

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS
CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO
NÍVEL MESTRADO**

**A REPERSONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO: UMA NOVA PERSPECTIVA
PARA OS DANOS À PESSOA HUMANA**

RÉCIO CAPPELARI

Orientador: Prof. Dr. José Carlos Moreira da Silva Filho

São Leopoldo, julho de 2007.

RÉCIO CAPPELARI

**A REPERSONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO: UMA NOVA PERSPECTIVA
PARA OS DANOS À PESSOA HUMANA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Área das Ciências Jurídicas da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. José Carlos Moreira da Silva Filho

São Leopoldo, julho de 2007.

CIP – Catalogação na Publicação

C238r Cappelari, Récio
A repersonalização do direito privado : uma nova perspectiva para os danos à pessoa humana / Récio Cappelari. -- 2007.
165 f. : 29 cm.

Dissertação (Mestrado) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos.
Programa de Pós-Graduação em Direito, 2007.
Orientador: Dr. José Carlos Moreira da Silva Filho

1. Direito privado 2. Responsabilidade civil 3. Danos 4.
Repersonalização I. Silva Filho, José Carlos Moreira da, (orient.) II.
Título.

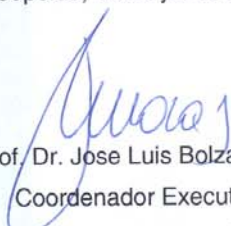
CDU: 347.5

Bibliotecária Ana Paula Benetti Machado CRB 10/1641

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL MESTRADO

A dissertação intitulada: “***A Repersonalização do Direito Privado: Uma nova Perspectiva para os Danos à Pessoa Humana***”, elaborada pelo aluno Récio Eduardo Cappelari, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

São Leopoldo, 10 de julho de 2007.


Prof. Dr. Jose Luis Bolzan de Moraes,
Coordenador Executivo

do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. José Carlos Moreira da Silva Filho

Membro: Dr. Eugenio Facchini Neto

Membro: Dr. Álvaro Filipe Oxley da Rocha



Dedico o presente trabalho à minha avó Idalina da Rosa Stein, *in memoriam*, pelo exemplo de dedicação e firmeza de caráter, e ao meu avô Ivo José Stein, pelo auxílio em minha formação profissional.

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, agradeço ao Professor Doutor José Carlos, por ser sempre gentil e compreensivo com os meus equívocos e dúvidas intelectuais.

Agradeço, igualmente, ao auxílio dos colegas Ivo Cappelari, Joel Zanutelli e Alex Morais.

Mas, agradeço especialmente ao afeto demonstrado por minha esposa Neila Colossi e minha filha Valentina Colossi Cappelari que sempre estiveram presentes e me apoiando.

Também, estendo meus agradecimentos aos demais membros da minha família, pelo apoio e incentivo incondicionais.

O homem será, antes de tudo, o que tenha projetado ser,
assim, se a existência precede a essência,
o homem é responsável pelo que ele é,
o que faz recair sobre ele próprio, a total responsabilidade.
Jean-Paul Sartre.

RESUMO

Ao atribuir-se maior valoração à pessoa humana no cenário das relações jurídicas, fato que acomete mediante a percepção do fenômeno da repersonalização, que tem ingresso no Direito brasileiro, por via do princípio constitucional da dignidade da pessoa e que implica em importantes transformações na tutela do ser humano, mormente no que tange à responsabilidade civil, sendo essa uma perspectiva que, vislumbra-se, operará significativa evolução frente à tradicional sistemática dos danos à pessoa humana. Destarte, seguindo o caminho do direito civil-constitucionalizado, ruma-se em busca da ampliação dos tradicionais horizontes do direito indenizatório, em busca da reparação integral da pessoa humana, cujo alicerce tem como referência uma verdadeira retomada do humanismo, a fim de inseri-lo no campo do Direito, priorizando os valores pessoais e espirituais em relação aos patrimoniais, e tendo como consequência disso a verificação da insuficiência da responsabilidade civil presente na dogmática clássica, a qual unicamente estabelece as reparações dos danos materiais e morais, perspectiva que se demonstrou restritiva e verdadeiramente precária à tutela pretendida, e que pode resultar em menoscabos à complexidade dos caracteres e direitos que perfazem a real integridade psicofísica da pessoa humana, para o que, se faz imperativo, o conhecimento, a maior difusão e a própria aplicabilidade dos novos danos enquanto rubricas indenizatórias indispensáveis para a tutela da pessoa frente às novas tecnologias presentes no mundo contemporâneo.

Palavras-chave: Contemporaneidade. Danos. Pessoa humana. Responsabilidade civil. Repersonalização.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 A PESSOA HUMANA	16
1.1 Aportes filosóficos sobre a pessoa humana.....	16
1.2 O Direito e a pessoa humana	31
1.2.1 O paradigma operacional da pessoa humana: o sujeito de direito.....	34
1.2.2 O paradigma patrimonialista da pessoa humana: o individualismo proprietário.	40
1.3 Do individualismo (personalização) à repersonalização do direito privado: o ultrapassar fronteiras.....	46
2 NOVOS PERFIS PARA O DIREITO PRIVADO	62
2.1 A constitucionalização do direito privado: a pessoa humana na perspectiva civil-constitucional.....	62
2.2 O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: um resgate dos fundamentos do Direito.....	76
2.2.1 O núcleo axiológico do princípio da dignidade da pessoa humana.....	81
2.2.2 A eficácia do princípio da dignidade da pessoa humana.....	86
2.3 A repersonalização e a denominada indústria do dano moral	88
3. A REPERSONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO: UMA NOVA PERSPECTIVA PARA OS DANOS À PESSOA.	102
3.1 A insuficiência da categoria dano moral	102
3.2 Em busca da reparação integral da pessoa humana.....	108
3.3 Os novos danos à pessoa humana.....	114
3.4 Os equívocos da legitimação processual nas ações de indenização por dano moral.....	128
3.3.1 Legitimidade e acesso à justiça: noções hodiernas de processo civil.....	131
3.3.2 Da teoria clássica da legitimação à moderna legitimação processual	134
3.3.3 Fundamentos para uma concepção atual da legitimação processual.....	137
a) A afirmação da titularidade	138
b) A qualidade do fato	140
c) O interesse na demanda.....	140
3.3.4 Novas perspectivas da legitimação processual no direito de danos	141
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	151

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS157

INTRODUÇÃO

Ao se buscar compreender a responsabilidade civil contemporânea, com pertinência aos danos causados à pessoa humana, percorreu-se o caminho do fenômeno denominado “repersonalização do Direito” que objetiva resgatar e, principalmente, garantir a máxima valoração da mesma frente à ciência jurídica, considerando ser fundada na própria concepção humanista da pessoa, motivo pelo qual reputou-se ser essa uma das possibilidades mais adequadas e promissoras para se analisar os danos, mormente no contexto da atual sociedade transnacionalizada, fato que impele ao protagonista a tentativa de unir as perspectivas brasileiras e extranacionais da responsabilidade civil na busca de uma eficiente resposta às inúmeras calamidades, estragos e acidentes a que os seres humanos se submetem diariamente.

A temática dos danos, consoante já vislumbrado por Díez-Picazo, há quase trinta anos, representa um dos ramos do Direito mais afetados pelas novas tecnologias, e que experimentou um incessante crescimento desde os idos da Segunda Guerra Mundial, motivo pelo qual autores como Wilburg já comentavam que o direito de danos seria o centro nervoso de todo o direito privado, fato que, algumas décadas após, efetivamente iria se configurar, diante do que surgiu a necessidade de se montar um mecanismo ou sistema de proteção mais eficiente para os cidadãos.¹

Ademais, de toda a relevância e também da própria atualidade do tema, quer em termos jurídicos ou sociais, agregado ao fato de se entender necessário demonstrar que a pessoa humana, axiologicamente falando, deve restar sempre hierarquicamente superior a todo e qualquer outro valor material que se possa vislumbrar, considerando ser o autêntico valor-fonte² do Direito, consideração essa que, para além do plano filosófico, também no campo jurídico carece de melhor construção ou mesmo sistematização doutrinária, a fim de que a pessoa humana, lastreada em seu valor-dignidade, não mais se ressinta da adequada tutela a que efetivamente faz jus, toda vez que se veja danificada em algum dos elementos que perfazem toda a sua amplitude existencial.

Nesse sentido, ao ingressar-se no estudo da pessoa humana e de sua complexidade, aprofundando-se nos meandros da interioridade do ser, o tema se revela apaixonante, porquanto

¹ DÍEZ-PICAZO, Luis. *Derecho y masificación social-tecnología y derecho privado*. Madrid: Editorial Civitas, 1979. p. 117-118.

² A expressão é da autoria de REALE, Miguel. *Estudos preliminares do Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

não há muito tempo se percebeu que a pessoa é dotada de uma vasta gama de atributos e caracteres bem mais amplos do que dantes se imaginara, motivo que por si só, já é suficiente para se diagnosticar a necessidade de ampliação dos horizontes nos quais a proteção da pessoa humana tradicionalmente foi elaborada, tarefa que une o estudo da própria pessoa com o estudo da ciência jurídica, fato, aliás, já apontado por Martins-Costa, ao referir que

[...] é conveniente, para que melhor se possa compreender a idéia de ‘responsabilidade por danos à pessoa’, acentuar a indiscutível importância que adquire hoje, nos mais diferentes ordenamentos jurídicos, a reconstrução do conceito de pessoa, reconstrução à qual está ligada a própria compreensão do que é o direito privado.³

Dito isso, e ao se ter efetuado algumas indispensáveis conexões entre o estudo do ser humano e o próprio Direito, temas que são indissociáveis, uma vez que o Direito é disciplina que, dentre outras coisas, tem como desiderato funcional harmonizar a conduta das pessoas em sociedade, possibilitando uma convivência igualitária e pacífica entre os cidadãos, motivo pelo qual se reputa que, ao se abordar temas como esse, ter-se-á, no mais das vezes, uma perspectiva efetivamente promissora, consoante sinceramente espera-se ter sido a presente.

Para além do autêntico e já declarado entusiasmo que se nutre pela temática da responsabilidade civil, corolário natural das inúmeras aulas já ministradas pelo subscritor, na condição de Professor da citada cadeira, na Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo e, certamente, também, como advogado, pela prática intensa e recorrente em demandas desse jaez, ocasiões que fizeram constatar a insuficiência da dogmática tradicional para adequadamente tutelar a pessoa humana, mediante a ocorrência de menoscabos a sua integridade e demais atributos, considerando a singela e tradicional dicotomia apresentada como solução, a saber, o dano patrimonial e o dano moral, dicotomia que, como se apontará, é deveras incompleta para abrigar toda a realidade dos novos danos que sistematicamente vem assolando os cidadãos na atual sociedade de consumo globalizada, motivos que nos estimularam a procurar os novos subsídios que ora serão apresentados, no escopo de aprofundar os estudos sobre o tema proposto, bem como oferecer modernos e principalmente mais adequados mecanismos para a tutela jurídica da pessoa humana.

A presente dissertação, em que pese evidente o seu conteúdo e as suas raízes jurídico-privatistas, na atualidade, vai além das restrições que poderiam ser verificadas no campo do

³ MARTINS-COSTA, Judith. *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 409-410.

direito privado, posto que a própria temática da pessoa humana, bem como também a responsabilidade civil, são assuntos igualmente versados pelo direito público, e especificamente pela própria Constituição Federal brasileira, ao elencar a dignidade da pessoa humana como princípio constitucional fundamental, ao determinar a indenizabilidade dos danos à pessoa, ainda que exclusivamente morais. Nesse passo, com efeito, supera-se a dicotomia estabelecida pela conhecida *summa divisio* entre o direito público e o privado, em direção ao hodierno direito civil-constitucional, cuja própria hermenêutica permite uma perspectiva bem mais ampla do que a tradicionalmente operacionalizada pelo direito privado, ligado às codificações oitocentistas além do que, igualmente, poderá permitir a aplicação direta da Constituição, uma vez presentes os pressupostos fáticos e jurídicos para tanto, em especial a ausência de legislação infraconstitucional sobre o caso concreto analisado.

Há que se anotar, ainda, que o presente assunto, no mesmo sentido acima propalado, mostra-se relevante tanto no aspecto individual do interessado, quanto no próprio sentido coletivo da questão, considerando que o tema objeto dessa averiguação reporta às situações que cada vez mais se encontram presentes na sociedade atual, sendo inclusive objeto de estudos do direito securitário e também da própria previdência pública e privada em geral.

Importa ressaltar que o trabalho ora apresentado foi levado a efeito mediante um enfoque fenomenológico-hermenêutico, mormente centrado em pesquisa bibliográfica jurídica e filosófica, cuja investigação, no campo da filosofia, procurou especialmente averiguar as noções existentes sobre o ser humano, outorgando especial ênfase às filosofias racionalista e existencialista da pessoa humana; enquanto que, no campo propriamente jurídico, pretendeu-se demonstrar a superioridade hierárquica que a atual Constituição Federal brasileira atribuiu aos direitos atinentes à pessoa, em relação a quaisquer outros direitos, mormente aos patrimoniais, advogando amplamente a concepção de que, diante do embate entre os direitos insculpidos pelo princípio da dignidade da pessoa humana e os direitos patrimoniais, os primeiros efetivamente gozam da primazia da tutela constitucional do nosso Estado de Direito.

Além dessas inferências, cumpre igualmente asseverar que o presente trabalho foi estruturado mediante a percepção de que a dogmática atual da indenização dos danos à pessoa humana necessita ser repensada, uma vez que não atende mais a realidade das vítimas da sociedade contemporânea. Nesse sentido, questiona-se se a ‘repersonalização do direito privado’ é um fenômeno pertinente ao nosso Direito, e se encontra no mesmo as bases para sua sustentação? Se, a responsabilidade civil, à luz do princípio constitucional da dignidade da

pessoa humana, representa um novo fundamento para a tutela da pessoa? Existe a tão propagada ‘indústria do dano moral’? Restaria efetivamente defasada a dicotomia dos danos patrimoniais e morais? Da mesma forma, a própria nomenclatura do dano moral resta igualmente defasada e inapta para conhecer e reparar os novos danos? As novas tecnologias, presentes no mundo globalizado, realmente nos levam à necessidade da formulação dos novos danos, criando rubricas novas a ser objeto de indenização? Com efeito, essas são algumas respostas que se espera ter alcançado, ainda que apenas satisfatoriamente, de modo à efetivamente contribuir com o Direito, no que tange aos danos à pessoa humana.

Por derradeiro, importa aduzir que a presente dissertação se encontra estruturada em três capítulos. No primeiro, delineia-se como a pessoa humana se apresenta na atualidade, considerando que será ela a danificada, bem como, igualmente, a própria receptora da indenização. Para tanto, vale dizer, para a investigação de todos os atributos e caracteres da pessoa, inicia-se elencando alguns aportes filosóficos sobre a pessoa humana e a respeito do próprio mundo que a rodeia, considerando que a vida humana somente se desenvolve em sua plenitude na medida de suas próprias relações intersubjetivas, sendo que, para tais inferências, destacam-se os paradigmas filosóficos do racionalismo e do existencialismo, fazendo-se clara opção e preferência pela segunda vertente filosófica, que se reputou mais adequada ao mundo hodierno, considerando a sua própria aptidão para levar mais em conta os aspectos culturais e históricos da pessoa humana, bem como para outorgar uma maior amplitude de sentido à mesma.

Após essa análise filosófica, efetua-se uma averiguação propriamente jurídica da pessoa humana, onde restaram destacados os seus vieses patrimonialista e operacional, sendo que o primeiro ressaltou o tradicional apego da pessoa aos bens materiais, enquanto que o segundo demonstrou o sentido meramente operacional que fora outorgado ao sujeito de direito, enquanto mero elemento de uma relação jurídica.

Por fim, demonstra-se a necessidade da superação da concepção individualista da pessoa humana em direção à verdadeira repersonalização do direito, na qual a pessoa humana possui valor por si só, em razão da dignidade inerente à própria condição de pessoa, da sua identidade e da circunstância de ser existente no mundo, a qual é independente de quaisquer bens e de outros direitos.

Na seqüência, o segundo capítulo demonstra a pessoa humana mediante uma perspectiva civil-constitucional, obtemperando-se as vantagens advindas da tutela proveniente do princípio

da dignidade da pessoa humana, uma vez que o mesmo consubstancia-se no próprio valor-fundamento para o respeito ao ser humano, reportando-se aos seus elementos intrínsecos, ou seja: a igualdade, a liberdade, a integridade psicofísica e a solidariedade, enquanto principais direitos formadores da dignidade, além de averiguar-se sobre a própria eficácia jurídica do referido princípio. Posterior a essas averiguações, passa-se a analisar o fenômeno da ‘indústria do dano moral’, mediante a perspectiva desenvolvida nessa dissertação, vale dizer, de acordo com a ‘repersonalização do direito privado’, onde se espera ter efetuado frutíferas considerações,

Finalmente, no terceiro e último capítulo, adentra-se especificamente nos danos à pessoa humana, a partir da insuficiência da categoria do dano moral, considerando que, na atualidade, muitas indenizações, que nada ou muito tem a ver com o mesmo, vêm sendo concedidas mediante essa rubrica, levando-se em conta a inexistência de outras aptas para lastrear uma meritória indenização. Logo após, averigua-se a questão do estabelecimento definitivo do princípio da reparação integral da pessoa humana, como norteador da necessidade de indenizar-se a pessoa na totalidade de suas perspectivas e, em consonância com todos os danos efetivamente sofridos, vale dizer, demonstrando que somente com uma reparação que englobe todos os aspectos da pessoa, incluindo-se o dano psíquico, o dano material e o dano estético, entre outros, ter-se-á a plenitude de uma indenização, de modo a procurar efetivamente resgatar o *status quo* anterior ao sinistro acometido à pessoa humana. Procura-se, também, apontar e delinear alguns dos novos danos à pessoa, tais como o prejuízo de lazer, prejuízo juvenil, e o prejuízo sexual além dos danos à identidade pessoal e a própria perda de uma chance, dentre outros mais, na fiel expectativa de que melhor delineadas tais rubricas, sejam estas de maior conhecimento por nossos juristas e Tribunais, a fim de se alcançar uma tutela mais adequada para a pessoa humana.

Encerrando o último capítulo, teve-se a preocupação de elencar uma temática que há muito gera incorreções e problemas para os operadores do Direito em geral, mormente quanto ao sentido prático das demandas postulatórias, qual seja a legitimação processual no direito de danos e, em especial, quanto ao particular da indenização dos danos extrapatrimoniais, que se espera reste agora um pouco amenizada com as despreziosas considerações apresentadas.

Declinadas essas referências ao conteúdo, importa ainda aludir que as citações em língua estrangeira foram todas traduzidas para o português pelo próprio autor desse trabalho, bem como fazem parte integrante das referências bibliográficas do mesmo.

1 A PESSOA HUMANA

1.1 Aportes filosóficos sobre a pessoa humana

Quando se pretende falar em Repersonalização do Direito⁴, e quando se objetiva como desiderato uma análise mais coerente e aprofundada sobre o assunto, duas questões são os verdadeiros pontos de partida para se conhecer a matéria. A primeira e a mais importante é, evidentemente, a própria pessoa humana, dado a natural complexidade que o assunto trata e requer, e até mesmo porque pode ser analisada mediante as mais diversas e consistentes perspectivas, consoante se verificará. A segunda abordagem, por sua vez, é a do próprio Direito que será versado na seqüência da presente investigação, mais propriamente no segundo Capítulo.

Nesse passo, pode-se apontar que autores de nomeada já destacaram a relevância e a necessidade de uma nova análise do conceito de pessoa para o Direito, assim como salientou Martins-Costa, *in verbis*:

[...] parece, pois, conveniente, para que melhor se possa compreender a idéia de ‘responsabilidade por danos à pessoa’, acentuar a indiscutível importância que adquire hoje, nos mais diferentes ordenamentos jurídicos, a reconstrução do *conceito de pessoa*, reconstrução à qual está ligada a própria compreensão do que é o *direito privado* (...).a experiência democrática os leva necessariamente a recompor os fundamentos axiológicos da idéia de pessoa como centro do sistema de princípios, direitos e garantias fundamentais e, por via de consequência, de todo o sistema jurídico⁵.

Assim, partir-se-á em busca de uma conceituação sobre a pessoa humana, ou, pode-se até dizer, das estruturas que consubstanciam uma adequada sistematização do significado da pessoa humana, considerando que esta deve ser o próprio centro de todos os valores reputados importantes pela sociedade, e conseqüentemente para o próprio Direito, motivo pelo qual se tem a pessoa humana como um ser verdadeiramente transcendental⁶, não no sentido de algo exterior

⁴ Fenômeno que indica, em suma, que a pessoa humana deve passar a ser o eixo central do Direito, com o abandono da primazia outorgada ao patrimônio e aos bens, que sempre lograram estar no centro das atenções do Direito, mormente no Direito Privado e nos Códigos Oitocentistas.

⁵ MARTINS-COSTA, *A reconstrução do direito privado*, p. 409-410.

⁶ Nesse trabalho se utiliza o termo transcendental no sentido Kantiano da expressão, tal como fez Comte-Sponville, onde este refere que: “[...] é transcendental tudo o que diz respeito às condições a priori da experiência, assim como aos conhecimentos que, supostamente, dela decorrem. A palavra transcendental para Kant não significa algo que se eleva acima de toda

ou mesmo superior ao próprio conhecimento de si mesmo e do mundo ao qual ele pertence, mas sim, porque se reputa que o ser humano é o que efetivamente precede ou vem primeiro, bem como também vai além de todos os conhecimentos. Com efeito, averigua-se, além de seu próprio conceito de sua essência ou conteúdo, quais são as suas possibilidades e limites, bem como também dizer, deste homem real, do homem de carne e osso, analisando-se inclusive, o próprio mundo que o rodeia e no qual igualmente está inserido.

Neste trabalho outorga-se destaque ao estudo da pessoa humana sob as perspectivas filosófica e jurídica, todavia, não se pode descurar que quando se indaga sobre o ser humano se questiona sobre o que é e como é o homem, sendo que, sem desprezo a nenhuma outra noção, a qual é igualmente muito importante, por ora se outorgar destaque à noção filosófica⁷, por ser o ramo do conhecimento que melhor se adapta e explica os fundamentos da pessoa humana para o Direito, uma vez que esse é o verdadeiro objeto de nosso estudo.

Outro não é o entendimento de importantes juristas de nosso país, tal como asseverado por Fachin, *in verbis*:

[...] o existencialismo e o personalismo, ao permitirem uma aproximação da filosofia com o ser, também fazem com que se reconheça que o protagonista da experiência jurídica é o ser humano. Sendo o homem liberdade e criatividade, não pode ele receber do Direito o mesmo tratamento dispensado às coisas. Há que se privilegiar, portanto, uma idéia personalista, que coloque o homem como centro do Direito, em oposição à postura patrimonialista que apresenta a propriedade como o grande centro do interesse da dogmática jurídica [...]⁸.

Nesse contexto, efetuando uma análise crítica da denominada Repersonalização do Direito⁹ e buscando seus fundamentos especialmente na filosofia¹⁰ e no viés histórico-jurídico¹¹, à

experiência, mas o que a precede (a priori), sem ser, no entanto, “destinado a outra coisa senão a tornar possível unicamente um conhecimento empírico [...]”. COMTE-SPONVILLE, André. *Dicionário filosófico*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 603.

