jurídicas subjctivas, que podem se apresentar, como já referido, sob as mais diversas configurações: como poder jurídico, como direito potestativo, como interesse legítimo, pretensão, autoridade parental, faculdade, ônus, estado — enfim, como qualquer circunstância juridicamente relevante.¹²⁴

Houve um tempo em que o princípio da igualdade correspondia à ideia de que “todos são iguais perante a lei”. O direito do trabalho foi o primeiro grande ramo jurídico a subverter esta regra, atribuindo ao trabalhador benefícios que viriam a contrariar até mesmo o princípio da hierarquia das normas, com a difusão da noção de que, na relação de trabalho, a norma aplicável é a mais benéfica ao trabalhador. Depois, verificou-se que outras categorias de sujeitos, como a dos locatários e a dos consumidores, tampouco se encontravam em igualdade de condições com os locadores e com os produtores ou fornecedores; logo, a eles também não bastava a regra de ouro da igualdade perante a lei. Tornou-se necessário que a lei os protegesse de modo especial, dada a sua peculiar condição na relação jurídica. Neste sentido, como já se comentou, não somente os trabalhadores, os locatários e os consumidores são vulneráveis, em sentido jurídico, mas também as crianças e os adolescentes, os homossexuais, os transexuais, os idosos, os doentes, os portadores de necessidades

¹²⁴ P. PERLINGIERI, *Perfis de direito civil*, cit., p. 155.

especiais,¹²⁵ isto é, os grupos minoritários dos mais diversos tipos.¹²⁶

Mas não é só: o atual ordenamento jurídico, em vigor desde a promulgação da Constituição Federal de 5 de outubro de 1988, garante tutela especial e privilegiada a toda e qualquer pessoa humana, em suas relações extrapatrimoniais, ao estabelecer como princípio fundamental, ao lado da soberania e da cidadania, a dignidade humana. Como regra geral daí decorrente, pode-se dizer que, em todas as relações privadas nas quais venha a ocorrer um conflito entre uma situação jurídica subjetiva existencial e uma situação jurídica patrimonial, a primeira deverá prevalecer, obedecidos, dessa forma, os princípios constitucionais que estabelecem a dignidade da pessoa humana como o valor cardeal do sistema.

Mais importante, todavia, parece ser o destaque de que não há, neste caso, um número aprioristicamente determinado de situações jurídicas subjetivas tuteladas, porque o que se visa proteger é o valor da personalidade humana, sem limitações de qualquer gênero, ressalvadas aquelas postas no interesse de outras pessoas, dotadas de igual dignidade.¹²⁷ A “elasticidade” torna-se o instrumento para realizar formas de proteção também atípicas, fundadas no “*livre exercício da vida de relações*”.¹²⁸

De modo que já não é admissível a posição “de quem nega tutela jurídica, na fase patológica, a tais situações porque não qualificadas como ‘direitos’, ou no pressuposto de

¹²⁵ Chama-se a atenção para a reformulação ocorrida na legislação reguladora da tutela aos deficientes mentais, antes de caráter reconhecidamente repressor. A Lei nº 10.216, de 06.14.2001, substituiu o afastamento do grupo social por um novo modelo assistencial em saúde mental, cuja finalidade precípua é a “reinserção social do paciente no meio social”. Seu artigo 2º prevê, entre os direitos da pessoa portadora de transtorno mental, o de ser “tratada com humanidade e respeito e no interesse exclusivo de beneficiar sua saúde, visando alcançar sua recuperação pela inserção na família, no trabalho e na comunidade” (inciso II), o de ter livre acesso aos meios de comunicação disponíveis (inciso VI), o de receber o maior número de informações a respeito de sua doença e de seu tratamento (inciso VII), o de ser tratada pelos meios os menos invasivos possíveis (inciso VIII).

¹²⁶ Exemplifica-se com a Lei Estadual nº 13.132/2001, do Estado do Paraná, que obrigou a reserva de assentos para pessoas obesas em cinemas, teatros, espaços culturais e no transporte coletivo, lei ora sob exame de constitucionalidade no STF. Em abril de 2002, o plenário do Supremo cassou a liminar concedida na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN 2477) ajuizada pelo governador J. Lerner, mantendo intacta, até o julgamento do mérito, a mencionada lei estadual, que determinou o benefício para pessoas portadoras de obesidade mórbida. A liminar, que havia sido deferida pelo Min. Ilmar Galvão, quando submetida ao referendo do plenário obteve a discordância da maioria dos ministros, sob a justificativa, conduzida pelo Ministro Celso de Mello, de que a Assembléia Legislativa do Paraná instituiu uma norma com objetivo de cumprir o programa constitucional, visando implementar atendimento especial a portadores de deficiência física. Ficaram vencidos os Ministros Ilmar Galvão e Ellen Gracie Northfleet. A competência legislativa para proteger e integrar socialmente portadores de deficiências encontra-se prevista no artigo 24, XIV, da Constituição, que instituiu competência legislativa concorrente entre a União, os Estados e o Distrito Federal.