⁷ A filosofia é ramo do conhecimento que tem a razão por meio e a sabedoria por fim, sendo a única prática intelectual que busca as razões legitimadoras de todos os demais ramos do saber. No particular do ramo jurídico, do Direito propriamente dito, e assim como bem referiu Arnaud, “[...] o verdadeiro sentido das normas jurídicas é traído pela análise da filosofia que as sustenta (...)” pelo que se crê que esta não representa meramente criticar, mas sim elaborar novas proposições a fim de repensar o senso-comum e poder avançar, progredir em relação a este, criando proposições necessárias para reformar a sociedade em busca de uma vida melhor. ARNAUD, André-Jean. *O direito traído pela filosofia*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991. p. 23.

⁸ FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 48.

⁹ A propósito, adota-se, neste trabalho, a nomenclatura “Repersonalização”, ao invés de “Personalização” ou mesmo outro *nomem iuris*, porque se reputa que, apesar de nunca ter existido antes uma máxima valoração da pessoa humana frente ao Direito, como a que atualmente se pretende, se falarmos em “Personalização”, na verdade essa apresenta mais afinidade com uma visão individualista e abstrata da pessoa humana, ao passo que, o que se pretende é justamente uma noção que vá além desta ótica tradicional, sendo em busca da pessoa humana concreta, de “carne e osso”, em comento com as demais, vale dizer, em sociedade e com o necessário respeito a outrem, a alteridade, uma vez que acredita-se sejam esses os reais motivos que

procura dos seus reais fundamentos e caracteres para a ciência do Direito, tudo em paralelo com a realidade social hodierna e com as transformações proporcionadas pelo mundo contemporâneo, a fim de se vislumbrar as conseqüências jurídicas decorrentes dessa Repersonalização no Direito Privado, em especial no âmbito dos danos à pessoa humana, análise a ser versada no terceiro capítulo, sempre levando em conta a perspectiva constitucional, com o desiderato de contribuir com o aprofundamento dessa relevante temática.

Desta feita, e uma vez situados os principais conceitos sobre a pessoa, também é relevante ressaltar, até por uma questão de correção terminológica, que se dará preferência à denominação pessoa humana (todavia, sempre que se referir aos termos análogos, tais como homem, ser humano ou simplesmente pessoa, estar-se-á igualmente abordando a própria pessoa humana), em que pese possa parecer uma forma redundante ou até mesmo equivocada de denominação do homem, já que se poderá perguntar se pessoa humana não seria apenas o próprio homem. A resposta parece lógica no sentido afirmativo, todavia não foi sempre assim, consoante leciona o Professor José Carlos Moreira da Silva Filho, ao relatar que

[...] Hattenhauer lembra que em certas culturas mais arcaicas os *objetos* e os *animais* eram considerados *pessoas*, e que, no seio da cultura ocidental, foi somente a partir dos fundamentos trazidos pela teologia moderna que se pode estabelecer que todos os homens são pessoas, e apenas os homens. O momento decisivo na fixação desta linha divisória ocorre no marco da conquista da América, quando então diante de imensas e abundantes riquezas naturais, a atribuição da condição de *pessoa* aos objetos não caía bem à lógica do capitalismo mercantilista. Além disso, havia a necessidade de definir o estatuto dos índios em termos de serem humanos ou não. Ao prevalecer a noção de que os *índios* eram homens, ainda que selvagens, vislumbra-se com clareza a idéia de que algo une todos os seres humanos e constitui a humanidade¹².

Assim, tendo-se em conta que todos os homens são pessoas, ou melhor, pessoas humanas, é mister que se procure, até como um desiderato propriamente filosófico, perquirir sobre o que verdadeiramente caracterizaria a pessoa como humana, ou mais precisamente ainda, o que significa essa denominação humanidade, o que adiante se verá.

Aborda-se, a partir de agora, o tema que sempre foi alvo das mais variadas especulações

tem determinado o termo “Repersonalização” como a nomenclatura dominante, a qual efetivamente está se cristalizando como a mais aceita nos meios jurídicos em geral.

¹⁰ Sendo relevante desde já referir que não se abordarão questões referentes à psicanálise, biologia ou sociologia, ramos do conhecimento também importantes para a temática da pessoa humana.

¹¹ Onde serão analisadas as perspectivas operacionais e patrimonialistas da pessoa.

¹² SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. Pessoa humana e a boa-fé objetiva nas relações contratuais: a alteridade que emerge da ipseidade. In: COPETTI, André; ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lênio Luiz (Orgs.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*: programa de pós-graduação em direito da UNISINOS: mestrado e doutorado: Anuário 2005. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. n.º 2. p.113-136.

dos estudiosos sobre o ser humano, qual seja identificar as diferenças entre a pessoa humana e os animais, e quais são, efetivamente, essas diferenças. Nesse passo, alguns autores apontam a inteligência e a capacidade de escolha ou eleição como diferença essencial entre a pessoa e o animal, na medida em que negam tais possibilidades a esse último. Outros autores, afirmam que a diferença existente reside justamente no grau de inteligência, onde os animais também disporiam dessa faculdade, contudo, em grau limitado, o qual jamais alcançaria o da pessoa humana. Por fim, e em especial os evolucionistas como Darwin e Lamarck, negam que exista diferença entre homens e animais, já que estes últimos também possuem inteligência, que poderia diferenciá-los de modo definitivo. Os evolucionistas, a propósito, são partidários da denominada Teoria Monista do Homem, ou, como também é denominada, Teoria do *Homo Faber*, onde o fato da própria conduta do homem, ou de ele se dedicar ao trabalho seria o diferencial existente entre ambos, onde eventuais diferenças oriundas da própria natureza não existiriam¹³.

Concorda-se com Max Scheler quando este autor considera equivocadas as assertivas anteriores, reputando que a essência do homem e o que se pode chamar de seu posto singular, está muito acima da inteligência e faculdade de decidir, e sequer poderiam ser alcançadas ainda que essas características fossem majoradas quantitativamente até ao infinito. Assim, aduz o referido autor, que o novo princípio que faz do homem um homem, é alheio a tudo o que se chama de vida, mesmo em seu mais amplo sentido, tanto em seu psíquico interno como em sua vida externa. O que verdadeiramente faz do homem um homem é um princípio que se opõe a toda vida em geral; um princípio que, como tal, “não pode ser reduzido à evolução natural da vida”. Mas, como esse princípio tem de ser reduzido a algo, até mesmo para possibilitar a sua compreensão, só pode ser ao fundamento supremo das coisas, ou seja, ao mesmo do que a vida também é uma manifestação.

Nesse passo, os próprios gregos já haviam sustentado idêntico entendimento, sendo que denominaram esse fundamento de *razão*, todavia não no sentido clássico dessa denominação, que para nós designa o fato de pensar, refletir idéias, mas querendo indicá-la como o que se conhece por espírito, até porque a espiritualidade, nesse particular, representa muito mais do que a razão (indo além, mas sem se contrapor a essa), pois compreende também uma espécie de intuição, a intuição dos fenômenos primários e uma determinada classe de atos emocionais e volitivos, como por exemplo, a bondade, a liberdade, o amor, o arrependimento, a alegria e etc.

¹³ SCHELER, Max. *El puesto del hombre em el cosmos*. Tradução de José Gaos. 6.ed. Buenos Aires: Editorial Losada, 1967. p. 55-57.

Desse modo, para Scheler, a palavra que resume a almejada essência da pessoa humana é o espírito, sendo que, nessa ótica, pode-se denominar “pessoa como o centro de vida em que o espírito se manifesta dentro das esferas do ser finito”, destarte, a diferença entre a pessoa e todos os demais seres ou centros funcionais de vida é o espírito, tendo-se esse como a real essência da vida humana¹⁴.

Fundamental ainda destacar, que para a maioria dos citados autores que destacam o espírito humano como sendo a diferença essencial entre o homem e os demais seres, dentre os caracteres que consubstanciam o conteúdo desse espírito, confere-se à liberdade a primazia de ser o principal elemento caracterizador da condição humana, contudo sem desconsiderar os demais elementos formadores do *espírito*, tais como a bondade, o amor, a alegria, ou qualquer uma das emoções características da pessoa humana.

Dito isso, reputa-se que a pessoa, antes de seus demais caracteres, é um ser espiritual, no sentido que nem mesmo aos impulsos naturais antes referidos o homem está circunscrito, dado que ao possuir inteligência e especialmente a liberdade antes citada, não está ele limitado a ceder a estes impulsos, podendo inclusive recusá-los e optar por outros, dado a que é um ser livre frente à totalidade do mundo que o circunda pelo que se diz que “o homem tem o mundo”, enquanto que “o animal tem o meio” que o circunda, em especial ao considerarem-se às especulações metafísicas que a pessoa tem a sua livre disposição como verdadeira possibilidade criadora de novas idéias e caminhos. Com efeito, o animal detém ações e reações levadas a cabo dado ao “estado fisiológico” que nele é preponderante, enquanto que a pessoa, ao invés, possui condutas, que por sua vez são levadas à cabo de modo objetivo, frente às mais variadas possibilidades de que dispõe, e dentre elas o seu próprio “estado fisiológico”, contudo, sem que, de modo algum, seja sempre impulsionado por este, podendo inclusive prescindir por completo de seus impulsos físicos, a fim de agir objetivando atender outras necessidades suas, muitas das quais totalmente dissociadas de suas necessidades fisiológicas e do próprio meio do qual faz parte¹⁵.

Nesse meio, ainda é pertinente referir-se que “esse ter o mundo”, que sempre foi uma das visões do ser humano, na verdade é uma noção que no mundo contemporâneo não mais se sustenta, isso porque antes parecia ser correto que o homem precisava dominar o mundo, ser o seu verdadeiro proprietário a fim de domesticá-lo e, assim, estabelecer uma vida melhor para

¹⁴ Idem, p. 56-57.

¹⁵ SCHELER, *El puesto del hombre em el cosmos*, p. 58-61. (tradução nossa).

todos, fato que realmente não se verificou e, inclusive veio a causar muitos danos à humanidade, tendo suas origens na própria questão de que a razão e a inteligência humanas se verificaram insuficientes para levar adiante essa postura, posto que o homem nem sempre agiu em prol do bem comum para todos, tendo agido muito mais em seu individual benefício, o que tem gerado danos às próprias pessoas e ao meio ambiente, a exemplo da reação da natureza, através de tempestades, maremotos e ciclones, no sentido de que a ação humana, muitas vezes, ilimitada em seus mais variados interesses, mormente o econômico, está demonstrando que a pessoa humana deve mudar sua visão e sua postura sobre o próprio universo, entendendo-se como parte integrante do mesmo e não mais como o seu dono ou senhor, postura que forçosamente deverá ser abandonada, sob pena de até comprometer o próprio futuro da vida humana no universo.

Feito esse importante destaque, de outra banda, igualmente cumpre referir, dentro da noção de que “o homem tem o mundo” e “o animal tem o meio”, também é mister investigar, o que propriamente significa ou representa esse “mundo” para a pessoa humana, considerando que o animal, ao dispor apenas da natureza (ou do meio em que se encontra), a essa fica restrito, podendo-se por isso referir, com pertinência, que o próprio modo de percepção da natureza pelos animais certamente é diferenciado da percepção que homem possui da mesma.

Nesse passo e procurando identificar o mundo no qual a pessoa humana se faz presente, e aquele que nos é dado conhecer, como diagnosticou Merleau-Ponty¹⁶, reconhecendo, pois, as limitações em nossos próprios sentidos, pelo que nem sempre o mundo real será o mundo por nós percebido.

Nessa temática, a qual não será mais aprofundada, mas que de qualquer forma se faz pertinente o destaque, até porque se reputa que a mesma também sirva para, entre outros, revelar a insuficiência do racionalismo como perspectiva da pessoa humana, em relação aos próprios meios naturais de compreensão do homem, vale dizer que os seus cinco sentidos não alcançam a totalidade do conhecimento, daí onde o próprio existencialismo também pode ir mais além do que o racionalismo, considerando que seu próprio modo de apreensão do mundo vai além do que os meios tradicionalmente utilizados pelo pensamento racional pode lhe proporcionar.

Com efeito, a importância desse assunto também já fora verificada por Scheler, que aduziu da seguinte forma

¹⁶ MERLEAU-PONTY, Maurice. *Fenomenologia da percepção*. Tradução de Carlos Alberto Ribeiro de Moura. São Paulo: Martins Fontes: 1999. p. 460-461.

[...] como o título já disse, a matéria antropológica consignada nesse livro se dispõe e orienta segundo um fim preciso, o de estatuir a situação do homem na totalidade do ser. Durante o século XIX era um tema bastante comum este de fixar a posição do homem no mundo, que de ordinário se resolvia na direção de um *naturalismo biologista*¹⁷.

O citado autor ainda reputa que o advento da humanidade representa a maior sublimação conhecida por nós, além da mais íntima união de todas as forças essenciais da natureza, sendo o homem “um ser que existe por si mesmo” e do qual dependem todos os demais, e é digno de chamar-se existência divina, na medida em que no curso da história do mundo realiza seu eterno fim no homem e mediante o próprio homem. O ser humano, por ter na liberdade a principal característica de seu espírito, não está vinculado aos seus impulsos e nem mesmo frente ao mundo que o circunda, pelo que está verdadeiramente aberto ao mundo. Tal fato acontece porque tendo o homem essa plena liberdade, consegue ele unir espaço e tempo em sua concepção natural de mundo, que antecede a todas as coisas, porque o excesso de insatisfação comum aos seus impulsos é superior à sua própria satisfação, gerando no homem um verdadeiro vazio existencial¹⁸. Este, por sua vez, representa uma de suas principais características, a qual inclusive se contrapõe a dos animais, o que os faz não detentores desse espaço universal, que cabe unicamente ao homem, em razão de sua capacidade de projeção e de inconformismo, a qual lhe permite estar sempre em busca de novos caminhos¹⁹.

Retornando-se à importante e clássica procura pelos diferenciadores entre a pessoa humana e os animais, dessa defluiu o enfoque das ciências biológicas sobre o referido assunto. Acredita-se, nessa senda, que é mesmo importante a análise desse particular, considerando que na contemporaneidade destacam-se importantes trabalhos no campo da bioética e da própria clonagem de seres humanos²⁰, que nos impõem uma maior reflexão sobre as suas repercussões nos campos ético e jurídico. A propósito, julga-se possível, considerando o já exposto nesse trabalho, antes mesmo de declinar-se as razões de nosso posicionamento, aduzir pela virtual insuficiência do exclusivo enfoque biológico-genético que, apesar de evidentemente relevante para a definição do ser humano, será sempre insuficiente se dissociado de seus demais atributos, mormente porque a pessoa humana se destaca por suas distinguidoras manifestações culturais, históricas e espirituais, dentre outros relevantes critérios.

¹⁷ SCHELER, *El puesto del hombre em el cosmos*, p.16. (tradução nossa).

¹⁸ No sentido de uma verdadeira angústia pela procura do real sentido da vida.

¹⁹ SCHELER, *El puesto del hombre em el cosmos*, p. 64-65. (tradução é nossa).

²⁰ SEVÈ, Lucien. *Para uma crítica da razão bioética*. Tradução Maria José Figueiredo. Lisboa: Instituto Piaget, 1994.

Realmente, o enfoque biológico percebe, na pessoa humana, apenas um ser vivo classificado como bípede mamífero, cuidando de uma visão científico-natural, que torna praticamente obsoleta qualquer outra explicação a respeito do que definiria o ser humano, tanto em suas especificidades individuais como em suas próprias ações, pois tais teses definem o homem unicamente a partir de seus aspectos inatos, como se a sua humanidade pudesse vir à tona independentemente de sua cultura e historicidade²¹.

Com toda propriedade, Silva Filho, também apresenta a mesma diretriz, obtemperando que foi a partir da cisão epistemológica entre as ciências da natureza e as ciências do espírito, que se procurou estabelecer outra compreensão a respeito da vida humana, *sic*:

[...] Wilhelm Dilthey, a partir de sua filosofia da vida, procura compreender o homem na história da qual faz parte e não descrevê-lo como uma criatura da natureza. É só a partir das obras do espírito humano que se pode traçar algo sobre a essência humana. Têm-se, assim, duas perspectivas radicalmente diferentes para se abordar o homem: uma proveniente das ciências da natureza, outra das ciências do espírito²².

Assim, a experiência prática, baseada em fatos reais, já logrou comprovar o que se está referindo, no sentido de que as características biogenéticas são mesmo insuficientes para atribuir à pessoa humana o seu caráter de humanidade, sendo que a convivência em sociedade e a própria condição histórica do homem são mesmo preponderantes, o que já deflui do impressionante e conhecido caso Kaspar Hauser²³.

O referido caso relata que Kaspar Hauser era um jovem que fora encontrado em Nuremberg, na Alemanha, tendo sido criado recluso, sem contato afetivo, maternal, familiar ou mesmo social, apenas convivendo com aquele que o alimentava e mantinha preso, o que fez com que Kaspar não conseguisse ficar e pé e tampouco se comunicasse.

Após o período de segregação e passando a conviver com outras pessoas, Kaspar rapidamente aprendeu alguns hábitos humanos, assim como também aprendeu a ler e escrever a língua alemã. Os fatos relatados demonstram, concordando-se com as observações de Morin²⁴ que quando o homem resta privado do ordinário contato do convívio social, ficando no

²¹ SILVA FILHO, *Pessoa humana e a boa-fé objetiva nas relações contratuais*: a alteridade que emerge da ipseidade, p.113-36.

²² *Idem*, p.118.

²³ SILVA FILHO, *Pessoa humana e a boa-fé objetiva nas relações contratuais*: a alteridade que emerge da ipseidade, p.113-136.

²⁴ MORIN, Edgar; CYRULNIK, Boris. *Diálogos sobre la naturaleza humana*. Buenos Aires: Paidós, 2006. p. 18-19. (tradução nossa).

isolamento de outros seres semelhantes a ele, tal impede o desenvolvimento natural do próprio programa genético da pessoa. Tal ocorrência também se estende ao mundo animal, de modo idêntico, onde a ausência de convívio com seus pares fará com que estes deixem de ter os caracteres comuns à sua própria espécie, pelo que é acertado concluir que sem a imprescindível alteridade, o homem não pode desenvolver as suas promessas genéticas, estando aí incluídas as próprias atitudes e condutas humanas, tal como o desenvolvimento de sua linguagem e comunicação, itens fundamentais para o estabelecimento da imprescindível vida em sociedade.

Ademais do exemplo de Kaspar Hauser, também é pertinente elencar o caso das mulheres-girafa, onde se constata que o aspecto cultural da pessoa humana também é decisivo na formação da sua identidade. As mulheres-girafa, moradoras da Tribo Padaung na Tailândia, apresentam aparência animal ou zoóide, em decorrência de ser uma tradição segundo a qual “*as mesmas ficariam mais belas quando portadoras daqueles aros no pescoço, além do que dita tradição já vem sendo familiarmente transmitida há cerca de dois mil anos*”. Com a inserção de até 25 aros no pescoço, as mulheres-girafa deformam o seu corpo produzindo um alongamento de até 25 centímetros em seu pescoço, daí serem chamadas mulheres-girafa²⁵.

As mulheres da Tribo Padaung utilizam esse adorno em seu corpo como se o mesmo fosse parte integrante dele, a tal ponto de já não se vislumbrarem mais sem o mesmo, tanto que raramente o retiram além do que se sentem mais bonitas com a utilização do adorno, em que pese à deformação física que a utilização dos aros lhes proporciona. Tal comportamento existe porque desde muito jovens as mulheres da tribo convivem com a imposição cultural. Sendo assim, ela já se encontra introjetada há mais de dois mil anos nas pessoas do sexo feminino, motivo pelo qual se pode perceber a influência que o viés cultural acomete na formação da identidade da pessoa humana, a ponto de mudar significativamente a própria estrutura física das mulheres habitantes da Tribo Padaung.

Assim, tem-se que é esse acultramento, a sua conexão histórica e a própria convivência em sociedade que são os fatores determinantes para o desenvolvimento da humanidade nas pessoas, pois elas não são fruto da natureza fisiológica ou da hereditariedade, mas sim, características transmitidas pela cultura e pelo conviver com outrem, sendo produzidas pelo próprio homem e pela evolução da sociedade de convívio. Assim, pode-se dizer que, para além das ciências biológicas, para a qual, entre outros, é necessária a existência de um cérebro que

²⁵ SAKALL, Sérgio. *Arte Folclórica. Mulheres-girafa*. Disponível em: <www.sergiosakall.com.br/tudo/mulher_girafa.html> Acesso em: 08 abr. 2007.

funcione, como também é imprescindível que esse mesmo cérebro se veja estimulado pelo contexto maternal, pela linguagem que se aprende, além da cultura e da história, sem o quê não se terá a completa humanidade da pessoa. Destarte, compartilha-se do entendimento de Morin e Cyrulnik. quando asseveram que

[...] um ser que não tenha conhecido a cultura não é mais do que um primata do mais baixo nível, não podendo desenvolver suas faculdades intelectuais. Dessa forma tomamos consciência da formidável interdependência entre o que um homem tem de cultural e psicológico, e o que tem de cerebral e biológico. Se não temos presente à concepção dessa contingência, seguiremos recortando e recortando sem para²⁶.

Com efeito, Morin afirma que a pessoa humana é formada e caracterizada por um complexo de elementos, desde a sua natureza corporal até os fatores históricos e culturais, por isso é que, para se compreender a existência humana, é necessário unir-se conhecimentos dos mais variadas matizes, da psicologia à antropologia, da biologia à filosofia, posto que, somente com tal amplitude é que se pode alcançar o conhecimento aprofundado do tema perseguido, sendo que os ditos ‘recortes’ epistemológicos apenas tornam os conhecimentos dissociados de seu real contexto, além de estanques e limitados à sua respectiva esfera, mormente quando se cura da própria pessoa humana, em razão de sua natural complexidade.

Por outro lado, deve-se analisar o ser humano mediante diversos vieses, dentro da própria Filosofia, tal como fez Immanuel Kant²⁷ e também Karl Jaspers²⁸, numa perspectiva racionalista, entendendo-se que o homem é um ser pensante, motivo pelo qual reflexiona e percebe que tudo o que ele é porque pode pensar e decidir. Em sendo assim possui a liberdade e, com base nessa, pode se fazer a si mesmo e a todas as demais coisas pertencentes ao mundo em que atua. Da mesma forma, também se pode perceber “o homem e o próprio mundo” numa perspectiva existencialista, onde se verifica que o mundo não é apenas como ele se apresenta para as nossas percepções, mas sim, enquanto mundo real vai mais além, e existe no mesmo tempo e espaço, sendo o próprio homem, o único ser que ao mesmo tempo em que pertence ao mundo como parte integrante, também pode estar fora deste ao reflexionar (ainda que materialmente, por óbvio, permaneça sempre dentro do mundo), pois o transcende, em razão de

²⁶ MORIN e CYRULNIK, *Fenomenologia da percepção*, p. 15 - 16. (tradução nossa).

²⁷ KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2005.

²⁸ JASPERS, Karl. *La fê filosófica ante la revelación*. Madrid: Gredos, 1968. p. 17 - 19; 484 - 485. (tradução nossa).

sua total liberdade, é um dos principais caracteres de seu existenciário²⁹.