¹²⁷ Assim, por todos, P. PERLINGIERI, *Perfis de direito civil*, cit., p. 156.

¹²⁸ *Id.*, *ibid.*

que elas não representariam ‘interesses substanciais’”.¹²⁹ À esta matéria, com efeito, não se pode aplicar a categoria do direito subjetivo, elaborado para a categoria do “ter”, para a categoria dos direitos patrimoniais. Na categoria do “ser”, não há dualidade entre sujeito e objeto, exatamente “porque ambos representam o ser, e a titularidade é institucional, orgânica”.¹³⁰ Quando o objeto da tutela é a pessoa humana, a perspectiva deve necessariamente ser outra; torna-se imperativo lógico reconhecer, em razão da especial natureza do interesse protegido, que a pessoa constitui, ao mesmo tempo, o sujeito titular do direito e o ponto de referência objetivo da relação jurídica.¹³¹

A tutela da pessoa humana não pode ser fracionada em isoladas hipóteses, microssistemas, em autônomas *fattispecie* não-intercomunicáveis entre si, mas deve ser apresentada como um problema unitário, dado o seu fundamento, representado pela unidade do *valor* da pessoa. Esse fundamento não pode ser dividido em tantos interesses, em tantos bens, como é feito nas teorias atomísticas. A personalidade é, conseqüentemente, não um “direito”, mas um *valor*, o valor fundamental do ordenamento, que está na base de uma série (aberta) de situações existenciais, nas quais se traduz a sua incessantemente mutável exigência de tutela.¹³²

Desse modo, não há um número fechado (*numerus clausus*) de hipóteses tuteladas: tutelado é o valor da pessoa, sem limites, salvo aqueles postos no seu interesse e no interesse de outras pessoas humanas. Nenhuma previsão especial pode ser exaustiva, porque deixaria de fora, necessariamente, novas manifestações e exigências da pessoa, que, com o progredir da sociedade, passam a exigir uma consideração positiva. Evidentemente, não se restringe tal concepção ao momento patológico, ao momento da reparação de dano já causado, mas põe-se a serviço da proteção e da promoção humanas em todas as suas relações. Daí sustentar-se que a personalidade humana é *valor*, um valor unitário e tendencialmente sem limitações. Assim, não se poderá, com efeito, negar tutela a quem requeira garantia sobre um aspecto de sua existência para o qual não haja previsão específica, pois aquele interesse tem relevância ao nível do ordenamento constitucional e, portanto, tutela também em via judicial.

¹²⁹ P. PERLINGIERI, *Perfis de direito civil*, cit., p. 155.

¹³⁰ *Id.*, *ibid.*

¹³¹ Sob esta ótica, não se pode admitir a lógica das sentenças “exemplares”, circunstância particularmente relevante para a análise do tema deste trabalho, a seguir.

¹³² Para a defesa desta perspectiva, v. P. PERLINGIERI, *Perfis de direito civil*, cit., p. 154-156.

Eis aí a razão pela qual as hipóteses de dano moral são tão frequentes, porque a sua reparação está posta para a pessoa como um todo, sendo tutelado o valor da personalidade humana. Os direitos das pessoas estão, todos eles, garantidos pelo princípio constitucional da dignidade humana, e vêm a ser concretamente protegidos pela cláusula geral de tutela da pessoa humana.

O ponto de confluência desta cláusula geral é, sem dúvida, a dignidade da pessoa humana, posta no ápice da Constituição Federal de 1988 (artigo 1º, III). Como foi aludido, em seu cerne encontram-se a igualdade, a integridade psicofísica, a liberdade e a solidariedade. Neste sentido, deve-se inibir ou reparar, em todos os seus desdobramentos, a conformação de tratamentos desiguais – sem descuidar da injustiça consubstanciada no tratamento idêntico aos que são desiguais –; o atentado à saúde, entendida esta em sua mais ampla acepção; o constrangimento e o estreitamento da liberdade individual, com foco voltado para as situações existenciais, e o desprezo pela solidariedade social – mandamento constitucional que não admite nem a marginalização, nem tampouco a indiferença. A cláusula geral visa proteger a pessoa em suas múltiplas características, naquilo “que lhe é próprio”, aspectos que se recompõem na consubstanciação de sua dignidade, valor reunificador da personalidade a ser tutelada. Evidentemente, também se abrigam sob o seu manto os demais direitos que se relacionam com a personalidade, alguns deles descritos pelo próprio legislador constituinte no artigo 5º da Constituição.