Acredita-se, ainda, ser igualmente pertinente destacar, que nenhum conceito e nem mesmo as três noções já mencionadas têm a possibilidade de definir completamente o que é o homem, dada a própria complexidade e amplitude dessa designação. Contudo, nessa busca, para se alcançar um melhor nível de aproximação, ainda há de se destacar quatro importantes dimensões nas quais a pessoa humana pode ser analisada, quais sejam: as dimensões material, espiritual, individual e social, sem deixar de ressaltar, mediante o entendimento aqui esposado, que dentre elas logra primazia a dimensão espiritual em relação às demais, apesar de reputar-se que todas coexistem e são indissociáveis, devendo estar em perfeita harmonia. A respeito das dimensões, tem-se que:

- a) dimensão material – o homem evidentemente é matéria, um complexo de elementos físicos e orgânicos dentro da categoria de animal mamífero, pois tal qual os demais animais desta classe, o homem nasce, cresce, se reproduz, envelhece e finalmente morre, daí que apresenta grandes similitudes, por exemplo, com os macacos. Trata-se do homem em sua própria existência corporal, pelo que por esse aspecto a animalidade do homem resulta óbvia;
- b) dimensão espiritual – o homem, se acredita, é composto por matéria e espírito, sendo que a este último se atribui a razão, a capacidade de captar a essência das coisas, aliada às próprias emoções como o amor, a bondade, a solidariedade, o arrependimento e a justiça. A dimensão espiritual do homem, contudo, representa um obstáculo para os mais céticos, porque se está frente a uma substância imaterial, que por sua própria natureza se manifesta nos sentidos humanos. O próprio Platão já vaticinara que o homem é composto de corpo e alma, contudo, é na alma que está o homem verdadeiro, posto que seu corpo estivesse mais afeto à animalidade. Para Platão a alma preexiste ao próprio corpo e transcende a sua morte, é imortal e existe desde sempre. Pela dimensão espiritual o homem não só capta a essência das coisas, mas também lhes outorga o correspondente valor, de acordo com a internalização particular de seu sentir, consoante à própria personalidade de cada um. Com efeito, só o homem pode ter acesso inteligível ao abstrato, o que lhe faz poder, por meio dessa mesma abstração, imaginar, criar e alcançar novos conhecimentos. Pode a

²⁹ A propósito, neste íterim não se aprofundarão as perspectivas racionalista e existencialista da pessoa humana, temas que serão versados no final do presente capítulo.

pessoa humana, desse modo, por meio de seu conhecimento abstrato, *verbi gratia*, conhecer o que é uma árvore e não apenas determinada árvore presente em uma floresta, como ocorre com os animais, que só tem acesso às coisas que estão concretamente postas em seu meio. Da dimensão espiritual do homem surgem qualidades que devem ser reconhecidas e tuteladas pelo Direito, tais como a liberdade, a livre expressão de idéias e pensamentos, as convicções religiosas, etc.;

- c) dimensão individual – o homem é um ser único e irrepitível, por isso que cada um dos milhões de seres humanos que existem no planeta é diferente. Mesmo com a reprodução artificial das células humanas, uma clonagem, por exemplo, ainda assim haverá caracteres particulares, talvez mais afetos à dimensão espiritual, incapazes de serem repetidos, por mais que até se consiga fazê-los corporeamente. A feição individual ainda merece destaque, por sua importância no que refere ao próprio direito à intimidade e à vida privada de cada pessoa, direito também fundamental, que só excepcionalmente poderá ser posto em causa;
- d) dimensão social – “o homem é um ser social”, afirmou Aristóteles, indicando que é um ser destinado a viver em conjunto com seus pares. O homem solitário, totalmente sem contato com os demais homens, tal como um eremita em uma ilha deserta, acredita-se, em verdade jamais existiu, e se tal ocorresse certamente sua existência seria o mais breve possível, pois sozinho teria raras chances de sobreviver por muito tempo. Na verdade, o destino do ser humano é viver em sociedade. Sendo assim, sua existência como tal, depende da coexistência com os demais, e isso sempre foi um marco da sociedade humana, desde a história antiga e até mesmo na própria pré-história. Da dimensão social da pessoa também surgem importantes qualidades que devem ser reconhecidas pelo Direito, tais como a igualdade, a atividade política e o respeito às demais pessoas, sendo este último tido como importante vetor para a existência de um ordenamento jurídico, como instrumento possibilitador da própria vida em sociedade, entre outras questões.

Ousando discordar do argentino Paolinelli³⁰, no particular em que este reputa absolutamente equilibradas e harmônicas todas as dimensões que caracterizam a pessoa humana, posto que, tem-se que há destaque para a dimensão espiritual, na qual reside um dos principais caracteres definidores e também diferenciadores do ser humano em relação aos

³⁰ PAOLINELLI, Jorge et al. *El hombre y el derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998, p.15-27. (tradução nossa).

demais seres e animais, tal como o faz, entre outros, o peruano Sessarego³¹, que também defende a primazia do espírito.

Destacadas tais inferências, cumpre aduzir que o espírito representa um dos principais caracteres do ser humano, tal como pontuou Sessarego, contudo, ainda assim também não se concorda plenamente com o mesmo, considerando que o filósofo Martin Heidegger demonstrou, num sentido existencialista (tema versado no final do capítulo), que o homem está muito além de ser apenas um animal racional ou um animal ao qual se soma a razão. Outrossim, está além de se tratar de um ser dotado de razão ao qual se soma o espírito ou a alma, pois tais assertivas não são mais do que tentativas de inserir uma sensibilidade junto à racionalidade, sempre predominando a primeira, verdades que são reveladas pelo filósofo Ernildo Stein, *in verbis*:

[...] introduzir conceitos, como espírito, intelecto, alma, consciência, eram esforços para criar lugares para onde levar a sensibilidade ou de onde pensá-la em sua condição de possibilidade. Entretanto, juntar a racionalidade à animalidade era, no fundo, apenas um expediente e não uma solução. Quando Nietzsche afirma que “o homem é um animal ainda não constatado”, ele se opõe diretamente à tradição que afirma “o homem é um animal racional”. Para Nietzsche, tanto a sensibilidade, como a inteligibilidade, em sua forma da animalidade e racionalidade, apresentavam problemas insolúveis.³²

Nesse sentido é que Heidegger esboça a sua novel compreensão sobre o ser humano, aludindo que

Heidegger, ao recorrer a Nietzsche, tenta mostrar que a afirmação de Nietzsche tem que ser compreendida, ao menos negativamente, como a introdução de uma posição que situa a essência do ser humano, no movimento de o homem atual dever ser levado para além de si mesmo...O ser humano é remetido para uma esfera em que sua definição não resulta da junção entre animal e racional. Dessa forma, ele fica na indefinição sobre si mesmo, isto é, ele se torna um ser que não pode ser definido como os outros entes. No modo de ser, humano, há uma forma de ser-no-mundo, mesmo biológica e psiquicamente, que não se reduz a esses dois aspectos e, contudo, os abrange numa nova radicalidade³³.

Com essas afirmações, Heidegger afirma que o ser humano, “desde sempre já é um além de si”, onde lhe é introduzida “uma transcendência ligada à existência”, e tal transcendência se

³¹ Destaca Fernandez Sessarego que “[...] la libertad es el centro espiritual del hombre. El ser humano es una síntesis de alma y cuerpo, consituada y sustentada por el espíritu.” SESSAREGO, Fernandez Carlos. Apuntes sobre el dano a la persona. In: BORDA, Guillermo Antônio (Director). *La persona humana*. Buenos Aires: La Ley, 2001. p. 321.

³² STEIN, Ernildo. *Pensar é pensar a diferença*: filosofia e conhecimento empírico. Ijuí: Ed. Unijuí, 2002. p. 33-34.

³³ STEIN, *Pensar é pensar a diferença*: filosofia e conhecimento empírico, p. 36.

liga à sua “condição formadora de mundo”³⁴, circunstância que é adequadamente esclarecida por Silva Filho, *in verbis*:

[...] o homem é um ente cujo modo de ser é o de guiar-se a partir da compreensão que possui dos demais entes e de si mesmo. É um ente que pressupõe compreensão existencial, que por ele não é escolhida, pois para que possa escolher algo, já tem de possuir uma *compreensão prévia*. Esta lhe é dada a partir do seu contexto histórico e cultural [...] (grifos nossos)³⁵.

Com tudo isso, resta concluir que o ser humano já vem ao mundo com verdadeiro conteúdo existencial, que ao nascer não está como uma tábula rasa³⁶, mas que suas propriedades genéticas já lhe trazem conhecimentos intrínsecos, por isso que Stein aludiu que, “[...] a vida humana é mais do que a soma dos elementos genéticos que lhe servem de vetor [...]”³⁷.

Feitas essas considerações, ainda reputa imprescindível declinar-se, sob pena de incompletude, o pensamento de Arendt³⁸ sobre a pessoa humana, cuja contribuição detém relevantes observações. Com efeito, a autora trabalha com o conceito por ela denominado “condição humana”, que possuiria três importantes vieses, a saber, o labor, o trabalho e a ação, que em conjunto representam a sua vida ativa, conceito também desenvolvido pela autora, correspondendo às condições mediante as quais a vida foi dada ao homem na Terra, Dessa forma, Arendt afirma que “os homens são seres condicionados” e como tal

a condição humana compreende algo mais que as condições nas quais a vida foi dada ao homem. Os homens são seres condicionados: tudo aquilo com o qual eles entram em contato torna-se imediatamente uma condição de sua existência. Além das condições nas quais a vida é dada ao homem na terra e, até certo ponto, a partir delas, os homens constantemente criam as suas próprias condições que, a despeito de sua variabilidade e sua origem humana, possuem a mesma força condicionante das coisas naturais. O que quer que toque a vida humana assume imediatamente o caráter de condição da existência humana. O impacto da realidade do mundo sobre a existência humana é sentido e recebido como força condicionante. A objetividade do mundo – o seu caráter de coisa ou objeto – e a condição humana complementam-se; por ser uma existência condicionada, a existência humana seria impossível sem as coisas, e estas

³⁴ Idem, p. 36.

³⁵ SILVA FILHO, *Pessoa humana e a boa-fé objetiva nas relações contratuais*: a alteridade que emerge da ipseidade, p. 119.

³⁶ Quando aqui se alude à questão da tabula rasa refere-se à temática da *pré-compreensão*, no sentido de que o ser humano - ao ingressar no mundo, não o faz simplesmente desprovido de qualquer conhecimento, mas é dotado de conhecimentos prévios, sendo que tais perfazem o seu *pré-compreender*, tema que é deveras importante para a compreensão da pessoa humana, mas que não será aprofundado neste trabalho - considerando acreditar-se ser um viés mais atinente à própria hermenêutica jurídica do que para a temática ora abordada.

³⁷ STEIN, Ernildo. *Exercícios de fenomenologia*: limites de um paradigma. Ijuí: Unijuí, 2004. p. 183.

³⁸ ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 10.ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

ARENDR, Hannak. *A vida do espírito: pensar*. Tradução de João C. S. Duarte, Lisboa: Instituto Piaget, 1978. v. 1.

seriam um amontoado de artigos incoerentes, um não-mundo [...] ³⁹.

A respeito das condições básicas já citadas, ou propriamente as atividades da denominada vida ativa⁴⁰, ou seja, o labor, que corresponde ao processo biológico do corpo humano, seu crescimento e declínio enquanto caracteres vitais é a própria vida. Quanto ao trabalho, esta é a atividade correspondente ao artificialismo da vida humana, pois o trabalho produz um mundo artificial de coisas, diferente de qualquer ambiente natural, e destinado a proporcionar a nossa sobrevivência, é o que se denomina mundanidade. E, por fim, tem-se a ação, que é a única atividade exercida diretamente entre os homens, sem a mediação das coisas ou da matéria, é a condição de pluralidade, no sentido de que os homens vivem juntos e assim habitam o mundo⁴¹.

Prossegue Arendt, esclarecendo no sentido de que não se deve confundir a condição humana com a própria natureza humana, pois são conceitos realmente diversos, a saber:

[...] a condição humana não é o mesmo que a natureza humana, é a soma total das atividades e capacidades humanas que correspondem à *condição humana*, não constitui algo que se assemelhe à *natureza humana*. Pois nem aquelas que discutimos neste livro nem as que deixamos de mencionar, como o pensamento e a razão constituem características essenciais da existência humana no sentido de que, sem elas, essa existência deixaria de ser humana⁴². (grifo nosso).

Do pensamento acima declinado, pode-se perceber que a autora acredita na existência de condições humanas, e não propriamente que a pessoa humana teria uma natureza ou essência, até porque destaca em que pese aduzir que o homem tenha a possibilidade de conhecer e definir a essência natural de todas as coisas que o rodeia e, também, as demais que ele não é, idêntico conhecimento, dificilmente conseguirá efetuar consigo mesmo, sendo que, para justificar seu entendimento.

Nesse sentido, vale-se da noção esposada por Santo Agostinho e comentada por Arendt com a qual parece não discordar, mormente quando cita, *verbum ad verbum*:

³⁹ ARENDT, Hannah. *A condição humana*, p. 17.

⁴⁰ Ao lado desse conceito de *vida ativa*, Arendt também destaca a importância da vida contemplativa, que representava a vida do filósofo: “[...] pessoa que dedicava a vida à investigação e à contemplação das coisas eternas [...]” e, portanto, essa atividade era sempre superior às demais. Idem, p. 21.

⁴¹ ARENDT, Hannah. *A condição humana*, p. 15.

⁴² Idem, p. 18.

Agostinho, geralmente considerado como o primeiro a levantar a chamada questão antropológica na filosofia, sabia disto muito bem. Estabelece uma diferença entre as perguntas “Quem sou ? e O que sou ?”: a primeira é feita pelo homem a si próprio (E dirigi-me a mim mesmo e disse-me: Tu, quem és tu ? E respondi: Um homem – Confessiones x.6), e a segunda é dirigida a Deus (“O que sou então, meu Deus ? Qual é a minha natureza ? – x.17) Pois no “grande mistério” que é o homem, há algo do homem que o próprio *espírito* do homem que nele está não sabe. Em resumo, a resposta à pergunta “Quem sou ?” é simplesmente: és um homem – seja isso o que for; e a resposta à pergunta “O que sou ?” só pode ser dada por Deus que fez o homem. A questão da natureza do homem é tanto uma questão teológica quanto a questão da natureza de Deus; ambas só podem ser resolvidas dentro da estrutura de uma resposta divinamente revelada⁴³.

Arendt também refere que as tentativas de definir a natureza humana levam quase invariavelmente à construção de alguma “deidade”, isto é, na busca da resposta na crença ou no próprio Deus, como ao Deus dos filósofos que, desde Platão, não passa de uma idéia platônica do homem, o que importaria numa resposta insuficiente. Ademais, *ARENDT* prossegue referindo que as próprias “condições da natureza humana”, questão para a qual a autora mais se dedica, é representada por fatos tais como a própria vida, a natalidade e a mortalidade, as quais não têm a possibilidade de explicar a pergunta sobre o que é o homem, porque esses condicionamentos nunca o são de um modo completo ou absoluto. Nesse particular, a autora parece ter posição correta, dado a que nem essas condições e nem o apego ao divino ou às mais variadas crenças nos revelam a verdade sobre a pessoa humana.

Todavia, apenas quanto a isso, discordam-se da eminente autora, ao reputar-se que maior exatidão sobre tais questões é apresentada por Heidegger⁴⁴, considerações as quais já restaram anteriormente declinadas.

Desta feita, uma vez destacadas as formulações de alguns importantes pensadores, não é difícil verificar-se a dificuldade encontrada para a uma correta caracterização da pessoa humana, dado à sua própria complexidade e abrangência, o que se crê, continuará sendo um dos grandes desafios da filosofia, caso não se trate de uma eterna busca.

1.2 O Direito e a pessoa humana

A questão da pessoa está indissociavelmente ligada ao Direito, até porque o principal motivo que justifica a criação das normas jurídicas é justamente o de regular e possibilitar a

⁴³ ARENDT, Hannah. *A condição humana*, p. 18-19.

⁴⁴ HEIDEGGER, Martin. *Carta sobre o humanismo*. Tradução de Rubens Eduardo Frias. São Paulo: Centauro, 2005.

coexistência harmônica dos seres humanos em sociedade. Por outro lado, as relações entre o Direito e a pessoa também são intrínsecas porque, o que consubstancia a pessoa é a sua própria dignidade enquanto valor primordial do ser humano, sendo que tais valores são ou deveriam ser o principal desiderato da tutela jurídica, inclusive para antes do próprio estabelecimento do Estado de Direito.

De acordo com Hattenhauer⁴⁵, “a aparição de outro homem provoca o descobrimento dos deveres e direitos entre os homens, a necessidade de se assegurar a paz entre os membros da sociedade humana, faz surgir o Direito”

Nessa senda e objetivando situar o próprio conceito de pessoa, pode-se dizer que em primeiro lugar, foi considerada pessoa todo aquele ser que recebeu o dom divino da razão, sendo o que alude o referido autor, afirmando que “na Bíblia, há a convicção de que o homem, à diferença dos animais, se viu tangido pela benção divina, a razão, que como concessão desse Ser superior configurou o homem”.⁴⁶

Ainda referiu Hattenhauer⁴⁷, que perdurou por muito tempo a assertiva de que a razão era o único critério absoluto capaz de diferenciar o homem dos animais, caracterizando, portanto, a sua superioridade sobre os demais seres. Contudo, Kant⁴⁸ desenvolveu uma coerente evolução sobre a pessoa, ao aduzir que, além da razão, o homem também detém a sua autonomia moral, no sentido de que ele é o único ser responsável por sua própria conduta e, destarte, cujos atos podem ser a ele mesmo imputados e, mormente porque esse mesmo homem só estaria submetido as leis que ele próprio havia aceitado, dado à sua plena autonomia, para o que erigiu o valor liberdade como o principal critério caracterizador da pessoa.

Partindo da noção criada por Kant, de responsabilidade e autonomia do homem, este deixou de ser pessoa e passou a ser um simples sujeito, o que ocorreu porque os pensadores do século XVIII se questionavam sobre qual seria a contribuição da pessoa para o Direito (isso porque, naquela época, a Ordem Jurídica era considerada mais importante do que a pessoa individualmente considerada), mormente de um ponto de vista funcional, fato pelo qual se afirmou a criação do *sujeito de direito*, conceito que indicava a capacidade do homem para ser

⁴⁵ HATTENHAUER, Hans. *Conceptos fundamentales del derecho civil: introducción histórico-dogmática*. Barcelona: Ariel, 1987, p. 18, referindo que: “La aparición de otro hombre provoca el descubrimiento de los deberes y derechos entre los hombres...La necesidad de asegurar la paz entre los miembros de la sociedad humana, hace surgir el Derecho [...]”. (tradução nossa).

⁴⁶ Idem, p. 15, onde refere que: “en la Biblia, en la convicción de que al hombre, a diferencia de los animales, se le había insuflado el aliento divino [...]. La razón, como concesión divina, configuró al hombre [...]” (tradução nossa).

⁴⁷ Idem, p. 18-19.

⁴⁸ KANT, *Fundamentação da metafísica dos costumes*, p. 34.

portador de direitos e deveres, e que fez com que a pessoa passasse a ser restringida e equiparada ao dito “sujeito”, onde foi encontrada a verdadeira definição do seu papel perante o Direito, orientação que era muito mais adequada para a Ordem Jurídica então vigente. Com efeito, essa foi a formulação de Savigny, jurista da Escola Histórica, que no século seguinte estabeleceu a noção do sujeito de direito como o principal norte da ciência jurídica, relegando o homem a um segundo plano perante a mesma, outorgando toda a relevância à visão meramente operacional do ser humano⁴⁹.

Outra importante perspectiva na qual a pessoa humana também pode ser analisada é o viés patrimonialista, até porque, nessa órbita, a esfera jurídica também muito se deteve, mormente porque o Direito Clássico sempre se caracterizou pela ênfase à tutela patrimonial, como recorrentemente o fez, inclusive, em detrimento até da própria tutela do ser humano. Tal assertiva pode ser encontrada em obras como a de John Locke⁵⁰, onde o conhecido autor contratualista faz a sua mais importante contribuição para o Direito, vale dizer, no direito de propriedade, posto que este, entre outras coisas, chega a afirmar que a principal finalidade de um governo é a proteção da propriedade particular.

Dito isso, consoante se verificará, o direito contemporâneo está demonstrando a insuficiência da categoria do sujeito de direito – como visão operacional da pessoa – a qual se mostra totalmente insuficiente para acompanhar a complexidade da atual sociedade de massas, onde as diferenças entre as pessoas devem ser respeitadas, sendo que, para tal, se faz mister transformar um conceito que, ao colocar todos os “sujeitos” em patamar de igualdade formal, comete graves injustiças aos cidadãos, os quais são inevitavelmente diferentes entre si.

A situação de desprestígio da pessoa humana também se repete toda vez que se atribuir maior valor ao patrimônio do que à própria pessoa em si, vale dizer, na visão patrimonialista do ser humano, a qual, consoante se demonstrará, é mesmo equivocada, até porque, através do valor econômico e financeiro que os objetos e bens possam deter, eles sempre restam desprovidos de qualquer sentido, valoração ou finalidade, uma vez distanciados da pessoa

⁴⁹ HATTENHAUER, Hans. *Conceptos fundamentales Del Derecho Civil*: introducción histórico-dogmática, p. 19 - 20. Para além de Hattenhauer, também se pode verificar importantes apontamentos sobre o sujeito de direito e a relação jurídica no pensamento de CARVALHO, Orlando de. *A teoria geral da relação jurídica: seu sentido e limites*. 2. ed. Coimbra: Centelha, 1981, e mais contemporaneamente em TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. Da mesma forma em FACHIN, Luiz Edson. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

⁵⁰ LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. Tradução de Júlio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 2001. Além do próprio Locke, também em BOBBIO, Norberto. *Locke e o direito natural*. Tradução de Sérgio Bath. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997. BARCELLONA, Pietro, *El individualismo propietario*. Traducción de Jesús Ernesto García Rodríguez. Madrid: Editorial Trotta, 1996. FACHIN, *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*, 2001, também apresenta fértil desenvolvimento sobre a pessoa humana e suas conexões com o direito patrimonial, contudo, nesses últimos autores já se cura de uma análise relativa aos tempos atuais.

humana, enquanto que esta, ao contrário, possui valor por si só⁵¹, destarte, realmente não há como se concluir ou mesmo até admitir o contrário, sob pena de incorrer-se em equívoco tão imenso que só poderia ser fruto de um materialismo sem precedentes, além de um completo desconhecimento da própria *condição humana*⁵².

1.2.1 O paradigma operacional da pessoa humana: o sujeito de direito

Foi a partir da noção Kantiana sobre a pessoa, no sentido de que pessoa é todo aquele ser dotado de autonomia e responsabilidade, que o citado autor desenvolveu uma coerente evolução sobre o ser humano, ao aduzir que, para além da própria razão, o homem também é detentor do que denominou de autonomia moral, critério que seria o mais importante justificador do conceito de pessoa, no sentido de que o homem é o único ser verdadeiramente responsável por sua própria conduta, e, desse modo, seria também a única criatura cujos atos podem a ela mesma ser imputados, e ainda porque, igualmente resultava dessa autonomia, que a pessoa só estaria submetida às leis que ela própria havia aceitado, consoante seus critérios individuais de razão e de moralidade, sendo que, para isso, erigiu a liberdade como o verdadeiro fundamento caracterizador da pessoa, além de equivaler à sua própria *dignidade*. Tanto era assim que, naquela época, em meio à Revolução Francesa, o valor liberdade chegou a ser equiparado à própria dignidade humana, motivo pelo qual se cunhou o tradicional brocardo, “tudo que é contratual é justo”, o que visava destacar a importância da liberdade de contratar.

Os primeiros fundamentos a serem afirmados como os reais caracterizadores da pessoa foram a razão e a autonomia moral, sendo a razão, a própria capacidade de pensar e de refletir, enquanto razão pura, da qual também se seguia a faculdade de optar entre uma ou outra conduta, a denominada razão prática ou autonomia moral, como consectário da liberdade, no sentido da responsabilidade pessoal e individual sobre as ações livres e independentes da pessoa humana, o que fatalmente nos leva à idéia de um ser humano totalmente livre e individualmente responsável, destarte, um legítimo portador de direitos e deveres⁵³.

Nesse sentido, e para a melhor compreensão daquilo que se deseja destacar sobre esse tema, colaciona-se mais elementos sobre a razão, agora de Comte-Sponville, que traz as

⁵¹ KANT, *Fundamentação da metafísica dos costumes*, 2005.

⁵² A propósito, trabalha-se com a expressão *condição humana* ao invés da noção mais difundida, que é a de *natureza humana*, por adotar-se o entendimento de ARENDT, *A condição humana*, 2005, consoante já verificado.

⁵³ KANT, *Fundamentação da metafísica dos costumes*, 2005.

seguintes ponderações:

[...] a razão é o poder de pensar no homem, de acordo com as leis imanes do pensamento. A razão é impessoal, universal, objetiva. Nenhum átomo jamais violou a mais ínfima das suas leis, e tampouco nenhum homem: o real é racional; o racional é real. Pelo menos é o que pensam os racionalistas. Distingue-se...a partir de Kant, a razão prática, a que comanda, da razão teórica, a que conhece [...] ⁵⁴.

Cumprir reforçar que foi no viés da autonomia moral que se encontrou, naquela época, a definição do papel do homem perante o Direito, onde este deixou de ser uma pessoa, para passar a ser um simples sujeito, expressão, aliás, preferida por Kant para designar o homem, *in casu*, um homem apenas considerado enquanto ser portador de direitos e obrigações, o que efetivamente aconteceu, porque os pensadores da época, que viam no próprio Estado o principal horizonte do Direito, perguntou-se sobre qual seria a contribuição da pessoa para o Estado e para o Direito, de um ponto de vista funcional, sendo que, ao perceberem que essa contribuição só poderia advir de um conceito criado e não de um conceito natural como o de pessoa, afirmou-se assim, a criação do conceito de sujeito de direito, o qual indicava a capacidade do homem para ser um agente portador de direitos e deveres, representação na qual a pessoa humana passou a ser restringida e equiparada ao próprio sujeito (o qual não passava de uma mera idealização), formulação que era muito mais conveniente e apropriada para o Direito daquela época, considerando que a Ordem Jurídica de outrora era tida como mais importante do que a própria pessoa individualmente considerada, até porque o Direito, em sua existência envolvia pelo menos duas pessoas, necessidade que era imposta pelo próprio conceito de relação jurídica, que também era fundamental para a época vigente.

Essa foi a percepção de Savigny, jurista da denominada Escola Histórica, que teve no conceito de sujeito de direito, o horizonte da ciência jurídica do século XIX, motivo pelo qual, tal como ocorreu na noção Kantiana e verdadeiramente fundado no pensamento do mesmo, o homem foi, da mesma forma, relegado a um segundo plano perante a Ordem Jurídica, devido ao equívoco então perpetrado, no sentido de ter-se outorgado toda a relevância a visão meramente operacional do ser humano, o que se deu em detrimento da pessoa enquanto verdadeiro artífice e principal desiderato da tutela jurídica ⁵⁵.

Assim, diante do império do Direito e do próprio Estado, tinha-se no sujeito de direito e

⁵⁴ COMTE-SPONVILLE, *Dicionário filosófico*, p. 501.

⁵⁵ HATTENHAUER, *Conceptos fundamentales del derecho civil: introducción histórico-dogmática*, p. 19-20.

na própria relação jurídica o ponto de partida de toda e qualquer manifestação jurídica (até porque esse só se manifesta quando há o relacionamento interpessoal), motivo da então primazia do conceito operacional da pessoa, relegada à condição de sujeito de direito de uma relação jurídica, conceitos que eram os verdadeiros elementos propulsores de toda a formulação jurídica da época.

Com base na leitura dada à relação jurídica, teve-se a pessoa do homem rebaixada ao mero nível das coisas e dos fatos, enquanto simples e idênticos elementos de uma relação jurídica, em uma total abstração, do que deflui um grave equívoco de não difícil percepção, posto que equiparar-se o ser humano a um objeto inanimado revela-se num absurdo, mormente para os tempos atuais. Essa construção, (evidentemente anti-natural ou real), tornou-se inclusive mais grave do que a princípio poderia parecer, isso porque, sendo alocada na parte geral do Direito, do Código Civil, foi o suporte de todos os demais seguimentos especiais da ciência jurídica, tais como o direito das obrigações, o direito de família, etc., contagiando todos esses institutos com o seu errôneo modelo, o que gerou as distorções e os ferimentos aos direitos da pessoa humana que até hoje se verificam.

Assim foi observada a relação jurídica, na visão de Carvalho, *ad litteram*:

[...] nessa relação jurídica, abstractamente pensada, o homem é um elemento ao lado de outros elementos – do objeto, do facto jurídico, da garantia -, nem sequer possuindo, na qualidade de sujeito, qualquer específica posição de privilégio (pois condive esse estatuto com outros sujeitos de direito); que não nos deve surpreender, enfim, essa formalização das relações ou esta desumanização do homem, porque o Direito (direito objetivo) se oferece como um (direito subjectivo), sendo ele que funciona como o distribuidor desses direitos e até da capacidade ou da personalidade que os ostenta – eis, em suma, um feixe de princípios que a maior parte da civilística deste século se dispôs convictamente a receber, fosse qual fosse a sua particular ideologia ou mesmo a sua reacção ante os problemas metodológicos⁵⁶.

Prosegue o mesmo autor, destacando que tudo isso se desenvolveu mediante a importância que supostamente teria um sistema jurídico neutro, fruto da neutralidade de uma pessoa abstrata, nos moldes da neutralidade da ciência, que era reputada superior às disciplinas humanas devido a esse mesmo carácter, onde os pandectistas alemães, que viam no Direito um mero sistema de conceitos, absorveram noções como a de Ihering, dos corpos simples da química, *in verbis*:

⁵⁶ CARVALHO, Orlando. *A teoria geral da relação jurídica: seu sentido e limites*, p. 48.

[...] o sistema das Pandectas opõe um estilo teórico retraído, neutral, um estilo manualístico e desprovido de paixão, como se o direito não fosse de homens e para homens. No centro do Direito já não está a personagem humana, ainda que nos termos abstractos do jusnaturalismo racionalista; estão conceitos cada vez mais tênues ou fluidos, ou, como dizia Ihering, antes da sua conversão, os ‘corpos jurídicos’ mais sublimados ou mais simples. No campo do direito civil, um desses ‘corpos’ mais simples foi o conceito de relação jurídica⁵⁷.

Crê-se que nesse ponto, na neutralidade da ciência, possivelmente reside o maior equívoco perpetrado pelos pensadores da época (e até mesmo por alguns da atualidade), considerando que esse verdadeiro mito da neutralidade e por causa dele, da também superioridade da ciência e do próprio pensamento cartesiano, que consiste na busca de uma visão científica sobre todos os assuntos a serem conhecidos, na concepção de que somente tal análise seria exata, perfeita e validamente comprovada, a qual foi a nossa herança, que deve ser severamente questionada, porque uma verdade científica nem sempre será superior a uma visão humanista crítica, reflexiva e multidisciplinar, consoante erroneamente se imaginara.

Assim de fato é, em primeiro lugar, porque dita neutralidade científica sequer existe⁵⁸, pois ao contrário do que reputavam os seus artífices, não estão eles fora do mundo a analisá-lo, mas sim dentro do próprio universo o qual analisam e, portanto, também fazem parte, sendo simultaneamente observadores e observados, tal como identicamente acontece com as demais esferas do conhecimento. E, além disso, essa concepção é deveras equivocada (já que tal certeza ou exatidão na maioria das vezes não se verifica), porque a tradicional e intocável verdade da ciência contemporaneamente vem sendo posta em causa, até porque nem sempre infalível⁵⁹, bem como porque, muitas vezes, labora a favor, mas também labora contra a própria humanidade, motivo pelo qual um conhecimento não pode sufocar o outro, como se permitiu, motivo pelo qual se acredita que toda vez que o conhecimento científico vier a sufocar o humanista, incorrer-se-á numa esfera potencialmente danosa a pessoa humana⁶⁰, além do que o conhecimento, para restar mais próximo da verdade, somente poderá ser alcançado unindo-se ciência e razão, num pensamento dialético e complexo, em busca da razão crítica, único meio de verdadeiramente se promover a pessoa humana em sociedade.

Destarte, foi assim que a pessoa humana restou definitivamente reduzida a uma conceituação abstrata, a um mero instrumento de técnica legislativa submetido à condição de

⁵⁷ CARVALHO, *A teoria geral da relação jurídica: seu sentido e limites*, p. 48.

⁵⁸ CARVALHO, *op. cit.*, p. 14.

⁵⁹ Fato que já restou comprovado, entre outros, pelo próprio Albert Einstein em sua reconhecida Teoria da Relatividade.

⁶⁰ Até porque a ciência necessita ter seus limites estabelecidos justamente pelos direitos da pessoa humana e a sua própria dignidade.

simples sujeito de direito, restando igualmente limitado a um elemento partícipe da relação jurídica, tal como igualmente se situam o objeto e o fato, consoante já excelentemente demonstrado por Carvalho.⁶¹

Já entre nós, também comentou Tepedino sobre o sujeito de direito e a própria relação jurídica dele decorrente, cujo magistério assim refere:

a pessoa humana, portanto, e não mais o sujeito de direito neutro, anônimo e titular de patrimônio, qualificada na concreta relação jurídica em que se insere, de acordo com o valor social de sua atividade, e protegida pelo ordenamento segundo o grau de vulnerabilidade que apresenta, torna-se a categoria central do direito privado⁶².

Da mesma forma, o tema do sujeito de direito foi igualmente versado por Sarmento, *in verbis*:

este indivíduo, então identificado com pelo Código Civil, não era um ser concreto, portador de necessidades materiais específicas, mas uma abstração conceitual, um sujeito de direito em hipotética paridade com outros sujeitos de direito presentes no mercado e na sociedade civil. A ordem jurídica cerrava seus olhos para a desigualdade de fato que dominava o espaço privado, e com sua aparente neutralidade, chancelava a opressão⁶³.

Com idêntico destaque, o afastamento do homem concreto do cenário jurídico e a sua substituição pelo sujeito de direito foi igualmente percebida por Fachin, ao aduzir que:

rechaça-se, desse modo, o conceito de comunidade de valores, importando tão-só a forma jurídica – afastando o homem concreto das preocupações do Direito – que confere a ordem e a estabilidade à sociedade atomizada. É somente a *abstração*, afastando-se da individualidade empírica – um a priori a essa individualidade e a universalidade geral. Essa abstração constitui a categoria do sujeito de direito⁶⁴.

No mesmo sentido, Fachin também adverte que se deve buscar a transformação de alguns paradigmas, rejeitando as definições sempre exatas e pretensamente verdadeiras. Tal acomete com o sujeito de direito, que é uma das categorias fundantes do direito privado, análise pelo autor assim descrita:

⁶¹ CARVALHO, *A teoria geral da relação jurídica: seu sentido e limites*, 1981.

⁶² TEPEDINO, *Temas de direito civil*, p. 342.

⁶³ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 91.

⁶⁴ FACHIN, *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*, p. 55.

o sujeito de direito é fundante à medida que esse conceito é construído qualificando-se pessoas que ingressam nessa categoria, sendo toda qualificação, por si mesma, excludente. Isso remete à distinção corriqueira que se faz entre o conteúdo e o continente, ou entre a fotografia e a moldura. O sistema, enquanto continente ou moldura, enquadra pessoas, relações e coisas. Isso integra a porosidade do jurídico a reconstrução contínua de conceitos e definições. Há coisas que estão fora da moldura, e há também relações que estão excluídas desse quadro. A realidade fática, porém, constrói sociedades à margem dessa dimensão que o sistema fixa para dar dignidade jurídica. É a idéia singela segundo a qual fatos se tornam jurídicos a partir de uma luz de juridicidade que recai sobre eles, o que leva à formulação de *que nem todo fato é jurídico e nem toda pessoa é, a rigor, sujeito de direito*⁶⁵. (grifos nossos).

Com tais inferências, pode-se verificar o grave aspecto excludente da categoria do sujeito de direito, mediante a noção de que somente são válidos os fatos que o direito, quase aleatoriamente, resolver abençoar e reputar como suficientemente importantes a ponto de merecer enquadramento em uma norma jurídica, em detrimento de outros fatos que simplesmente podem restar alijados da esfera do direito, como se nenhuma importância tivessem⁶⁶, metodologia que certamente criara inúmeras lacunas de difícil suprimento jurídico, além de fatalmente causar severas injustiças.

Destacados tais apontamentos, pode-se inferir que os citados autores ressaltam a necessidade de se abandonar a categoria do sujeito de direito, ou melhor, de se abandonar a visão operacional da pessoa, porque tal verdadeiramente mitiga a importância do ser humano perante a ciência jurídica⁶⁷, fato que se torna ainda mais grave na atual complexidade de uma sociedade de massas, onde as inúmeras diferenças entre as pessoas devem ser respeitadas, mormente quanto aos mais desiguais, ao invés de igualar a todos identicamente (como só acontecer com o sujeito de direito), deixando de proporcionalmente equipará-los, na medida de suas desigualdades, único meio eficiente para se garantir a dignidade pessoal de cada cidadão, sendo que, para isso, se faz mister transformar um conceito que, ao colocar todos os “sujeitos” em patamar de igualdade apenas formal, inevitavelmente causará graves injustiças, o que não se pode admitir em uma sociedade que se pretende democrática e igualitária.

⁶⁵ FACHIN, Luiz Edson, *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p.174-177.

⁶⁶ O que ora se destaca dado à gravidade dessa compreensão, mormente para os tempos atuais, onde a sociedade de massas, com sua complexidade, fruto da própria globalização e da internet, a todo instante cria novas realidades e fatos a serem analisados, os quais apesar de realmente poderem ser muito importantes, correm o severo risco de simplesmente restarem fora dessa “moldura jurídica”.

⁶⁷ Considerando que a pessoa humana excede em muito o mero conceito de sujeito de direito, fato ao qual igualmente se obtempera que o sujeito de direito somente poderia ser equiparado à pessoa jurídica, posto que ambas são categorias abstratas e meramente criadas pelo direito como conceitos operacionais, motivo pelo qual não se pode nivelar a pessoa humana com a pessoa jurídica, o que por certo também não pode ser feito com o sujeito de direito.

1.2.2 O paradigma patrimonialista da pessoa humana: o individualismo proprietário.

Outra importante perspectiva na qual a pessoa humana será analisada é o seu viés patrimonialista, noção que é realmente primordial, por ser justamente o paradigma onde o próprio Ordenamento Jurídico Clássico sempre se embasou, outorgando toda a ênfase aos direitos patrimoniais da pessoa, em detrimento da própria pessoa em si mesmo considerada.

Nesse passo, esse trabalho será iniciado pelo aspecto histórico, partindo-se dos estudos encontrados nas obras de John Locke⁶⁸, onde o conhecido contratualista faz a sua mais importante contribuição para o Direito, que se deu notadamente no direito de propriedade, onde o citado autor afirma que a principal finalidade de um governo é a proteção da propriedade particular do cidadão.

O ponto de partida dessa investigação, seguindo o raciocínio de Locke, é o do Direito Natural, que representava o fundamento de toda a sua teoria. Assim sendo, o citado filósofo escreveu o texto “Oito ensaios sobre o direito natural”⁶⁹, no qual basicamente propugnava comprovar a existência de uma Lei Natural e a sua obrigatoriedade para todos os homens. No que diz da própria existência da Lei natural, Locke apresenta cinco argumentos para demonstrar a sua existência, sendo que, em primeiro lugar, para existir um direito, esse deveria estar presente em todos os lugares tal como nos moldes Aristotélicos; a busca ao fundamento em nossa própria consciência; o critério cosmológico, onde se a própria natureza é regida por leis, o homem também deve sê-lo; o argumento jurídico onde não pode haver sociedade humana sem a instituição de um poder e o cumprimento dos pactos, o que se resume na necessidade da existência de uma norma superior como fundamento de validade das demais; e finalmente, pelo argumento ético, de que se não fosse a Lei natural o homem se guiaria apenas por critérios meramente utilitários⁷⁰.

Dito isso, em que pese a fragilidade de alguns dos argumentos acima, o que realmente importa nesse momento, é que Locke efetivamente acreditava na existência da Lei Natural e na existência de um Deus divino e superior.

⁶⁸ LOCKE, *Dois tratados sobre o governo*, 2001.

⁶⁹ Obra escrita em entre 1660 e 1664, a qual somente foi publicada em 1954, consoante anota BOBBIO, *Locke e o direito natural*, p. 109.

⁷⁰ BOBBIO, *Locke e o direito natural*, p. 111-114.

Desse modo, para Locke, o direito natural era o próprio fundamento do direito de propriedade, observação que é destacada pelo Prof. José Carlos Moreira da Silva Filho, ao bem explicitar a questão:

[...] Locke retorna até o momento em que Deus concede a Adão a propriedade das terras, frutos e animais. Contudo, se todos os homens são descendentes de Adão, isso não explica como se originou a propriedade privada. A explicação que Locke dá impõe mais um passo atrás: afinal, qual o fundamento da propriedade de Deus para que ele possa legitimamente transferi-la para os homens? A resposta é: Deus possui direito de propriedade sobre o que ele fez. São direitos de criação. Ora, se isto vale para Deus, vale também para os homens: tudo o que eles criam ou transformam passa, legitimamente, a ser sua propriedade. Deste raciocínio surge o trabalho como fundamento da propriedade individual ⁷¹. (grifo nosso).

E, quanto a referida obrigatoriedade dessa Lei Natural, outro não é o entendimento de Locke, considerando o próprio reconhecimento de sua existência, fato do qual conseqüentemente defluiria a sua obrigatoriedade, consoante literalmente referido por Bobbio, ao analisar o pensamento do citado autor, *verbum ad verbum*: “Diz-se que uma lei existe quando há a obrigação de obedecê-la; uma lei que não obriga não é uma lei. Não há dúvida de que a obrigação, derivada da lei natural, é uma obrigação da consciência e, portanto, autêntica”⁷².

Mas, para além dessa Lei Natural, na teoria de Locke também era fundamental a Lei Civil, que consistia no espelho da própria Lei Natural, enquanto uma reafirmação dessa, mediante a sua verdadeira reprodução, tendo como aliada a existência de um juiz imparcial a fim de assegurar o gozo desses direitos naturais, os quais, na visão de Locke, eram os mais importantes direitos do homem, e que consistiam justamente no direito à liberdade, na igualdade e na propriedade⁷³.

Assim, chega a ser impressionante o extremo valor que Locke atribui ao direito de propriedade, na medida em que outorga a esse imenso elastério conceitual, o que faz ao nele incluir direitos essencialmente estranhos a sua própria ontologia, tais como a liberdade e a própria vida (direitos esses que ora se reputa hierarquicamente superiores), os quais igualmente consistiriam em autênticos direitos de propriedade do homem, sendo o que textualmente referiu: “não é sem razão que o homem procura e almeja unir-se em sociedade com outros para a mútua conservação de suas vidas, liberdades e bens, aos quais atribuo o termo genérico de

⁷¹ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. John Locke Verbete. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2006, p. 543.

⁷² Idem, p. 125.

⁷³ Idem, p. 187.

propriedade”⁷⁴.

No mesmo sentido prossegue o professor Silva Filho, acrescentando que:

[...] no estado de natureza, além de sua independência individual, o homem possui também o poder de punir os que descumprem os preceitos da natureza (entre ele o respeito pela propriedade). Segundo Locke, quem viola as leis da natureza, especialmente o direito de propriedade, perde o direito à própria vida⁷⁵. (grifo nosso).

Ademais, é importante destacar que nem mesmo Thomas Hobbes (igualmente ferrenho defensor do direito de propriedade) chegava à tamanha elevação do *status* desse conceito, consoante o fizera Locke, na medida em que o primeiro pensador reputava que o direito de propriedade era oriundo da instituição do próprio Estado, o que equivale dizer que somente após a criação do mesmo, ou do pacto social que determinava o nascimento do Estado, é que se daria o surgimento do direito de propriedade, o qual, destarte seria não um direito natural, mas sim um direito positivo assegurado pelo Estado, donde se percebe que o direito de propriedade, em Hobbes, seria originário de uma lei civil garantidora do direito de propriedade e não de um direito oriundo da própria essência do homem, como era na concepção Lockeana⁷⁶.

A pertinência dessa observação também é referida por Silva Filho, ao aduzir que: “enquanto Hobbes havia negado a existência do direito de propriedade no estado de natureza (só a lei civil o institui), e Grotius e Pufendorf afirmaram a sua origem contratual (o que não difere muito de fundamentá-lo nas leis do governo civil), Locke empenha-se em defini-lo como um Direito Natural”⁷⁷.

Ademais, muito próximo do pensamento racionalista, Locke também ressalta que todos os homens nascem livres e iguais entre si, de sorte que eventual fracasso pela não conquista do direito de propriedade (que seria fundamental para a preservação da vida humana) era de sua própria responsabilidade, dado à plena autonomia que a pessoa detinha, já que entendia que todo aquele homem que se guiasse pela razão acabaria por se tornar um proprietário e, portanto, uma pessoa diligente e racional⁷⁸.

Destarte, é pertinente ressaltar, que não é aleatória a origem do exacerbado apego que

⁷⁴ LOCKE, *Dois tratados sobre o governo*, p. 495

⁷⁵ SILVA FILHO, *John Locke Verbete*, p. 544-545.

⁷⁶ BOBBIO, *Locke e o direito natural*, p. 189-190.

⁷⁷ SILVA FILHO, *John Locke verbete*, p. 543.

⁷⁸ *Idem*, p. 544.

normalmente se tem aos bens patrimoniais, pois sendo essa a concepção cultural que se tem por herança quanto ao direito de propriedade, e que facilmente pode ser percebida uma vez destacado o arquétipo do homem trabalhador e diligente, na pessoa do proprietário, bem como com a proximidade do direito de propriedade em relação ao direito natural, condições que por si só já denotam a força do referido direito, sendo que, mediante essa formulação, “John Locke estabelece, ao mesmo tempo, os fundamentos das modernas democracias e do individualismo econômico, revelando-se um autor extremamente fecundo para compreender as raízes do pensamento jurídico-político da modernidade”⁷⁹.

De outra banda, e fazendo-se agora uma verdadeira ponte entre o pensamento clássico antes declinado, em direção a uma perspectiva contemporânea do individualismo proprietário, valendo-se dos ensinamentos de Barcellona⁸⁰, que já na introdução de seu trabalho destaca a necessidade de analisar-se, com a máxima profundidade o verdadeiro sentido e o destino do ser humano na sociedade atual, mormente porque a experiência cotidiana tem demonstrado que a sociedade contemporânea vem se apresentando como uma massa amorfa de indivíduos, inserida num sistema alienante que os induz e os limita a tão somente perseguir objetos e bens mediante um valor meramente quantitativo, como se fora esse o objetivo da vida humana, que resta restringido à busca incessante e verdadeiramente insana de se preencher esse profundo vazio existencial, representado pelos bens de consumo, que certamente não passa de um círculo vicioso altamente destrutivo, onde jamais se encontrará a verdadeira satisfação humana⁸¹.