Segundo ilustre doutrina, embora a Lei Maior faça referência expressa à violação da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, “não importa o casuismo. O que tem relevância é a circunstância de haver um princípio geral estabelecendo a reparabilidade *do dano moral, independentemente do prejuízo material*”.¹³³ A incidência desse princípio abrange todas as possibilidades de lesão ao livre desenvolvimento da pessoa em suas relações sociais, incluindo aquelas de cunho mais marcadamente patrimonial, mas que também podem trazer efeitos daninhos à sua dignidade.¹³⁴

Recentemente, afirmou-se que o “dano moral, à luz da Constituição vigente, nada

¹³³ C. M. DA SILVA PEREIRA, *Direito civil: alguns aspectos de sua evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 127. Grifado no original.

¹³⁴ É o caso da Lei nº 8.078/90, o Código de Defesa do Consumidor, que arrola, entre os direitos básicos do consumidor, a efetiva prevenção e reparação dos danos morais, bem como o acesso aos órgãos judiciários e administrativos, com vistas à prevenção ou reparação de danos morais (artigo 6º, VI e VII).

mais é do que violação do direito à dignidade”.¹³⁵ Se não se está de acordo, todavia, com a criação de um “direito subjetivo à dignidade”, como foi sugerido,¹³⁶ é efetivamente o princípio da dignidade humana, princípio fundante de nosso Estado Democrático de Direito, que institui e encima, como foi visto, a cláusula geral de tutela da personalidade humana, segundo a qual as situações jurídicas subjetivas não-patrimoniais merecem proteção especial no ordenamento nacional, seja através de prevenção, seja mediante reparação, a mais ampla possível, dos danos a elas causados. A reparação do dano moral transforma-se, então, na contrapartida do princípio da dignidade humana: é o reverso da medalha.

Assim, no Brasil, é a ordem constitucional que está a proteger os indivíduos de qualquer ofensa (ou ameaça de ofensa) à sua personalidade. A ofensa tem como efeito o dano propriamente dito, que pode ser das mais variadas espécies, todas elas ensejadoras de repercussão sem qualquer conteúdo econômico imediato, reconduzíveis sempre a aspectos personalíssimos da pessoa humana – mas que não precisam classificar-se como direitos subjetivos – e que configuram, em *ultima ratio*, a sua dignidade.

Um último exemplo do que até aqui veio sendo discutido configura-se na problemática – entre as mais intrincadas – que teve início quando a *Cour de Cassation* francesa, reunida em sessão plenária, pronunciou-se favoravelmente à reparação do dano sofrido por Nicolas Perruche, então um adolescente de 17 anos, deficiente físico e mental, pelo “fato de ter nascido” — ou, por outra, pelo fato de não ter sido abortado —,¹³⁷ em consequência da conjugação de dois erros: um do médico, outro do laboratório, que não diagnosticaram a rubéola contraída pela mãe aos dois meses de gravidez.¹³⁸

¹³⁵ S. CAVALIERI, Responsabilidade civil constitucional. *Revista de Direito*, v. 40, p. 56 e ss.

¹³⁶ S. CAVALIERI, ob. cit., p. 60 e ss. O autor afirma ainda: “Temos hoje o chamado direito subjetivo constitucional à dignidade. E dignidade nada mais é do que a base de todos os valores morais, a síntese de todos os direitos do homem. O direito à honra, à imagem, ao nome, à intimidade, à privacidade, ou qualquer outro direito da personalidade, todos estão englobados no direito à dignidade, verdadeiro fundamento e essência de cada preceito constitucional relativo aos direitos fundamentais.”

¹³⁷ Assim decidiu a Corte de Cassação: “[...] *dès lors que les fautes commises par le médecin et le laboratoire dans l'exécution des contrats formés avec Mme P... avaient empêché celle-ci d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse afin d'éviter la naissance d'un enfant atteint d'un handicap, ce dernier peut demander la réparation du préjudice résultant de ce handicap et causé par les fautes retenues*” (99-13701, Arrêt du 17 novembre 2000, *Cour de cassation – Assemblée plénière*). O inteiro teor do acórdão está em <<http://www.courdecassation.fr/agenda/arrets/arrets/99-13701arr.htm>>, acesso em 20 jul. 2001.

¹³⁸ Esta infecção viral, como se sabe, pode causar no feto lesões de excepcional gravidade, tanto auditivas como oculares, cardíacas e mentais. Foi o que aconteceu com Nicolas, nascido em 14 de janeiro de 1983. Seus pais e sua irmã já haviam sido indenizados pelos erros médico e laboratorial.