Ademais disso, sabe-se que o ser humano é naturalmente insatisfeito, como ser portador de desejos de toda ordem, mormente na hodierna sociedade de consumo, que efetivamente intensifica os desejos humanos, fato que pode causar boas assim como também más conseqüências, tanto que não se tem maiores dúvidas que é justamente por causa desse desejo e dessa insatisfação que a humanidade conquistou os seus maiores prodígios e invenções, contudo, também, foi por isso que cometeram suas maiores atrocidades, como as próprias guerras mundiais; todavia, se é dado concreto que o homem verdadeiramente assim se comporta, quando resta inserido em idêntico meio, o meio do desejo ilimitado, como é o da citada sociedade de consumo, onde o sujeito proprietário de Locke assume a atual identidade do

⁷⁹ SILVA FILHO, *John Locke verbete*, p. 543.

⁸⁰ BARCELONA, *El individualismo propietario*, 1996.

⁸¹ Nesse sentido, BARCELONA, *El individualismo propietario*, p. 17-20 refere que: “tenemos la impresión...de estar en un punto crucial de la experiencia jurídica moderna y de la misma noción de modernidad, en la cual se han venido radicando y concluyendo los interrogantes más inquietantes sobre el sentido y el destino del individuo...La sociedad actual es una masa amorfa de individuos que persiguen febrilmente una identidad imposible: el mundo de los objetos consumibles gobierna ya sus vidas según una lógica puramente cuantitativa. La exaltación decimonónica del sujeto como centro y motor de la experiencia se ha disuelto en la bulliciosa anomia de las metrópolis de los deseos imposibles [...]”.

sujeito consumidor, floresce ainda mais a busca desenfreada e sem limites desse sujeito, a qual é altamente nociva e destruidora dos mais importantes valores da pessoa humana, porquanto em muito acelera o desejo consumista já presente no íntimo do ser humano, a ponto de fazê-lo ignorar limites materiais e mesmo morais em busca desse afã de sua satisfação individual⁸².

A propósito, não se olvida que isso também ocorresse no tempo do sujeito proprietário, contudo não há dúvidas que, na atualidade, isso se faz sentir com muito mais vigor, fato que é facilmente perceptível na sociedade hodierna, e que faz cada vez mais acirrar o individualismo egoísta entre as pessoas, em detrimento da própria harmonia que valores como a dignidade e a solidariedade poderiam gerar na sociedade atual.

Nesse mesmo sentido, quanto ao sujeito consumidor, Fachin analisa as ponderações de Barcellona, referindo que, na atualidade, *in verbis*:

o *sujeito* se torna o consumidor que, sendo abstrato, acaba por confundir-se com o próprio objeto de consumo, de modo que o *valor de troca* torna-se a categoria geral de interpretação do mundo. Não há mais fundamento último, o *indivíduo* é livre no círculo existencial deixado pelo sistema representando-se por um *sujeito débil* que assume diversos papéis, sendo o de maior relevância o de *consumidor*⁸³. (grifo nosso).

Ainda, prossegue o mesmo autor, acrescentando:

ser sujeito, na lógica moderna, nada mais é que *ser capaz de possuir*, prescindindo-se de relações pessoais de dependência. Ao mesmo tempo em que se aniquila o sujeito, chega-se a um máximo de individualismo. Esse é o retrato do *pensamento débil*, da crise da modernidade, em que se mergulha no niilismo, sem a busca por uma verdade. *O indivíduo não é concebido como valor, mas como pura realidade factual*, e deixa de ser *sujeito de direito unitário* para ser *sujeito-massa*, fragmentado nessa pluralidade de necessidades. *O individualismo moderno é o do consumo*, em que o homem é um apêndice do objeto, por isso só pode ser identificado mediante o consumo desse objeto⁸⁴. (grifo nosso).

Ora, se ser sujeito, na atualidade contemporânea, é mesmo apenas para quem é capaz de possuir, tem-se necessariamente de concluir que algo de muito equivocado está acometendo a sociedade atual, onde se tem milhões de seres humanos que jamais tiveram quaisquer bens materiais, muitos dos quais quiçá terão capacidade de possuí-los, sendo verdadeiros

⁸² Acredita-se que esses desejos insatisfeitos certamente têm levado centenas de pessoas aos divãs dos psiquiatras e analistas, considerando que a depressão é uma das doenças mais presentes no mundo moderno.

⁸³ FACHIN, *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*, p. 54.

⁸⁴ FACHIN, *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*, p. 57-59.

despossuídos materialmente, os quais não são pessoas perante o direito. Ora, é lógico que não, contudo, essa é, sem dúvida alguma, a “[...] concepção clássica do Direito Privado, onde a pessoa humana é valorizada pelo que tem e não por sua dignidade como tal [...]”⁸⁵.

Fato que também fora percebido por Meirelles, ao assim referir:

Não é difícil concluir, portanto, que *a pessoa que o Código Civil descreve* não corresponde àquela que vive, sente e transita pelos nossos dias...O sujeito conceitual *tem bens suficientes* para honrar os compromissos assumidos ou, eventualmente, responder pelos danos causados a outrem. Só apresenta um grave e inarredável defeito: no mais das vezes *não corresponde ao sujeito real*⁸⁶. (grifo nosso).

Assim, ao abrir-se melhor os próprios olhos, não é difícil perceber que a pessoa humana, por derradeiro, não deve ser valorizada pelo seu patrimônio ou capacidade de consumo, posto que tais atributos são fúteis e até alienantes, o que especialmente acontece na sistemática da atual sociedade de consumo e de massas, além de que, na essência, não levam o homem a lugar algum, mormente quando consideradas o objeto de nossa própria satisfação ou felicidade, que somente poderão ser necessárias uma vez postas em seu devido patamar, vale dizer, como meios de satisfação das necessidades humanas ao invés de erroneamente convertidas como os objetos de nossa própria realização.

Com efeito, é essa priorização do ter e do ser capaz de possuir, paradigmas absolutamente equivocados da pessoa, a consubstanciarem-se em verdadeiro objeto de angústia e insatisfação, fatos pelos quais Barcellona denuncia a alienação do homem em decorrência do sistema capitalista de consumo, onde o cidadão só tem sentido enquanto vinculado ao patrimônio e às relações de mercado, pugnando pela necessidade de revalorização do homem real como ser criativo que é capaz de mudar a própria realidade, mediante o sofrimento pessoal, força motriz para o seu aprendizado e crescimento individual⁸⁷.

⁸⁵ MEIRELLES, Jussara. *O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura patrimonial*. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord). *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 95.

⁸⁶ Idem, p. 91-92.

⁸⁷ FACHIN, *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*, p. 61. A propósito, a dor e o sofrimento pessoal, também foram objeto de averiguação no Terceiro Capítulo desse trabalho, onde se analisa o direito de danos mediante a percepção de SCHOPENHAUER, Arthur. *Do sofrimento do mundo*. São Paulo: Editora Martin Claret, 2003.

1.3 Do individualismo (personalização) à repersonalização do direito privado: o ultrapassar fronteiras.

Os paradigmas ora analisados, a pessoa humana no viés operacional, representada pelo sujeito de direito, e a pessoa no viés patrimonialista, com a figura do indivíduo proprietário, consistem ambas, no sentido clássico que o Direito tradicionalmente outorgou a pessoa, vale dizer, no individualismo ou personalização do direito⁸⁸, os quais tiveram em Immanuel Kant o principal articulista dessa noção clássica da pessoa, tendo como seu fundamento o arquétipo do homem como um ser dotado de razão e, principalmente, de autonomia moral, autonomia essa que tem origem na extrema importância outorgada ao pensamento racional, o qual tornaria o homem independente e que lhe permitiria agir exclusivamente de acordo com as suas próprias convicções, característica essencial do ser humano, a qual também estabelece a sua distinção em relação às coisas e as demais formas de vida existentes.

Ademais, nesse espaço também será destacado que as noções acima versadas, os denominados *a priori* Kantianos, da pessoa como ser racional e moral, mostraram-se insuficientes para tutelar o ser humano após o advento da industrialização e, mormente da atual sociedade globalizada e de consumo. É nesse espaço que surge o fenômeno da repersonalização do direito, representando uma verdadeira superação dos paradigmas anteriores, onde se objetiva demonstrar a necessidade de ir além da idéia clássica de pessoa, evidenciando-se que o homem não é digno apenas por ser um agente moral, mas também o é por sua própria identidade e condição existencial.

Anunciado isso, a princípio cumpre abordar o Humanismo Kantiano e a questão da autonomia moral como seu fundamento, valendo-se das ponderações de Junges⁸⁹, de que “Kant concebe a modernidade como chegada da humanidade à maioridade, porque o ser humano faz uso de seu próprio entendimento e assume nas mãos o seu destino através de uma decisão de sua vontade”, ora, se a vontade é individual de cada pessoa, é porque essa é livre para fazê-lo, “*essa liberdade consiste em nada mais do que fazer uso público de sua razão em todas as questões. Assim, o humanismo Kantiano está essencialmente fundado na autonomia, que ocupa o lugar central em todas as suas obras morais. Por isso a própria idéia de dignidade humana encontra*

⁸⁸ Cumpre esclarecer que se utilizará o termo personalização como sinônimo de individualismo, o que a diferencia da repersonalização, que é o verdadeiro objeto desse trabalho, questão ora destacada porque alguns autores equiparam personalização e repersonalização, em oposição ao entendimento aqui esposado.

⁸⁹ JUNGES, José Roque. O respeito à dignidade humana como fundamento de todo humanismo. In OSOWSKI, Cecilia (Org.). *Teologia e humanismo social cristão*. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 2000. p. 146-153.

sua base na autonomia moral da consciência". (grifo nosso).

Para essas ponderações, também se faz imprescindível uma específica ponderação sobre a própria dignidade humana e sua conceituação, posto que nessa se encontrem as próprias condições do por que da autonomia moral, sendo, portanto, fundamental conhecer-se o seu conteúdo, o qual é o verdadeiro determinante da incondicionalidade do respeito à dignidade, fato que se irá verificar, com base no estudo da Professora Béatrice Maurer⁹⁰, onde a citada autora efetua uma reflexão específica a par do trabalho de Georg Hegel, quando são analisadas as noções da dignidade “para si”, dignidade “para nós” e finalmente da dignidade “em si”, sendo que dessas premissas pode-se verificar as importantes conclusões encontradas pela mesma.

Na seqüência, Maurer primeiramente destaca a dignidade da pessoa humana, mediante o tema da dignidade “para si”, em cujo viés, a mesma apresenta a concepção que pessoalmente se faz da dignidade. Em pertinente exemplo, a citada autora refere:

[...] assim, o filho de um *escravo* achar que é normal que seu pai *apanhe* abusivamente e que seja eternamente humilhado e achar que esse comportamento não contraria a sua *dignidade*. Outro exemplo, sem dúvida mais delicado, é o da pessoa que, definindo de forma subjetiva a sua *dignidade*, vai dizer o que lhe é inaceitável, e preferir *morrer* em vez de ver a sua *dignidade atingida*⁹¹. (grifo nosso).

Outrossim, desde já nota-se que o processo cultural e o contexto social são os elementos definidores da dignidade para si, que pode influenciar de modo diverso cada pessoa enquanto individualmente considerada, contudo, para se chegar a uma concepção de dignidade mais próxima da verdade, tem-se de questioná-la de modo permanente, porque a valorização extrema do indivíduo, de seu aspecto subjetivo, daquilo que ele mesmo pensa ser a verdade, é, certamente, a maior ameaça da atualidade para a dignidade da pessoa humana no mundo ocidental, pois em nome de uma liberdade e autonomia pessoal sem limites, já se cometeu abusos e injustiças, posto que é grande o risco de que cada um determine e defina a sua própria dignidade como bem entende, de modo a afetar severamente a dignidade de outrem, com evidente prejuízo à vida em sociedade, motivo pelo qual buscam-se parâmetros unânimes ou

⁹⁰ Béatrice Maurer é Doutora em Direito pela Universidade de Montpellier I, na França, sendo que a mesma se vale de diversos autores, mas, mormente de Georg Hegel, na sua principal obra, a *Fenomenologia do Espírito*, onde esse autor destaca o seu conhecido processo da consciência. Para essas considerações ver MAURER, Béatrice. Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana..In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org). *Dimensões da dignidade – Ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Tradução de Rita Dostal Zanini. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2005. p. 61-87.

⁹¹ MAURER, *Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana*, p. 71-72.

universais de dignidade para que se possa evoluir rumo à dignidade para nós e, posteriormente, como se verificará, rumo à dignidade em si.

No que pertine à dignidade para nós, esta foi inicialmente pensada por Hegel no aspecto plural relativamente a uma comunidade de filósofos, contudo, hodiernamente, este nós tem de ser vislumbrado em termos da plenitude de nossa sociedade, devendo ser objeto de consenso social, assim, deve ser mais do que apenas objeto de legislação, contudo, reputa-se, sem deixar de também sê-lo, já que, quando representar um imperativo de justiça, também deverá ser tutelada por lei, como forma de se poder assegurar a sua observação, em busca do almejado consenso sobre a necessidade de sua observância. Destaca-se, ainda, que a dignidade para nós é o aspecto social da dignidade para si, por isso mais importante do que essa, apesar de que, na verdade, apenas é um caminho para uma nova evolução em busca da dignidade em si, a qual é mais relevante porque representa a própria dignidade que ora se almeja⁹².

Por fim, tem-se a dignidade em si, ou a própria dignidade em si mesma considerada, no sentido da própria definição da dignidade da pessoa humana sob o viés universal, fato cuja importância é praticamente incontestada, até porque representa, desde o direito romano, a *summa divisio* entre a *coisa* e a *pessoa*, consoante apregoadado por Kant⁹³: tema que com mais vagar adiante se verificará. Nesse sentido, tem-se o próprio pensamento filosófico sobre a valoração da pessoa, antes já versado, de que as coisas e objetos têm a sua valoração representada no sentido econômico, logo tem um preço, enquanto que a pessoa humana tem a sua valoração centrada no seu aspecto filosófico, ou em si mesma, logo, na sua própria dignidade.

É, pois, graças a esse sentido absoluto da dignidade, como atributo exclusivo da pessoa humana, como dignidade em si e como fundamento identificador da diferença entre o ser e o objeto, que se teve um importante desenvolvimento filosófico e mormente relevantes conseqüências jurídicas, assim como asseverado por Maurer, *in verbis*:

[...] é graças a ela (*dignidade*) que, muito tempo depois, deduziu-se a conseqüência jurídica de *libertar o homem da escravidão*. Se podemos vender bois ou destruir um prédio, não podemos, ao contrário, dispor de uma *pessoa*, sendo esta dotada de uma

⁹² Idem, p. 72-73.

⁹³ KANT, *Fundamentação da metafísica dos costumes*, p. 58-59.

*dignidade fundamental [...]*⁹⁴.(grifo nosso).

Após essas importantes considerações, cumpre ainda ressaltar que a dignidade tem uma conceituação e mesmo um conteúdo que se apresenta dinâmico, já que está permanentemente sendo redefinido, dado à extrema dinâmica da sociedade contemporânea,⁹⁵ considerando que ela é a própria fonte e a finalidade da pessoa humana, e qualquer tentativa exacerbada de delimitação poderá afetar e reduzir sua estrutura, cujas graves conseqüências podem se apresentar nas mais severas e variadas modalidades de ferimentos aos direitos mais caros e fundamentais do cidadão.

Assim sendo, o valor dignidade, no sentido do direito à mesma, importa na existência de um elemento intrínseco a esta, que é a igualdade, pelo qual a dignidade se estabelece para si e para outrem, de modo absolutamente igualitário, sendo o que Maurer nos explicou, ao ponderar que

[...] a igual dignidade de todos os homens funda a igualdade de todos. É porque cada homem é dotado da dignidade de pessoa que todos são iguais. Dessa forma, a dignidade não é algo relativo; a pessoa não tem mais ou menos dignidade em relação a outra pessoa. É por isso que a dignidade fundamental do homem é algo absoluto [...].⁹⁶

Nesse passo, e verificando-se que a dignidade é a condição que torna todos os homens absolutamente iguais entre si, não cabendo, portanto, considerar que alguém, enquanto ser humano existente no mundo possa ser considerado inferior ou mesmo superior ao seu semelhante, partindo-se do próprio fato de que todos os homens nascem livres e iguais entre si mesmo, o que, nessa ótica, implica aduzir que todos os homens são existencialmente iguais, não se curando reputar que alguns seriam mais dignos do que outros, motivo pelo qual reputa-se que todos os homens são dotados do que ora se denomina uma dignidade existencial, oriunda do próprio fato de ser no mundo.

Com tais ponderações se pretende reafirmar que a pessoa humana conserva a sua dignidade independente de uma conduta reprovável, considerando que essa é um valor interno absoluto, a dignidade pelo fato de ser homem e não *coisa*, a sua dignidade fundamental ou

⁹⁴ KANT, *Fundamentação da metafísica dos costumes*, p. 73-74.

⁹⁵ Nesse particular, tem-se que, a dignidade evidentemente possui um núcleo valorativo definido, a englobar importantes *direitos*, dentre os quais ora destaca-se a liberdade e a integridade psicofísica da pessoa, questão que será mais aprofundada na seqüência dessa abordagem.

⁹⁶ KANT, *Fundamentação da metafísica dos costumes*, p. 81.

existencial⁹⁷, dados que lhe dão a autonomia moral lastreada em sua própria dignidade e racionalidade, enquanto qualidades únicas do ser humano, sendo que o seu agir, a sua conduta, e mesmo os fatos aos quais ela é submetida, por mais degradantes que possam ser, apenas atingem a sua dignidade exterior, já que a primeira, a existencial nunca poderá ser desrespeitada, sob pena de admitir-se discriminações e preconceitos, os quais muitas vezes já causaram verdadeiras atrocidades e proporcionaram alguns dos mais tristes momentos já vivenciados pela história universal em termos de ferimentos aos direitos da pessoa humana. Assim sendo, é por isso que dentre outros se acredita que quando alguém escraviza ou degrada outrem, apenas impedirá, momentaneamente, a manifestação da dignidade existencial daquela pessoa, todavia não a retirará e menos ainda a extinguirá, já que essa está sempre presente, como o absoluto intocável que representa.

Uma vez efetuadas essas reflexões, analisam-se os próprios imperativos categóricos Kantianos⁹⁸, onde o primeiro deles ora é destacado: “Age como se a máxima de tua *ação* devesse se tornar, pela *tua vontade*, lei universal da natureza”. (grifo nosso).

Assim sendo, cumpre ressaltar que os denominados imperativos, na noção que Kant lhes atribuiu, são imposições éticas inarredáveis, sendo que a primeira consiste em que a vontade ali expressa, representa a própria razão enquanto fruto do pensamento e da reflexão; enquanto que a ação, obviamente, tem a ver com o colocar-se em prática o que fora refletido, ou propriamente inserir o pensamento no mundo dos fatos, vale dizer, é a *razão prática* Kantiana, a qual, conforme ressaltado, deve ser

comum a todos seres racionais (a universalização), sendo considerada boa enquanto estiver de acordo com as leis da razão, pois submetida ao constrangimento moral realizado pela própria pessoa, considerando que a vontade só é livre quando obedece à sua própria consciência moral – o qual é um fato da razão,...cuja consciência justifica a própria dignidade da pessoa que se guia por sua própria autonomia, e por isso verdadeiramente livre⁹⁹.

Ademais, e também pontuando sobre o segundo imperativo categórico, que é igualmente fundamental para a pessoa humana, tem-se o seguinte teor: “age de tal maneira que possas usar a *humanidade*, tanto em *sua pessoa* como na pessoa de qualquer *outro*, sempre e

⁹⁷ A propósito, prefere-se o termo dignidade *existencial*, em que pese o termo *fundamental* seja o consagrado, em razão de que, com a nossa adesão à filosofia existencial, essa terminologia nos parece a mais adequada.

⁹⁸ Outrossim, obtempera-se que a reflexão sobre os *Imperativos* não será delongada, destarte limitada ao objetivo do presente trabalho que é a *pessoa humana* - e aqui, especificamente, o seu *valor*, que é a *dignidade*.

⁹⁹ SILVA FILHO, *Pessoa humana e a boa-fé objetiva nas relações contratuais*: a alteridade que emerge da ipseidade, p. 126.

simultaneamente como *fim* e nunca simplesmente como *meio*¹⁰⁰. (grifo nosso).

Ora, se o homem é um fim em si mesmo, não podendo ser apenas um meio, é porque tudo aquilo que se faz deve ser direcionado em proveito e em benefício da própria pessoa, uma vez que essa deve estar em primeiro lugar e constituir-se no principal objetivo de todas as ações humanas, e, inclusive, da mesma maneira, a *contrario sensu*, não poderá ser relegada a um segundo plano em nenhuma atividade, destarte, a pessoa terá sempre um valor superior em relação às demais coisas, aí incluídos todos os demais seres e objetos.

Nesse passo, pertinente perquirir de modo específico, sobre o motivo pelo qual os seres humanos teriam essa condição de superioridade em relação aos demais seres e objetos, questão que se tem como a mais importante de todas as especulações Kantianas, a qual felizmente é bem resolvida pelo próprio Kant, ao pessoalmente esclarecer o sentido de sua máxima, como segue:

[...] suponho que haja alguma coisa cuja existência em si mesma tenha um *valor absoluto* e que, como fim em si mesma, possa ser o fundamento de determinadas leis, nessa coisa, e somente nela, é que estará o fundamento de um possível *imperativo categórico*, quer dizer, de uma *lei prática*. Agora eu afirmo: o *homem* – e, de uma maneira geral *todo o ser racional* – *existe como fim em si mesmo*, e não apenas como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Portanto, o *valor de todos os objetos* que possamos adquirir pelas nossas ações é sempre *condicional*. Os *seres*, cuja existência não assenta em nossa vontade, mas na *natureza*, tem, contudo, se são *seres irracionais*, um valor meramente relativo, como *meios*, e por isso denominam-se *coisas*, ao passo que os *seres racionais* denominam-se *pessoas*, porque a sua natureza os distingue já como *fins* em si mesmos, ou seja, como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, portanto, nessa medida *limita todo o arbitrio* (e é um objeto de *respeito*)¹⁰¹. (grifo nosso).

Adiante prossegue o mesmo pensador, aduzindo que:

pela palavra *reino* entendo a ligação sistemática de vários seres racionais por meio de leis comuns...No *reino dos fins*, tudo tem ou um *preço* ou uma *dignidade*. Quando uma *coisa* tem *preço*, pode ser *substituída* por algo equivalente; por outro lado, a *coisa* que se acha *acima de todo preço*, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma *dignidade*...Ora, a *moralidade* é a única condição que pode fazer de *um ser racional* um *fim* em si mesmo, pois só por ela lhe é possível ser membro legislador no reino dos fins. Por isso, a *moralidade* e a *humanidade* enquanto *capaz de moralidade* são as únicas coisas providas de *dignidade* [...] ¹⁰². (grifos nossos).