Ao acolher o pedido, a Corte estabeleceu um nexo de causalidade direto entre as deficiências de que o rapaz é portador e os erros médicos que impediram à mãe recorrer, como teria sido de sua vontade, ao aborto terapêutico. É uma hipótese de perda de oportunidade ou ‘perda da chance’, tão cara aos juristas franceses.¹³⁹ A causalidade aqui se funda sobre uma probabilidade e uma certeza: a oportunidade seria realizada; e a vantagem perdida resultaria em prejuízo.¹⁴⁰ Este parece ser o grande problema, que se tem, de várias partes, dificuldades em aceitar: haveria, na hipótese, a certeza que, se o diagnóstico fosse correto, a interrupção da gravidez ocorreria e, paradoxalmente, a vantagem seria obtida.

Para além da questão – mais política do que propriamente técnico-jurídica – do alargamento do nexo de causalidade,¹⁴¹ a tomada de posição da Corte de Cassação contrariou a jurisprudência firmada no Conselho de Estado segundo a qual “o nascimento ou a supressão da vida não podem ser considerados como sorte ou azar de que se possa tirar consequências jurídicas”,¹⁴² e ao mesmo tempo pôs em crise o legislador francês no que se refere à necessidade de se legislar ou não sobre o tema.

Como se passaram as coisas, Nicolas teve negado o “direito de não nascer”, o qual seria, no entender da Cassação, para ele mais vantajoso. Do puro fato “nascimento com vida” teria resultado, por conseguinte, o dano. Como consequência lógica da decisão, decorre que, para a Suprema Corte francesa, a proteção da dignidade humana, neste caso, está na sua não existência.

¹³⁹ V., por exemplo, H. e L. MAZEAUD; J. MAZEAUD; F. CHABAS, *Leçons de droit civil: Obligations*. Théorie générale. 8. ed. Paris: Montchrestien, 1991, t. II, v. 1, p. 410-416.

¹⁴⁰ Assim, C. M. da SILVA PEREIRA, *Responsabilidade civil*. 9. ed., rev. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 42, citando Yves Chartier. O autor complementa: “A doutrina moderna assenta bem os extremos: o que é significativo é que a chance perdida tenha algum valor, do qual a vítima se privou.”

¹⁴¹ No acórdão, a Cassação considera, quanto ao nexo de causalidade: “*tout ce qui n’a empêché le handicap a contribué à ce handicap*.” O problema técnico acerca do nexo de causalidade, porém, tampouco é desprezível; de fato, se o nascimento resultou de uma falta profissional, ela – a falta – não tem qualquer ligação com a deficiência, que é devida, tão somente, à infecção sofrida pela mãe. A ação médica nada acrescentou à gravíssima doença, causada por uma desordem adquirida devida à rubéola e aos consequentes problemas de desenvolvimento do embrião.

¹⁴² No original: “*la naissance ou la suppression de la vie ne peut être considérée comme une chance ou une malchance dont on peut tirer des conséquences juridiques*.” É o caso de Mathieu Quarez, julgado em fevereiro de 1997 (*arrêt du Conseil d’Etat 14 février 1997*), em quem, em hospital público, não se diagnosticou a síndrome de Down na fase de gestação. Nesse caso, porém, os juízes não estabeleceram o nexo de causalidade entre o erro e o dano – provocado por anomalia genética incurável –, e consideraram que do erro médico somente decorria o fato de que a gestante e sua família haviam sido privados de informações úteis para decidir se a gravidez deveria ou não prosseguir.

* * *

Quando, nos chamados casos difíceis, se põe a necessidade de ponderar os interesses conflitantes quer-se com isso dizer ser cabível examinar, em cada hipótese, a qual princípio deva ser dada prioridade no caso concreto: à liberdade ou à solidariedade? à integridade psicofísica ou à liberdade? à igualdade ou à solidariedade? Os casos difíceis, no dizer de P. RICOEUR, constituem um desafio à provação do julgamento reflexivo. O objetivo a ser alcançado, contudo, é único e não admite relativizações.

Albert EINSTEIN foi o primeiro a identificar a relatividade de todas as coisas: do movimento, da distância, da massa, do espaço, do tempo. Mas ele tinha em mente um valor geral e absoluto, em relação ao qual valorava a relatividade: a constância no vácuo da velocidade da luz. Seria o caso, creio eu, de usar esta analogia, a da relatividade das coisas e a do valor absoluto da velocidade da luz, para expressar que também no Direito, hoje, tudo se tornou relativo, ou ponderável, mas em relação ao único valor capaz de dar harmonia, equilíbrio e proporção ao ordenamento jurídico: o princípio da dignidade da pessoa humana.