Destacadas tais considerações, delas pode-se inferir, em consonância com o pensamento

¹⁰⁰ KANT, *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*, p. 59.

¹⁰¹ Idem.

¹⁰² KANT, *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*, p. 64-65.

kantiano, que a dignidade (reconhecida como o valor e condição de superioridade humana) equivale à própria moralidade, que, diga-se de passagem, repousa unicamente nos seres racionais.

Assim sendo, pode-se igualmente inferir que Kant, filósofo cujo vetor do pensamento é a razão enquanto atributo do homem, o qual só é pessoa justamente por tratar-se de um ser racional, e ainda porque a sua dignidade, que corresponde ao valor que o torna um ser superior, assenta-se na própria moralidade (condição que equivale ao seu imperativo categórico¹⁰³), ou mais exatamente, no seu agir moral, enquanto agente criador de leis morais ou máximas de conduta oriundas de sua própria consciência moral¹⁰⁴, as quais o impelem à confecção de deveres de respeito para consigo mesmo e também para com os demais seres racionais, onde se reforça assertiva de que para Kant o homem é digno unicamente em razão de sua autonomia ética, a sua capacidade de autodeterminar-se, consequência de sua condição de ser racional, consoante bem referido pelo próprio Sarlet, *in verbis*:

construindo sua concepção a partir da natureza racional do ser humano, Kant assinala que a *autonomia da vontade*, entendida como *a faculdade de determinar a si mesmo e agir em conformidade com a representação de certas leis*, é um atributo apenas encontrado nos seres racionais, constituindo-se no *fundamento da dignidade da natureza humana*¹⁰⁵. (grifo nosso).

Com efeito, em que pese que a dignidade através da conceituação de Kant tenha tido a formulação mais aceita e difundida¹⁰⁶, pode-se a ela coerentemente contrapor, que para além da própria condição do homem como agente racional e moral, a dignidade também é sustentada na própria vida humana, bem como na própria vida em geral e não somente na moralidade, assim como Sarlet destacou:

para além disso, sempre haverá como sustentar a dignidade da própria vida de um modo geral, ainda mais numa época em que o reconhecimento da proteção do meio ambiente como valor fundamental indicia que não mais está em causa apenas a vida humana, mas a preservação de todos os recursos naturais, incluindo todas as formas de

¹⁰³ Donde inclusive se pode aduzir que o imperativo categórico Kantiano é a própria *moral*.

¹⁰⁴ Como se este fora um auto-legislador, cujas normas seriam universalmente idênticas.

¹⁰⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3.ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2004. p. 33.

¹⁰⁶ SARLET, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, p. 34.

vida existentes no planeta¹⁰⁷.

Além dessa assertiva, pode-se igualmente obter que a dignidade enquanto proveniente da autonomia moral do ser humano não pode ser levada ao pé da letra, considerando que ela seria insuficiente para abarcar, entre outros, a condição de um menor absolutamente incapaz (com formação intelectual ainda incompleta) ou de um portador de grave deficiência mental, ou quais, em que pese tais circunstâncias, efetivamente não podem ser reputados detentores de uma dignidade inferiorizada ou a menor. Realmente, tal é assim em razão de que a *dignidade* também desfruta de uma característica muito relevante, qual seja a de *ser igual para todas as pessoas*, fato que também restou apontado pelo Prof. Sarlet ao nos afirmar tal assertiva, valendo-se do pensamento de Arendt, conforme segue:

[...] a dignidade da pessoa humana (assim como na esteira de Hannah Arendt a própria existência e condição humana) [...] justamente em razão de se tratar do valor próprio de cada uma e de todas as pessoas, apenas faz sentido no âmbito da intersubjetividade e da pluralidade. Aliás, também por essa razão é que se impõe o seu reconhecimento e proteção pela ordem jurídica, que deve zelar para que todos recebam igual (já que todos são iguais em dignidade) consideração e respeito por parte do Estado e da comunidade no sentido de que a pluralidade pode ser considerada a condição da ação humana e da política¹⁰⁸. (grifo nosso).

Assim, apesar de todos serem iguais em dignidade (e, portanto com equivalentes direitos ao respeito e consideração), consoante já verificado, tal não importaria em restar sem qualquer sentido o imperativo de um cidadão ser uma pessoa trabalhadora e honesta em cotejo com outro cidadão que possa tratar-se de um criminoso contumaz? Tal realmente é uma pergunta que *prima facie* realmente pode nos intrigar, contudo, este seria apenas o viés prestacional da dignidade humana (e talvez o mais coloquial, enquanto mera conduta pessoal e social), não se podendo esquecer que apesar das condutas de ambos serem diametralmente opostas, porquanto o criminoso contumaz evidentemente é agente de condutas indignas, uma vez reconhecidos como pessoas humanas (dotadas da mesma razão, autonomia e de vida), ainda serão absolutamente iguais entre si,¹⁰⁹ sendo que tal representa a dignidade no seu sentido ontológico,

¹⁰⁷ Idem, p. 34- 35.

¹⁰⁸ Idem, p. 54.

¹⁰⁹ A propósito, convém destacar, no particular, a divergência de autores como Hegel e Tomás de Aquino, ao entenderem que a dignidade é uma qualidade a ser conquistada, onde o ser humano não simplesmente nasceria digno, mas necessitaria do reconhecimento oriundo de seus feitos e atitudes virtuosas. Mais atualmente também se pode verificar idêntica percepção em Niklas Luhmann.

o qual inclusive é o sentido mais aceito em termos supra-nacionais¹¹⁰.

Dito isso, concluem-se essas inferências, dizendo que, sem menosprezar a necessidade do efetivo aprofundamento da própria conceituação da dignidade, tem-se que o mais relevante mesmo é sempre e em todas as situações, envidar esforços no sentido da sua defesa e reconhecimento, antes mesmo de uma melhor sistematização conceitual (a qual sem dúvida alguma também é relevante), posto que essa represente a garantia de sua observância mesmo em se tratando de um conceito dinâmico e polissêmico, que ainda é revestido pelas intensas transformações da atual sociedade de consumo, o qual se aperfeiçoa e se recria a cada dia que passa porque sua integridade e consideração representa um dos verdadeiros possibilitadores da vida humana em sociedade, motivo pelo qual foi universalmente reconhecido como uma das constantes metas dos Estados Constitucionais.

Por outro lado, e procurando ir além da questão do homem como agente racional e moral, o que de resto já se efetuou ainda que parcialmente, ao inserir-se o critério da dignidade fundada exclusivamente na própria existência da vida em geral e da própria vida humana, persegue-se ainda mais uma perspectiva, qual seja a já anunciada influência do aspecto histórico e cultural sobre o ser humano, na medida em que a dignidade deste também se justificaria por sua própria identidade, enquanto caráter construído histórica e culturalmente.

Nessa senda, reputando-se que a dignidade também é formada cultural e historicamente, não sendo apenas um atributo inerente à própria natureza humana, mas que “possui também um sentido cultural, sendo fruto do trabalho de diversas gerações e da humanidade em seu todo, razão pela qual as dimensões natural e cultural da dignidade da pessoa se complementam e interagem mutuamente”¹¹¹. Além dessa assertiva, Sarlet também destaca, com o mesmo desiderato, importante decisão oriunda do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, o qual anota as seguintes ponderações:

[...] não se pode perder de vista que a *dignidade* da pessoa humana é algo irrenunciável, mas o reconhecimento daquilo que é exigido pelo postulado que impõe a sua observância e respeito não pode ser desvinculado da evolução histórica. A história das políticas criminais revela que penas cruéis foram sendo gradativamente substituídas por penas mais brandas...Por tal razão, o julgamento sobre o que

¹¹⁰ Nesse sentido vide a própria Declaração Universal da ONU, em seu artigo 1º, na qual “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos”. Sobre o particular ver SARLET, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, p. 34-35.

¹¹¹ SARLET, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, p. 46.

corresponde á dignidade da pessoa humana, repousa necessariamente sobre o estado vigente do conhecimento e compreensão e não possui uma pretensão de validade indeterminada¹¹².

Dito isso, é visível que a identidade da pessoa humana também resta influenciada e transformada pela própria cultura (dos diferentes povos em que está inserida), bem como pelas transformações históricas que a informam no decorrer dos tempos, o que vale dizer que, ao atuarem em concreto e em determinado contexto, podem as pessoas, pelas próprias manifestações em que se expressem fruto das vicissitudes, modos de ser e valores diferenciados, apresentarem-se mediante identidades absolutamente dissociadas, ainda que fruto da mesma sociedade, a qual contemporaneamente detém aspectos cada vez mais multifacetários, donde gradativamente se verificam aumentar e emergirem as mais variadas diferenças existentes entre os seres humanos.

Assim sendo, a dignidade humana, nos tempos atuais, terá de atuar de molde a ter suficiente idoneidade jurídica a fim de resguardar não apenas os iguais entre si, como outrora acontecera, mas deve cada vez mais e como nunca, estar apta para enfrentar as tremendas desigualdades existentes no mundo atual, estabelecendo uma igualdade no sentido material,¹¹³ e não apenas formalmente, como ocorrera quando da formulação operacional do sujeito de direito, a qual, por assim dizer, forçosamente os “enquadrava” e colocava os hiper e os hipossuficientes absolutamente em frente, como se os últimos tivessem condições de, entre outros, litigar em pé de igualdade com os primeiros.

É mesmo nesse sentido que a denominada Repersonalização do Direito deve prosseguir seu caminho, reconhecendo os desiguais e suas diferenças, tal como comumente ocorre com os deficientes físicos, os portadores de moléstias graves, os homossexuais e os discriminados em geral, além de todos os demais socialmente excluídos, em que pese alguns dos representantes desses segmentos nem sempre estejam em condição de inferioridade, mas pelas suas próprias peculiares condições indubitavelmente são os primeiros a serem alvo das mais variadas discriminações, pelo que importa que sejam respeitados em função de sua idêntica dignidade de seres humanos.

Não há maiores dúvidas de que se torna bem mais fácil reconhecer a dignidades das pessoas consideradas “mais iguais” ou os representantes das maiorias, com efeito, o difícil

¹¹² Idem.

¹¹³ A *igualdade*, no seu viés *material ou substancial*, em suma, implica em tratar desigualmente os desiguais, a fim de equipará-los e promovê-los a uma efetiva igualdade frente à realidade fática.

mesmo é conquistar o devido espaço para os “menos iguais” como os acima elencados, sendo que é nesse sentido que deverá singrar a Repersonalização do Direito Privado, sob pena de restar apenas mais um movimento jurídico-cultural sem maior eficácia junto à realidade jurídica e prática, de modo que esperançosamente se pretende a transcendência desse pensamento da pura teoria para um efetivo desencadeamento em nossos Tribunais e de resto a todos os demais aplicadores do direito.

Com efeito, essa é a atual perspectiva do Direito Privado, consoante o magistério do próprio FACHIN, *verbum ad verbo*:

[...] hoje, porém o discurso que se coloca, sem volta, é outro: o do reconhecimento das desigualdades. O fator decisivo deixa de ser apenas a busca de uma igualdade a todo e qualquer custo, mas o de reconhecer que certas diferenças, em si mesmas, não são necessariamente discriminatórias. Diferença e igualdade convivem. A igualdade material sugere o reconhecimento das diferenças¹¹⁴. (grifo nosso).

Outro não é o entendimento de Maria Celina Bodin de Moraes, ao analisar a tutela da dignidade da pessoa humana e destacar que esta alcança todas as pessoas, bem como todos os setores da ordem jurídica, quando assim refere:

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 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 transmutação¹¹⁵. (grifo nosso).

A efetiva necessidade de superação do individualismo egoísta para o reconhecimento da igualdade, também de nosso *alter*, igualmente não passou despercebida aos ensinamentos de FACHIN o qual assim prossegue:

[...] o personalismo coloca o ser humano no centro do sistema jurídico, retirando o

¹¹⁴ FACHIN, *Teoria crítica do direito civil*, p. 286.

¹¹⁵ FACHIN, Luiz Edson. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2005. p. 116.

patrimônio dessa posição de bem a ser primordialmente tutelado, ao contrário do que faz o *individualismo proprietário*. Propõe a *superação do individualismo* por um *solidarismo jurídico*, que valorize a *coexistencialidade*[...] ¹¹⁶. (grifo nosso[s]).

Assim sendo, o reconhecimento e o próprio respeito pelas diferenças justamente se dá na pessoa do outro, na alteridade oriunda da natural coexistencialidade humana, até porque a pessoa só se torna verdadeiramente humana na convivência com os demais seres, com os quais então irá aprender, evoluir, e até mesmo conhecer os limites de suas próprias ações. Nesse sentido é o que coloca Pereira, aduzindo que

necessário desfazer o equívoco de que as *diferenças* significam necessariamente a hegemonia ou superioridade de um sobre o outro. A construção da verdadeira cidadania só é possível na *diversidade*. Em outras palavras, a formação e construção da *identidade* se faz a partir da existência de um *outro*, de um *diferente*. Se fôssemos todos iguais, não seria necessário falar de igualdade. Portanto, é a partir da *diferença*, da *alteridade*, que se torna possível existir um sujeito. Enfim, é a *alteridade que prescreve e inscreve o direito a ser humano* ¹¹⁷. (grifos nossos).

Uma vez feitas essas incursões pelos caminhos da igualdade enquanto respeito à *diversidade* além da própria *alteridade*¹¹⁸, bem se verifica que esses são paradigmas atuais os quais representam uma verdadeira ruptura com o *racionalismo*¹¹⁹ – enquanto tentativa de garantir total segurança e estabilidade às relações jurídicas, mormente com relação aos próprios Códigos Civis enquanto estruturas perfeitas com pretensão de plenitude e esgotamento, o que de resto seria mesmo esperado, considerando o caminho que tem sido perseguido pela extrema complexidade da atual sociedade contemporânea.

Nessa senda, ao aduzir que somente no existencialismo¹²⁰ poder-se-á expandir fronteiras e estabelecer as já referidas perspectivas atuais da pessoa humana, obtemperou Fachin, *in*

¹¹⁶ FACHIN, Estatuto jurídico do patrimônio mínimo, p. 48-49.

¹¹⁷ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 141.

¹¹⁸ Apesar de se ter destacado a relevante temática da *alteridade*, tal apenas é referido *em passant*, pois não representa objeto específico deste trabalho, contudo, ainda assim se destaca que o tema ora versado, a *alteridade*, restou excelentemente analisado a partir da *ipseidade* (“conceito que supõe o Eu mesmo, supõe a unidade, a unicidade, a identidade, enfim, a consciência”, conforme COMTE-SPONVILLE, *Dicionário filosófico*, p. 325, o que foi efetuado por SILVA FILHO, ao aduzir que: “[...] a noção de *pessoa*, ao incorporar a dimensão da *ipseidade*, pode trazer um modo mais adequado de situar a *alteridade*, proporcionando uma *ampliação substancial da noção de respeito*. Isto traz, por sua vez, uma perspectiva concreta, existencial e relacional da *pessoa humana*, que *promete resultados proveitosos para um Direito Civil preocupado com sua repersonalização*”. Nesse sentido consultar o trabalho denominado *Pessoa humana e a boa-fé objetiva nas relações contratuais: a alteridade que emerge da ipseidade*, p. 131.

¹¹⁹ O tema do racionalismo já foi oportunamente versado, ainda que de modo breve, quando tratou-se da dignidade em Kant, analisando-se a razão e a autonomia moral da pessoa.

¹²⁰ E não no *racionalismo*, o qual pretendia ter uma resposta adequada para todas as questões.

verbis:

o ser humano só pode se apreendido em sua dimensão coexistencial, uma vez *que a vida sem os outros nada mais é que uma abstração afastada da realidade. Existir é, pois, estar no mundo juntamente com os outros e com as coisas. Assim sendo.....o existencialismo e o personalismo, permitem uma aproximação da filosofia com o ser, e também fazem com que se reconheça que o protagonista da experiência jurídica é o ser humano. Sendo o homem liberdade e criatividade, não pode ele receber do direito o mesmo tratamento dispensado às coisas*¹²¹. (grifos nossos).

Dito isso, em que pese não se pretenda aprofundar o tema da filosofia existencialista, tem-se que a sua análise, ainda que abreviada, é fundamental para a demonstração de sua pertinência para a transformação axiológica que se pretende, em direção à maior valorização da pessoa humana e de sua dignidade perante o Direito.

Desta feita, o existencialismo significa consoante elucidado por Comte-Sponville, que a pessoa humana existe em primeiro lugar, para só depois ter uma definição, como *in verbis*:

*existir é nascer ou se encontrar fora, ou seja – pois não há fora absoluto -, em outra coisa: é ser no mundo, no universo, no espaço e no tempo...Toda filosofia que parte da existência individual em vez de partir do Ser ou do conceito e, especialmente, conforme uma célebre fórmula de Jean-Paul-Sartre, toda doutrina para a qual “a existência precede a essência”. O que isso quer dizer? Que o homem não tem primeiro uma essência, que lhe preexistiria e de que ele seria prisioneiro, mas que “ele existe antes de poder ser definido por qualquer conceito”, e só será o que houver escolhido ser. Quer dizer que ele é livre absolutamente. Significa que o homem existe primeiro, se encontra, surge no mundo e se define depois. O homem, tal como o existencialismo o concebe, se não é definível, é porque não é nada, de início. Só será depois, e o será tal como se houver feito. Assim, não há natureza humana, pois que não há Deus para concebê-la. O homem não é nada além do que ele se faz*¹²². (grifo nosso).

Nesse sentido, verifica-se que apesar do brilhantismo de Sartre em suas considerações existenciais, foi Martin Heidegger quem, com seu *Dasein*, aprofundou as observações de Sartre, ao aduzir que a essência do homem reside na sua própria existência ou modos de existir, posto que assim se alcança a pretendida unificação do sentido do homem, como segue:

*Dasein unifica o homem, evitando a tradicional tripartição em corpo, alma (princípio da vida) e espírito (princípio intelectual). Ele não localiza a essência do homem em alguma faculdade específica tal como a razão: um dos aspectos centrais de Dasein*¹²³ é a

¹²¹ FACHIN, *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*, p. 48-49.

¹²² COMTE-SPONVILLE, *Dicionário filosófico*, p. 230-231.

¹²³ A propósito, utiliza-se a expressão *Dasein* com pertinência à realidade humana.

*existência, e isto significa que ele tem de decidir como ser. Dasein existe e não é um Ser-simplesmente-dado, não cabe perguntar “o que” ele é; deveríamos perguntar “quem” ele é, e a resposta dependerá de, e até mesmo consistirá na, decisão de Dasein: pode ser “eu mesmo” ou pode ser “o ninguém a quem todo Dasein já se rendeu ao ser em meio aos outros*¹²⁴.

Feitas tais inferências e prosseguindo o breve cotejo entre as leituras racionalistas e existenciais da pessoa humana, ressaltando que se reputam as mesmas como as principais perspectivas filosóficas a justificar o ser humano, motivo pelo qual se destaca a pertinente explicitação de Stein o qual aduz, *in verbis*:

Heidegger diz que a idéia de fundamento está ligada à idéia de objetividade e subjetividade, logo, tem que significar as duas. É nesse sentido que *Heidegger* vai fazer uma crítica às teorias do conhecimento, porque, *antes da consciência, que se pressupõe absoluta, existe o ser humano no mundo, o Dasein*, que é limitado, finito, existente. Ele é a base da consciência. Antes desta consciência vem o *dasein*, que compreende a si, enquanto ele é, como tarefa. *Diz-se que o Dasein já sempre se compreende como ser-no-mundo* através das estruturas em que se situa, e que o constituem. Nesse momento, *a idéia de consciência foi substituída enquanto fundamento último da filosofia, pela idéia do ser-aí*. A idéia transcendental de Kant será substituída por inércia, porque desaparece a possibilidade de uma *oniabrangência*, idéia que o transcendental tem em si. *O homem vive, é limitado e sustenta a racionalidade* que é produzida pela *história*, então, a idéia de abranger o todo se perde, pois se torna impossível¹²⁵. (grifos nossos).

Assim, na atualidade, diversamente do pensamento Kantiano, tem-se que a pessoa humana deve ser existencialmente considerada, o que significa que ela é um ser definitivamente situado histórica e culturalmente antes mesmo de curar-se de um ser racional, tal como um pré-racional, onde a existência vem antes do que o seu *a priori* racional, pois o homem desde sempre já existe no mundo, fato que nos é bem esclarecido por Silva Filho, *in verbis*:

[...] o homem é um *ente* cujo modo de ser é o de guiar-se a partir da *compreensão* que possui dos demais entes e de si mesmo. É um ente que *pressupõe compreensão existencial*, que por ele não é escolhida, pois para que possa escolher algo, já tem de possuir uma *compreensão prévia*. *Esta lhe é dada a partir do seu contexto histórico e cultural*¹²⁶. (grifos nossos).

¹²⁴ INWOOD, Michael. *Dicionário Heidegger*. Tradução de Luísa Buarque de Holanda; Revisão técnica Márcia Sá Cavalcante Schuback. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2002. p. 29-30.

¹²⁵ STEIN, Ernildo. *Racionalidade e existência: uma introdução à filosofia*. Porto Alegre: L&PM Editores S/A, 1988. p. 73-74.

¹²⁶ SILVA FILHO, *Pessoa humana e a boa-fé objetiva nas relações contratuais*: a alteridade que emerge da ipseidade, p. 119. No mesmo sentido de SILVA FILHO, o próprio Heidegger assim aduziu: “compreendemos que o homem é enquanto existe a existência do homem é a sua substância, mas a substância é pensada ontológico-historialmente”, conforme HEIDEGGER,

Como já referido, o magistério de Stein também é fundamental para a compreensão da pessoa humana no seu sentido existencial, como segue:

[...] o elemento genético que é afirmado como causa da deliberação já emerge num pré-compreender, numa autocompreensão que o antecipa como um *a priori*. Não poderíamos falar do *genético* sem fazê-lo *preceder* por algo que é da ordem da deliberação, a *pré-compreensão* a vida humana não se reduz à materialidade da coisa *bioquímica*, exigindo-se que *a vida humana se constitua pelo próprio fato de o ser humano se compreender previamente*. Assim, o fato da vida humana que delibera, rompe a barreira da coisa bioquímica, acrescentando, assim, a si mesmo, a autocompreensão a vida humana é mais do que a soma dos elementos *genéticos* que lhe servem de vetor¹²⁷. (grifos nossos).

Agora, valendo-se de um pertinente exemplo, prossegue o filósofo gaúcho, *sic*:

a *racionalidade* de uma *obra de arte* já se dá porque *eu a trago comigo nesta relação*. Por isso Heidegger pode falar em intuição sensível e intuição categorial. Não há categorias sem a *sensibilidade*, a *existência concreta*: é o que se quer garantir com o termo “*existência*”¹²⁸. (grifo nosso).

Certamente, foi com base nesse entendimento de que a pessoa humana sempre vem em primeiro lugar, de que ela é livre e, por isso, propriamente se faz durante a sua existência, que a Professora Maria Alice Costa Hofmeister, ao comentar texto do jurista peruano FERNANDEZ SESSAREGO, reputa que a *filosofia da existência* em muito contribui para o desenvolvimento do humanismo e da proteção da pessoa, como segue:

A liberdade faz com que o homem não seja uma coisa terminada e acabada, concluída, irreversível. Pelo contrário: a vida humana é fluída, dinâmica, mutável, projetada, historializada. E se desenvolve no tempo. É tempo. A liberdade faz o homem responsável. Ele decide, ele escolhe. *A filosofia da existência tornou possível essa visão renovada do ser humano*.¹²⁹. (grifo nosso).

Ademais disso, para além do humanismo, pode-se verificar que o existencialismo também contribui e está identificado com o próprio Direito, como bem observou a Professora Jeannette Antonios Maman, *verbum ad verbo*:

Carta sobre o humanismo, p. 32-33.

¹²⁷ STEIN, *Exercícios de Fenomenologia: limites de um paradigma*, p. 183.

¹²⁸ STEIN, *Racionalidade e existência: uma introdução à filosofia*, p. 75.

¹²⁹ HOFMEISTER, Maria Alice Costa. *O dano pessoal na sociedade de risco*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002 p. 77 - 78.

uma proposta alternativa ao ecletismo e ao reducionismo jurídicos é a de por o fenômeno jurídico na estrutura de uma ontologia fundamental, a ordem jurídica como expressão da situação existencial dos povos. Tal ordem jurídica resulta de ser o *direito não um conjunto de normas mas, antes, a pesquisa do justo, o acesso à justiça pela observação e pela intuição, que é percepção racional e até intuição sensível*. Em última análise, o jurídico é alcançado pelo homem existente (o ser-aí, o Dasein) em sua constituição fundamental, isto é, dentro da sua estrutura existenciária a que se dá o nome de compreensão, a qual se desdobra nos fenômenos da explicitação e interpretação. *A visão ôntica (empírica) do fenômeno jurídico é abrangida pela visão ontológica, fenomenológica-existencial. Na atualidade é em Heidegger que se coloca a questão do ser*. É a partir do seu pensamento que podemos chegar à afirmação de que o direito autêntico é a expressão da situação existencial do ser-aí¹³⁰. (grifo nosso).

Assim sendo, se o racionalismo baseia-se na consciência humana, e se a pessoa que existe é o próprio portador dessa consciência, é certo que o homem não poderá se ver totalmente desvelado apenas pela sua racionalidade e pensamento, donde se verifica uma verdadeira substituição do foco da filosofia, da consciência para a existência humana ou, mais propriamente, para o ser humano existente, de carne e osso, situado no espaço e no tempo, vale dizer, em sua feição existencial.

Ademais disso, tem-se que a própria razão, uma vez dissociada da competente crítica, vale dizer, sem uma maior reflexão, está sempre ameaçada pela ilusão, pelo erro, nem sempre demonstrando o verdadeiro e real conhecimento, pois a própria mente humana, berço da razão, também está sujeita a ilusões e conhecimentos equivocados, daí que efetivamente necessita ser cotejada, pois todo o ser humano tem seus conhecimentos, os quais nem sempre são os mais pertinentes, sendo verdadeiros apenas para ele, de modo isolado, motivos pelos quais se mostrar evidente a maior abrangência e inclusive a própria superioridade do existencialismo frente ao racionalismo.

Destacadas essas premissas, acredita-se que a filosofia existencial, com sua renovada noção sobre a pessoa humana para além dos tradicionais aportes do racionalismo Kantiano é a que melhor justifica a valorização da pessoa humana, bem como a que apresenta os melhores argumentos para a almejada Repersonalização do Direito Privado.

¹³⁰ MAMAN, Jeannette Antonios. *Fenomenologia existencial do direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2003. p. 72 - 73.

2 NOVOS PERFIS PARA O DIREITO PRIVADO

2.1 A constitucionalização do direito privado: a pessoa humana na perspectiva civil-constitucional

Neste capítulo objetiva-se repensar os principais substratos do direito privado e quiçá do próprio direito constitucional, estudo que se destina a uma abordagem propriamente jurídica do fenômeno da Repersonalização do Direito, tendo como base os conteúdos pertinentes à pessoa humana, enquanto inseridos na parte geral dos Códigos e, também, nas diretrizes Constitucionais, fundamentos que se aplicarão a todos os temas especiais do Direito Civil, sendo que nesse trabalho será destacado o particular do direito de danos, principal finalidade do presente estudo, assunto a ser especificamente desenvolvido no terceiro capítulo.

Nesse caminho, destacam-se as relevantes transformações jurídicas que têm sido levadas a efeito no Direito Privado brasileiro, fruto dos esforços de alguns Civilistas pátrios.¹³¹ Sem embargo, ressalta-se que a presente observação também já fora anotada por Guerra Filho, ao comentar a entrada em vigor do atual Código Civil Brasileiro, assim aduzindo:

apresenta-se-nos, assim, uma oportunidade *de estudar sob nova luz a matéria privatista*, o que, a rigor, já deveríamos estar fazendo com muito mais afinco, já desde, pelo menos, a entrada em vigor da Constituição da República, em 1988. Concretamente, isto significa, acima de tudo, *vislumbrar nas normas de direito privado algo diverso do que se costuma perceber sob a influência da tradição individualista e liberal, que fez do direito civil patrimonialista sua expressão máxima no campo jurídico*. É certo que já se vem desenvolvendo esforços extremamente louváveis, no sentido de *aproximar o nosso direito privado de sua base constitucional renovada*, como demonstram trabalhos de autores em torno dos quais se formam novas escolas de pensamento jusprivatista no País, a exemplo de Gustavo Tepedino; Judith Martins-Costa e Luiz Edson Fachin¹³². (grifo nosso).

Dito isso, igualmente se ressalta que o presente capítulo pretende demonstrar a necessidade da busca contínua de uma maior concretização dos direitos fundamentais constitucionais, mormente no que tange ao princípio da dignidade da pessoa humana no

¹³¹ Dentre os quais figuram os Professores Gustavo Tepedino, Judith Martins-Costa e Luiz Edson Fachin, motivo pelo qual se outorga o merecido tributo aos mesmos, como forma de reconhecimento à contribuição que esses pensadores privatistas tem trazido à ciência do Direito no país.

¹³² GUERRA FILHO, Willis Santiago. A garantia fundamental da proporcionalidade em sua projeção no novo Código Civil Brasileiro. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.) *Reflexos do novo código civil no direito processual*. Salvador: JusPODIVM, 2006. p. 73-74.

contexto do direito privado, tendo-se como desiderato uma tutela mais ampla para os interesses extrapatrimoniais do cidadão. Para tanto se parte de uma análise da repersonalização do direito privado, ressaltando a mudança do eixo valorativo da civilística clássica, que abandona o patrimonialismo e a defesa da propriedade para centrar a sua atenção primeira na tutela do próprio ser humano, questão que também já foi referida no capítulo anterior. Assim, para que o fenômeno da repersonalização possa acontecer, é necessária a efetivação de uma hermenêutica civil-constitucional, adotando-se as noções da constitucionalização do Direito Civil, que são representadas por uma análise do direito civil sob as luzes da Constituição.

Com efeito, foi no cenário da promulgação da atual Constituição Federal de 1988, mediante os auspícios da criação de um novo Estado Democrático, que se iniciou uma verdadeira revolução no Direito Civil pátrio, considerando a alocação de um núcleo constitucional verdadeiramente renovado, porque portador de diferentes moldes axiológicos, iniciando-se a marcha da repersonalização ou despatrimonialização do Direito, onde suas tradicionais categorias passam a ser repensadas fora do eixo da codificação, pois a nova Constituição detinha princípios e noções incompatíveis com o direito civil vigente, embasado na codificação de 1916¹³³.

Assim, nas observações de Aronne, importa aduzir que:

[...] a falta de identidade do *direito civil-constitucional* com os paradigmas positivistas tradicionais, traçados pelo racionalismo dos séculos passados, não é uma recusa para com a cientificidade do Direito, e sim, uma percepção diferida....A apreensão do sentido do sistema jurídico na resolução das controvérsias sociais e, portanto, rente à realidade social, com franco embasamento axiológico e principiológico, *redirecionando a compreensão do Direito Civil contemporâneo, não fundamenta uma perda de racionalidade*, e sim, aponta um *novo patamar de racionalidade, imbricado com sua interpretação constitucionalizada*, visível pela também contemporânea noção de sistema axiológico¹³⁴. (grifo nosso).

Assim sendo, e para que se compreenda a análise constitucional com a maior clareza possível, no sentido de que o alcance do conhecimento da dignidade propriamente dita foi há pouco conquistado em terras pátrias, vale dizer, somente após a Constituição Federal de 1988, posto que, antes deste diploma, as próprias mulheres e índios tinham sua capacidade e conseqüentemente liberdade-dignidade restringidas, o que representa um verdadeiro absurdo,

¹³³ ARONNE, Ricardo. *Direito civil-constitucional e teoria do caos: estudos preliminares*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 37-38.

¹³⁴ Idem, p. 39-40.

considerando que tal evolução se deu apenas há menos de vinte anos atrás.

A partir da consagração do princípio da dignidade da pessoa humana em nível Constitucional e como um de seus pilares, a teor do artigo 1º, inciso III, da Lei Fundamental Nacional, torna-se realmente necessário um repensar acerca dos efeitos que dele irão ser irradiados sobre todo o Ordenamento Jurídico, em especial na própria justificação do Direito Privado¹³⁵.

Como afirma Sarlet¹³⁶, a dignidade da pessoa humana, insculpida em nossa Carta Magna não se constitui apenas em uma declaração de conteúdo ético e moral, mas possui caráter jurídico-normativo, o que refere fazendo uso das lições doutrinárias de Alexy, tendo sido elevado à condição de princípio fundamental para toda a comunidade e informador de todos os demais Direitos Fundamentais, e por isso irradiando efeitos em todo o sistema jurídico, donde se denota a efetiva necessidade de reconstrução do Direito Privado, não se podendo mais entendê-lo em sua concepção exclusivamente individualista, na vertente de sua proteção frente ao poder Estatal, mas devendo sim compreendê-lo mediante os primados da hermenêutica constitucional.

Nessa senda, tem-se que a própria tradicional dicotomia entre os ramos do Direito, a denominada *summa divisio* do direito, representada pela criação de duas grandes instâncias, o Direito Público e o Direito Privado, tal como exaustivamente versadas na disciplina de Teoria Geral do Direito, reflexo da dogmática jurídica clássica, hodiernamente não se sustenta mais, porquanto não pode mais servir como paradigma orientador da atual concepção de Ordem Jurídica. Assim é porque os valores presentes na sociedade de fins de século XX e início de século XXI reclamam proteção efetiva aos Direitos Fundamentais previstos na Constituição Federal, tanto nas relações estabelecidas entre Estado e indivíduo, como nas relações interprivadas, visto que as prerrogativas essenciais da pessoa humana são cada vez mais violadas em tempos de total hegemonia das empresas e conglomerados detentores do poder social e econômico, os quais são, em sua grande maioria, gigantescas pessoas jurídicas de Direito Privado. Destarte, para que se concretizem os valores principais dos cidadãos, mister se faz que a Constituição unifique em torno de si todo o complexo de normas infraconstitucionais, inclusive o próprio direito civil, de forma que este só será suficientemente regulado na medida de sua constitucionalização¹³⁷.

¹³⁵ PEZZELLA, Maria Cristina Cereser. Código civil em perspectiva histórica. In SARLET, Ingo. *O novo código civil e a constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 58.

¹³⁶ SARLET, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*, p. 70-71.

¹³⁷ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p.

Para que se possa entender o movimento de constitucionalização das relações jurídicas privadas, é imperativo perquirir-se sobre a motivação da Declaração dos Direitos do Homem no Estado Liberal Clássico, ainda que em síntese, vez que o presente trabalho tenciona é a própria reconstrução jurídica do Direito Privado – mormente quanto ao fenômeno da repersonalização, tema que tem sido escrutinado pelos principais pensadores nacionais e internacionais do Direito. Dito isso, e sabendo-se que o Direito Privado, tal como entendido hoje foi introduzido a partir do Código de Napoleão, mediante suas regras sobre as relações entre as pessoas privadas, a sua capacidade, estado, família e personalidade. Assim, o referido *Code* era visto como a própria constituição privada ou constituição do cidadão particular, que complementaria e asseguraria a autonomia da vontade nas relações entre os indivíduos e o direito de propriedade, de forma a evitar-se a ingerência estatal tão abominada na época, em face da dolorosa experiência recente de ausência de freios ao poder dos reis e governantes, fato que era o inspirador das revoluções burguesas. Desse modo, a Constituição tinha como finalidade precípua a organização política estatal e a limitação do poder político, de modo que os códigos civis, daquele momento em diante eram baseados no princípio da igualdade apenas formal, garantindo os direitos fundamentais, concebidos, grosso modo, como liberdades econômicas, podendo-se dizer que ao invés da Constituição, o direito civil codificado é que era o centro do sistema jurídico¹³⁸.

No mesmo sentido alude Negreiros, que chega a referir que existia um verdadeiro paralelismo entre o direito civil e o direito constitucional, no seguinte sentido:

o paralelismo entre direito civil e direito constitucional fica representado pela existência de duas ‘Constituições’: ao lado da Constituição dirigida à disciplina da vida pública, o Código Civil era concebido como a ‘Constituição da vida privada’, baseada na propriedade e no contrato: ‘a propriedade privada e o contrato, que constituíam as colunas do sistema, vinham, por assim dizer, a ‘constitucionalizar’ certa concepção de vida econômica, ligada, como é notório, à idéia liberal¹³⁹.

A visão que deu origem a esse paralelismo foi o positivismo especialmente representado pelo *Code Napoleon* e, posteriormente, pelo próprio Código Civil Alemão, o *BGB*, onde os valores da sociedade erigidos como fundamentais eram a autonomia da vontade e a igualdade formal, sendo nítido o desinteresse acerca das relações sociais. Na verdade, tudo isso fora

10-12.

¹³⁸FINGER, Júlio César. Constituição e direito privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do Direito Civil. IN: SARLET, Ingo Wolfgang. *A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 85-87.

¹³⁹ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 49.

oriundo do pensamento civilístico-romano, que pregava que o próprio ser humano só conquistava a condição de cidadão quando adquirisse posses e propriedades, tanto que os desprovidos das mesmas, muitas vezes, não passariam da condição de escravos, não sendo considerados cidadãos, no sentido de não disporem, pela ausência da propriedade, da totalidade dos direitos afetos aos cidadãos, sendo verdadeiros indivíduos de segunda categoria, ou melhor, sequer seriam considerados cidadãos.

Também o caris político da época muito contribuiu para tais concepções, considerando que, somente com a quebra de paradigmas representada pela Revolução Francesa, fundamentada em ideais anti-absolutistas e defensoras de um Estado Constitucionalmente organizado é que gradativamente se verificou a necessidade da separação dos poderes, meio para assegurar os direitos dos cidadãos, sendo tais verdadeiros imperativos do propugnado Estado Constitucional. Percebeu-se, destarte, que os interesses do *ancien regime* (do clero e da nobreza), deviam ser excluídos da esfera pública, porque incompatíveis com o interesse geral dos cidadãos.

O ser humano era então entendido em sua substancialidade, num segundo plano na tutela ofertada pelo Direito, sendo que o próprio conceito civilista tradicional de relação jurídica¹⁴⁰ colocava o homem em posição de igualdade com as coisas e bens, e o vínculo jurídico existente apenas uniria pessoas e objetos, estando estes em total simetria jurídica, como se o ser humano pudesse fática e juridicamente estar em condições de igualdade com objetos inanimados, o que atualmente não mais se sustenta, considerando que os bens não passam de meros meios cujo fim sempre é o próprio homem. Bem ao contrário, a formatação jurídica, à época, era dos sistemas jurídicos fechados (como adiante se verá, bem ao contrário da maioria dos sistemas jurídicos atuais, que são abertos), pelas codificações e pelas regras de direito como *fattispecie*¹⁴¹ completa, perfazendo um *total* “conhecer prévio das regras do jogo”, estabelecendo-se o festejado mundo da segurança jurídica, tão apreciado pela sociedade burguesa¹⁴².

Finger resume bem a situação das normas no Estado Liberal:

¹⁴⁰ CARVALHO, A *teoria geral da relação jurídica*, 1981.

¹⁴¹ Por *fattispecie* devemos entender o suporte fático hipotético (abstrato) da norma, enquanto compreenda a descrição pormenorizada de uma conduta e a consequência jurídica da sua efetivação.

¹⁴² FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.) *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003. p. 21-22.

[...] os direitos fundamentais, eminentemente direitos de defesa, antepunham-se entre cidadão e Estado, estabelecendo entre eles uma relação verticalizada. *O direito civil assegurava*, no plano concreto, assim, que das relações entre os indivíduos, por ele disciplinadas, se mantivesse apartado o Estado. Não é difícil perceber que, na medida em que se esperava do Estado a não-intervenção na sociedade e suas relações, refletida nas *Constituições* tal exigência, também no plano normativo a influência destas no direito privado era nula. (grifo nosso).¹⁴³

Tal *status* jurídico dado à Constituição, entretanto, seria censurado a partir da Revolução Industrial, com o surgimento de uma classe social cada vez maior: a dos trabalhadores. Em face do crescimento desordenado da produção e da exigência massacrante dos empregadores, os obreiros, nova categoria sócio-econômica, passam a sofrer com péssimas condições de trabalho, jornada elástica, esforços físicos desproporcionais, salários baixíssimos, sem contar a exploração do trabalho infantil e feminino, sem quaisquer tutelas. Tudo ocorria sob o primado da autonomia da vontade então vigente, sem ingerência estatal, havendo a idéia de que os direitos fundamentais eram respeitados, haja vista que estes eram atendidos na medida em que os indivíduos pudessem regular seus interesses absoluta e autonomamente. No entanto, essa autonomia privada absoluta atendia, apenas, os interesses da classe burguesa, de modo que a classe trabalhadora era explorada com essa formatação jurídica¹⁴⁴.

Diante desse problema, algumas formulações doutrinárias, em especial a partir das lições de Karl Marx, reconhecem outras espécies de Direitos Fundamentais, quais sejam: os direitos sócio-econômicos, os quais seriam prestados pelo Estado, como dever deste para com os cidadãos. Trata-se de efetiva evolução no tocante à possibilidade de promoção de existência digna a todos. No entanto, como se verá, tais direitos sociais tiveram a sua gênese, ou seja, a sua regulação pela Constituição Mexicana e de Weimar e, somente após, em praticamente todas as Cartas de Direitos, contudo, ainda assim apresentaram dificuldades de concretização em face da dogmática clássica, a qual os enxergava como normas meramente programáticas, sem eficácia jurídica imediata e dependentes de regulação pelo Legislador ordinário¹⁴⁵.

Gize-se que, no período pós-guerra, entra em voga o redimensionamento da titularidade dos valores máximos da sociedade, oferecendo-se uma órbita de proteção a determinados grupos sociais, como por exemplo, os próprios consumidores. Tornam-se assim, fundamentais às necessidades da vida nacional os chamados direitos difusos e coletivos, os quais conduzem a uma edição cada vez mais crescente de novos diplomas legais, tais como, em níveis nacionais, o

¹⁴³ FINGER, *Constituição e direito privado*: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do Direito Civil, 85-87.

¹⁴⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 4.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1993. p. 207.

¹⁴⁵ FACCHINI NETO, *Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado*, 2003. p. 49/53.

Estatuto da terra, o Código de Defesa do Consumidor e a Lei do Inquilinato. Percebe-se, então, o verdadeiro esvaziamento das codificações civis, que cedem espaço a uma Lei Maior como centro do sistema jurídico, ou seja, a Constituição. Assim, diferentemente do período Iluminista, em que se acreditava que as codificações já existentes pudessem ter completude tal que abrangeriam todas as situações possíveis da comunidade, percebe-se a necessidade, em razão da mutabilidade das situações do cotidiano, de uma constante produção de legislação descentralizadora, a fim de suprir as lacunas do direito civil codificado. Toda essa nova normatividade, a partir desse momento, encontra seu verdadeiro fundamento no constitucionalismo, vez que é a Lei Fundamental que informa os valores buscados pela nova sociedade, e não mais o Código Civil¹⁴⁶.

O constitucionalismo moderno que ora se tenciona descrever, teve sua origem na década de 30 do século XX, período em que ocorreu a criação dos Tribunais Constitucionais Europeus e o controle concentrado de constitucionalidade, fato que faz com que se supere a visão tradicional de absoluta separação entre direito público e direito privado, já que se consagra o princípio da supremacia da Constituição, haja vista a necessidade de obediência das leis à Carta Magna¹⁴⁷, forjando a idéia de força normativa da Constituição.

Para explicar esse movimento, veja-se a síntese de Streck

[...] conseqüentemente, a *Constituição* passa a ser, em toda a sua substancialidade, o *topos hermenêutico* que conformará a interpretação jurídica do restante do *sistema jurídico*. A *Constituição* é, assim, a *materialização da ordem jurídica do contrato social*, apontando para a realização da ordem política e social de uma comunidade, colocando à disposição os mecanismos para a concretização do conjunto de objetivos traçados no seu texto *normativo deontológico*¹⁴⁸: (grifo nosso).

Perceba-se que as Constituições, a partir da década de 40, inclusive, passam a albergar conceitos próprios do Direito Civil, do Direito Tributário, de Direito Processual Civil e Penal, aumentando em muito o seu espectro, uma vez comparado com a fase clássica, onde basicamente, se constituía em um documento de organização político-estatal. Dito isso, mais nítido se percebe o rompimento da concepção liberal, que repartia a Ciência do Direito em seus campos de especialização. Destarte, hodiernamente, pelo fato de a Carta Magna consolidar os

¹⁴⁶ STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 5.ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

¹⁴⁷ STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p.107.

¹⁴⁸ Idem, p. 215.

valores fundamentais da sociedade, devendo toda legislação ordinária submissão aos seus comandos, não se concebe mais o estudo dos ramos do Direito sem o viés constitucional, bem como inadmissível não se conceder eficácia jurídica vinculante aos princípios constitucionais, doutrina difundida por Canotilho¹⁴⁹.

Idêntico entendimento também é esposado por Negreiros, para quem a sociedade contemporânea vivencia movimento diverso ao anterior paralelismo corrente entre o direito privado e o direito constitucional, o qual cede lugar a uma verdadeira convergência entre ambos, a saber:

[...] as relações jurídicas de natureza civil,...familiar, obrigacional, real ou sucessória, passam a disciplinar-se não apenas pelas normas contidas ou derivadas do Código, mas, igualmente, por princípios e regras constitucionais...O direito civil perde, assim, o seu significado constitucional, e “a posição e a defesa dos indivíduos e dos grupos no seio da sociedade estatal são agora confiadas a instrumentos que escapam do campo do Direito Privado, pertencendo decididamente ao Direito Público¹⁵⁰. (grifo nosso).

Com essas ponderações, Negreiros aduz que na sociedade atual, vive-se um momento em que inexistem as ‘duas constituições’, a constituição da vida pública (a própria Constituição Federal) e a da vida privada (o Código Civil), representando o paralelismo que outrora ocorria, posto que, na atualidade, vive-se um verdadeiro espaço de convergência entre as normas de direito privado e as de direito público, onde as mesmas se fundem e complementam-se mutuamente sem, é claro, se poder olvidar da supremacia das normas constitucionais frente às de direito privado.

Nesse sentido, o próprio Perlingieri que, aliás é um dos principais defensores da proposta metodológica do direito civil constitucional, ao comentar as “relações entre a norma constitucional e a norma ordinária”, apresenta cinco importantes compreensões a par das citadas relações, as quais demonstram as reais possibilidades e alcances que podem ser atribuídas as normas constitucionais. Nessa senda, primeiramente cita a Teoria da Constituição como limite, onde a norma constitucional atuaria apenas excepcionalmente e de modo residual, apenas como uma barreira à interpretação das normas ordinária, mantendo sempre essa única e restrita função, destarte sem verdadeiramente interferir sobre a aplicação das normas ordinárias. Após tem-se a Constituição com função apenas interpretativa, onde essa, além de ser apenas um limite

¹⁴⁹ De acordo com o pensamento de Robert Alexy, Ronald Dworkin entre outros, conforme ressalta o próprio CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7.ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003. p. 1159 e ss.

¹⁵⁰ NEGREIROS, *Teoria do contrato: novos paradigmas*, 2006. p. 49-50.

- seria também dotada de capacidade hermenêutico-interpretativa, por meio de princípios constitucionais genéricos, os quais estabeleceriam apenas um caráter sistemático da interpretação, ordenando às normas ordinárias do direito, todavia restando vedada a aplicação constitucional.

Num terceiro plano, tem-se a possibilidade da aplicação indireta da Constituição, onde é já possível a aplicação das normas constitucionais, todavia unicamente de *modo concomitante* com as normas ordinárias, o que importa dizer que, caso as normas constitucionais tenham conteúdo diverso das ordinárias, nenhuma delas poderia ser aplicada, porquanto a divergência constitucional importaria na inaplicabilidade das normas ordinárias e também das próprias normas Constitucionais, posto que essas jamais se aplicassem de modo independente.

Na seqüência já se tem a oportunidade de aplicação direta da Constituição, diante da ausência de normas ordinárias disciplinadoras das hipóteses jurídicas, onde então já se está diante da existência de verdadeiras lacunas jurídicas, diante das quais e poderá ter a aplicação da Constituição de modo direto e independente de qualquer norma ordinária. Nesse sentido, a Constituição passa a ser uma verdadeira fonte do Direito, no caso, fonte de uma relação jurídica de direito civil- fato que representa um importante avanço jurídico.

Finalmente, poder-se-á ainda compreender a Constituição mediante a perspectiva de uma norma de comportamento, onde deixa de apenas ser uma regra de hermenêutica consubstanciando-se na “razão primária e justificadora (todavia não a única, se for individuada uma normativa ordinária aplicável ao caso) da relevância jurídica de tais relações, atuando como verdadeira norma de comportamento idônea a incidir sobre o conteúdo das relações entre situações subjetivas, funcionalizando-as aos novos valores¹⁵¹.

Voltando-se, pois, à positivação dos direitos sócio-econômicos na Constituição, como já anteriormente abordada, esta concretização de Direitos Fundamentais só se dará na medida em que levada a efeito o caráter jurídico-normativo dos princípios constitucionais, na forma como lecionado pelos autores já citados. Essa assertiva também deve se estender ao Direito Civil Constitucional, haja vista que os mais importantes institutos privatistas estão integrados com os princípios constitucionais, devendo se atribuir força vinculante a estes, sob pena de sua não-efetivação.

¹⁵¹ PERLINGIERI, *Perfis do direito civil*: introdução ao direito civil constitucional, 2002. p. 10-13.

Nesta senda, ainda cumpre verificar, com Daniel Sarmiento¹⁵², que originalmente as normas constitucionais sempre tiveram apenas valoração moral, despidas de qualquer eficácia jurídica, contudo, desde que redefinido o próprio papel da Constituição, a qual, além de definir e organizar os poderes estatais, também passou a tutelar os direitos individuais da sociedade civil, surgiu a necessidade de se estabelecer mecanismos de controle da constitucionalidade. Contudo, por pressão e exigência das classes burguesas, a doutrina acabou dividindo as normas constitucionais em normas auto-aplicáveis e normas que dependeriam de regulamentação infra-constitucional para sua aplicação, negando-se, assim, força vinculante às normas protetivas dos direitos fundamentais do cidadão, consoante o interesse da burguesia dominante. Contudo, em meados do século XX, diversos autores de destaque, tais como Konrad Hesse¹⁵³, argumentaram que esta situação não era juridicamente sustentável, sendo que o que faltava para aplicação da Constituição, nestes casos, seria apenas a própria vontade de Constituição do cidadão, que seria a união de esforços para que a mesma passasse a ser normativa. Assim, então, ocorreu a transição do positivismo para o constitucionalismo, reconhecendo-se os princípios Constitucionais como normas a serem efetivamente aplicadas.

Para a hermenêutica então vigente, os princípios eram encarados como fontes subsidiárias do direito, somente devendo ser aplicados na ausência de uma normatividade específica sobre a temática versada.

Nos tempos atuais, já é bastante conhecida e consagrada a divisão das normas jurídicas em princípios e regras, consoante elaboração de juristas como Dworkin¹⁵⁴ e Canotilho¹⁵⁵, e dentre nós o percuciente desenvolvimento do tema por Eros Roberto Grau¹⁵⁶, sendo que as regras consistem em normas dotadas de suporte fático já pretensamente completo, enquanto que os princípios são normas cujo suporte fático depende de uma dado preenchimento ou valoração, campo bem mais fértil e amplo para uma intelectual aplicação do Direito, segundo as noções de peso e de importância destes mesmos princípios, os quais, notadamente também podem ser filosoficamente valorados e preenchidos, como normas abertas que são, e até porque eles próprios, os princípios, são determinantes da própria abertura do sistema jurídico vigente do Estado, assim como janelas abertas para o ingresso de conhecimentos das mais diversas áreas do

¹⁵² SARMENTO, *Direitos fundamentais e relações privadas*, 2003.

¹⁵³ HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFE Editor, 1991.

¹⁵⁴ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

¹⁵⁵ CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 1159 e ss.

¹⁵⁶ GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 4.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. p. 70 e ss. Nesse sentido, também ver a obra de GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 2.ed. São Paulo: RT, 1991.

conhecimento e do saber, a fim de se concretizar numa aplicação o tanto mais justa e eficiente possível do Direito.

Com efeito, quando se fala em concretização de direitos, em especial no que diz da aplicação dos princípios jurídicos, como *in casu*, o da dignidade da pessoa humana, se faz mister sua análise perante a própria totalidade do sistema jurídico, sendo que os princípios, como já referido, promovem uma verdadeira abertura do sistema. Nesse sentido, tem-se que é fundamental fazer-se uma pequena incursão, sobre o próprio significado de sistema jurídico, para o que se adota o entendimento esposado por Martins-Costa, que entende que um sistema compreende “[...] a distribuição das diferentes partes de uma arte e de uma ciência na qual todas se sustentam mutuamente, e na qual as últimas explicam-se pelas primeiras”¹⁵⁷.

No mesmo sentido, também é imprescindível a noção de sistema jurídico declinada por Claus-Wilhelm Canaris, que assim obtemperou, *verbis*:

[...] uma ordem teleológica de *princípios gerais do Direito*, sustentada em uma estrutura particularizada pelo emprego de determinado vocabulário correspondente a certos conceitos, pelo agrupamento de regras em certas categorias, pela utilização de determinadas técnicas de interpretação, e por específicas concepções da ordem social que determinam o modo de aplicação e a própria função de ordenamento jurídico¹⁵⁸. (grifo nosso).

Outrossim, como o Código Civil Brasileiro de 2003 cura-se de um sistema jurídico aberto, considerando que o mesmo acolheu valores como os presentes nos princípios da função social do contrato e da boa-fé objetiva¹⁵⁹, que contêm importantes diretrizes sistemático-valorativas, o atual *Code* realmente possibilita o ingresso no sistema jurídico pátrio de uma extensa gama de novos valores e direitos para o cidadão, tal como acomete com o princípio da dignidade da pessoa humana, que estabelece as bases da Repersonalização do Direito – perspectiva que leva a pessoa humana para o ápice da tutela jurídica estatal¹⁶⁰.

¹⁵⁷ MARTINS-COSTA, Judith. As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico. *Revista da Informação Legislativa, Brasília*, n. 112, 1991. p. 13 e ss.

¹⁵⁸ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*. Tradução de Antônio Menezes Cordeiro. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 103.

¹⁵⁹ Respectivamente, de acordo com os artigos 421 e 422 do aludido diploma legal.

¹⁶⁰ Nesse sentido já tive a oportunidade de anotar com base nos ensinamentos do próprio Canaris, a respeito dos princípios e do sistema jurídico, as seguintes referências: “É justamente nos sistemas jurídicos do tipo aberto (como o atual Código Civil Brasileiro), os quais estão permanentemente aptos a mudanças e à inclusão de novas descobertas jurídicas, que se verifica a importância dogmática dos princípios jurídicos, uma vez que deles efetivamente surgem, impulsionados pela cada vez maior multiplicidade de relações decorrentes do fenômeno da massificação social, uma gama de novos valores [...]”. CAPPELARI, Récio Eduardo. *Responsabilidade pré-contratual: aplicabilidade ao direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995, p. 97.

Prosseguindo na busca de uma real efetividade dos princípios constitucionais, no caso específico dos direitos fundamentais como a referida dignidade da pessoa, há que se pensar, como já aludido, na possibilidade da imediata eficácia dos direitos fundamentais inclusive nas relações *inter privatos*, em determinadas hipóteses, o que não significa negar validade desses direitos através da lei. Assim, tem-se que ambas as modalidades são perfeitamente compatíveis, tanto pela forma tradicional, onde o legislador infraconstitucional concretiza o alcance desses direitos mediante as normas de legislação ordinária, bem como pela direta aplicação da Constituição, até porque o que realmente urge é que a sociedade civil não fique mais à mercê da omissão legislativa para ver concretizados os direitos fundantes de sua própria dignidade, daí que diante desta frustrante inatividade legislativa não há porque se entender pela inaplicabilidade dos princípios constitucionais, sendo totalmente contraditório que as leis oriundas do poder constituinte originário ficassem sobrestadas diante de normas (ou da ausência delas) oriundas de uma legitimidade inferior¹⁶¹.

No caso das normas Constitucionais, acredita-se que cabe ao próprio Poder Judiciário, como um dos poderes da República, laborar no sentido de buscar a efetivação dos direitos fundamentais afetos ao cidadão, posto que nesta esfera jurídica a legitimidade legal é tamanha que pode ser reputada como absolutamente prioritária e preferencial diante das demais normas existentes, até como forma de se garantir um mínimo de dignidade ao ser humano, sendo que eventuais conflitos, antinomias ou lacunas jurídicas devem ser hermenêutica e fundamentadamente afastadas em prol da concretização das normas Constitucionais. Para tanto, frisa-se que o próprio intérprete necessita estar ciente de sua responsabilidade, além de comprometido com o seu dever de efetivação destes direitos fundamentais, bem como sabedor de que não deve comportar-se como mero copiator ou repetidor de normas e jurisprudências, sendo o próprio autor um criador do direito ao laborar com suas fontes sem mediações quaisquer, além de consubstanciar-se no próprio garante da qualidade e da adequação da interpretação jurídica que irá efetuar o que há de ter imensa importância na atualidade jurídica¹⁶².

Inobstante a tudo isso, como obtemperou Negreiros, ainda são efetuadas algumas contundentes críticas ao direito civil constitucional enquanto perspectiva metodológica, tais como de que a mesma, por cuidar de valores, que notadamente são imutáveis, de sorte que sobre os mesmos não se poderia raciocinar ou reflexionar; além dos próprios efeitos que a

¹⁶¹ Conforme FACCHINI NETO, *Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado*, p.49-53.

¹⁶² Para essas considerações consultar PERLINGIERI, *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*, 2002. p. 69-70.

globalização, por ser uma realidade transnacional que se impõe às Constituições e aos Estados, poderia enfraquecê-las a ponto de retirar a máxima legitimidade das quais as Constituições são detentoras, vindo em movimento contrário à aplicação Constitucional.

Nesse sentido, em primeiro plano, no que diz do viés axiológico, tem-se que os valores em que pese sejam realmente imutáveis, porquanto são uma constante formadora dos próprios direitos, são eles de conteúdo variável, consoante em dado momento histórico ou cultural a sociedade passe a reputar alguns de seus caracteres mais ou menos imprescindíveis, fato que também passa pela razoabilidade e pela ponderação específica dos casos concretos, considerando que, no mais das vezes apresentam-se na forma principiológica.

De outra banda, já no que pertine ao tema da globalização, sem dúvida alguma o assunto é bem mais complexo, dado à própria amplitude que ele alcança, considerando a assertiva de inadequação histórica para a defesa das Constituições pátrias, no momento em que um fenômeno praticamente inafastável como o da globalização está subtraindo a força das normas constitucionais, porquanto a globalização, como lógica irrefutável de mercado, está modificando a configuração dos Estados de Direito, mediante a criação de normas e de condutas uniformes para toda a indústria e o comércio, fato que se estabelece com uma superioridade verdadeiramente supranacional, impondo a sua nova ética, ou seja, a do lucro a qualquer custo, que está influenciando e alterando as políticas Estatais, chegando a enfraquecer a soberania dos mesmos e conseqüentemente as próprias Constituições.

Todavia, embora se reconheça a importância do fenômeno, pondera-se ao mesmo tempo em que não se pode aceitar a simples derrocada das fronteiras estatais mediante essa impiedosa imposição do capital financeiro, que sem pátria e sem cor, tão somente visa o lucro em detrimento das pessoas humanas, porquanto não se pode tolerar que o poder estatal reste como verdadeiramente refém do poder econômico, motivo pelo qual se pondera que tais assertiva vislumbram instalar uma nova técnica de retórica que justamente objetiva enfraquecer os Estados Nacionais (até pela técnica do exagero e da impositiva inexistência de outros caminhos), motivo pelo qual o Direito não pode apenas aceitar tal imposição, posto que essa, em que pese a sua evidente força, em suma, trata-se de mais uma questão econômica da sociedade atual, a qual igualmente merece e certamente deve ser atentamente regulada pelo Direito¹⁶³.

Assim, destacadas as severas repercussões que a economia global exerce na ordem

¹⁶³ NEGREIROS, *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 67-84.

social dos Estados, cuja maior repercussão evidentemente se dá na própria economia, mas que pode proporcionar um verdadeiro desvirtuamento do Ordenamento Jurídico dos Países, impondo até uma derrocada do direito civil-constitucional, motivo pelo qual importa aduzir-se com Negreiros, que

[...] chega-se assim ao cerne do problema: não se pode admitir que a perspectiva civil-constitucional seja afetada por críticas derivadas de uma concepção do Direito e de seu operador que esterilizem a reflexão jurídica, reduzindo-a a um mero apêndice da economia, da sociologia ou da história. Em suma: não se cura a doença matando o doente¹⁶⁴.

Nesse sentido, também faz eco a orientação de Sarmento, para quem verdadeiramente não se podem aceitar as iníquas imposições oriundas do neoliberalismo e da globalização, as quais se revelam em fontes férteis para o crescimento das desigualdades e diferenças sociais nos países mais vulneráveis, motivo pelo qual refere “que, sobretudo em países marcados pelo estigma da injustiça social, como o Brasil, é importante apostar nas virtualidades da Constituição, até para usá-la como escudo ante os efeitos excludentes da globalização”¹⁶⁵.

Destarte, uma vez em linhas gerais explicitadas as reais possibilidades dos princípios constitucionais, pode-se dizer que, em face do tratamento constitucional atribuído às categorias antes só edificadas pelo diploma civil codificado, como o direito à propriedade e a própria impenhorabilidade do bem de família (entre outros direitos), realmente acredita-se na efetiva consolidação de uma hermenêutica unificadora do direito privado em torno da Constituição, considerando que a norma constitucional passa a justificar e a integrar o próprio sistema da civilística, sendo essa uma das principais perspectivas do direito civil-constitucional, tal como observou Negreiros, para quem a citada sistemática “consiste em um discurso de defesa dos ‘princípios constitucionais’ e, especialmente, da sua direta e imediata aplicação a todas as relações jurídicas, aí incluídas as relações tipicamente de natureza civil, travadas entre os particulares”¹⁶⁶.

Há que se ponderar, por fim, que a trajetória Constitucional iniciada em 1988, deve continuar singrando mares, não podendo apequenar-se nem mesmo diante da força excludente da globalização, imposta pelos grandes conglomerados supranacionais, os quais

¹⁶⁴ NEGREIROS, *Teoria do contrato: novos paradigmas*, 84.

¹⁶⁵ SARMENTO, Daniel. Constituição e Globalização: a crise dos paradigmas do direito constitucional. In: *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, n.º. 215, jan.-mar., 1999. p. 34.

¹⁶⁶ NEGREIROS, *Teoria do contrato: novos paradigmas*, p. 67.

verdadeiramente pretendem impor as regras para o mundo, de modo a que lhes propicie maiores e melhores possibilidades de lucratividade a qualquer custo – independentemente de ser em detrimento dos direitos fundamentais das pessoas e cidadãos dos Estados¹⁶⁷, motivo pelo qual o direito civil constitucional deverá prosseguir reconstruindo seus conceitos rumo à realidade da vida contemporânea, sempre focado na primordial e virtuosa defesa da pessoa humana com a consolidação dos necessários aportes constitucionais.

Nota-se, dessa feita, que o novo constitucionalismo brasileiro, não visa mais, apenas, o tradicional estabelecimento dos Poderes Estatais e suas funções específicas, mas objetiva também a própria tutela da pessoa humana e dos cidadãos do Estado, destarte, indo além da mera estruturação do Estado de Direito, fazendo emergir assim, a Repersonalização do Direito em toda a sua estrutura, bem como no particular do direito privado, mormente quando em sua sistemática outorga destaque ao princípio da dignidade, atribuindo a própria pessoa a condição de valor básico do Estado Democrático brasileiro.

2.2 O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: um resgate dos fundamentos do Direito

Uma vez tendo a Constituição brasileira vigente, no seu artigo 1º, inciso III, consagrado o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da nossa República, tornou-se imprescindível por parte dos aplicadores do direito, dos filósofos e hermeneutas, a tarefa de determinar o conteúdo e o alcance deste relevante valor-conceito, a fim de que, adequadamente compreendido e elucidado, possa ser aplicado de forma correta e em toda a sua plenitude. Assim, atentando-se para o fato de que as principais normas do direito civil também restaram agregadas ao texto Constitucional, tal ocorrência, mais do que um ganho em relevância e hierarquia jurídica, também importa na própria alteração do *modus operandi* da tutela antes outorgada, *in casu*, da própria proteção destinada à pessoa humana. Com efeito, o princípio constitucional referido veio para assegurar a mais ampla e eficiente proteção à tutela do ser humano e de sua dignidade, englobando muito mais do que a sua própria vida, integridade física e honra, tutela tradicionais do direito, as quais inclusive restam igualmente protegidas pelo direito criminal.

¹⁶⁷ Nesse sentido ver CHOMSKY, Noam. *O lucro ou as pessoas? neoliberalismo e ordem global*. Tradução de Pedro Jorgensen Jr., 5.ed., Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006.

Já se tendo visto a importância do Constitucionalismo com relação à compreensão do princípio da dignidade, além de suas repercussões no campo do direito privado, tem-se que ainda é mister ressaltar a necessidade do máximo respeito e observância ao referido princípio, sendo que, para tanto, efetuar-se-á uma necessária incursão sobre o assunto, no escopo de melhor compreendendo a questão, justificar-se o imperativo de sua incondicional defesa.

Desta feita, e como já referido, acredita-se que somente pela adequada percepção do nosso *alter* é que flui, naturalmente, a observação e o respeito à diversidade do nosso eu, incluindo-se o tema da dignidade humana, no sentido que devo exigir o respeito à minha própria dignidade, bem como manter a mesma conduta quando trata-se da dignidade de outrem, sendo que nesse sentido deve-se pensar, inclusive, numa autêntica inversão de pólos, onde o *eu* tem de colocar-se no lugar do *outro*, para que perceba-se a este com o mesmo grau de valoração e humanismo com que percebe-se a si mesmo, e não apenas perceber o *outro* como simplesmente um *alter*, vale dizer, como se não tivesse o mesmo grau de importância que nossa própria pessoa, mormente porque a vida necessariamente se dá num conjunto de seres que vivem de modo compartilhado, pois essa, em nossa percepção, é a única forma de possibilitar a vida em sociedade, ao menos em termos de um coexistir de modo harmônico, com a aceitação das diferenças existenciais próprias a cada ser humano, fruto da condição de que a pessoa humana é um ser único e irrepetível no mundo, a guardar, cada um, suas peculiaridades intrínsecas até o final de sua existência terrena, a qual, muitas vezes, bastante conturbada, fato que é mesmo fruto natural das próprias diferenças existentes entre os seres humano, os quais, nessa perspectiva, são ao mesmo tempo, iguais e diferentes entre si, sendo esse também um dos importantes traços em que se situa o princípio da dignidade da pessoa humana.

Assim sendo, não é difícil de verificar que para a concretização da dignidade de cada pessoa individualmente considerada, e, tendo em conta sua condição de ser no mundo, aí asseverado o traço da coexistencialidade, do viver em sociedade, necessitando-se da alteridade como pressuposto existencial, sendo correto aduzir que, para a concretização da dignidade da pessoa humana, é imperativo o respeito ao nosso semelhante, na exata medida e proporção do que se efetuará para a nossa própria pessoa.

No que diz especificamente à dignidade, brevemente retomar-se-á o estudo efetuado por Maurer¹⁶⁸, que tem como fundamental para que se possa compreender melhor o próprio princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, posto que a autora, ao fazer incursões no

¹⁶⁸ MAURER, *Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana*, p. 61 - 87.

trabalho de Georg Hegel, analisa as principais noções da dignidade, estabelecendo esta numa visão tripartida, sendo a dignidade “para si”, dignidade “para nós” e a dignidade “em si”, o que faz ressaltando algumas importantes conclusões sobre o assunto, as quais são importantes para a verificação do sentido que a Constituição pátria pretendeu imprimir ao nosso Ordenamento Jurídico, e em especial quanto ao autêntico sentido jurídico-constitucional atribuído ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Nesse passo, destaca-se, de modo direito, a dignidade em si, ou a própria dignidade em si mesma considerada¹⁶⁹, sendo a definição da dignidade da pessoa humana no sentido universal, fato cuja importância é praticamente incontestada, até porque representa a *summa divisio* entre a *coisa* e a *pessoa*, consoante já apregoado por Kant¹⁷⁰. Nesse sentido tem-se o próprio pensamento filosófico sobre a valoração da pessoa, antes já versado, de que as coisas e objetos têm a sua valoração representada no sentido *econômico*, logo tem um preço, enquanto que a pessoa humana tem a sua valoração centrada no aspecto *filosófico*, ou em si mesma, dessarte, na sua própria dignidade.

É, portanto, graças ao sentido absoluto da dignidade, como atributo exclusivo da pessoa humana, como dignidade em si e como fundamento identificador da diferença entre o ser e o objeto, que se teve um desenvolvimento filosófico e, mormente, relevantes conseqüências jurídicas, assim como asseverado por Maurer, *in verbis*:

[...] é graças a ela (*dignidade*) que, muito tempo depois, deduziu-se a conseqüência jurídica de *libertar o homem da escravidão*. Se podemos vender bois ou destruir um prédio, não podemos, ao contrário, dispor de uma *pessoa*, sendo esta dotada de uma *dignidade fundamental* [...] ¹⁷¹. (grifo nosso).

Ademais dessas importantes considerações, como se verificará, a dignidade tem uma conceituação e mesmo um conteúdo dinâmico, já que está permanentemente sendo redefinido, dado à extrema dinâmica da sociedade contemporânea, posto que ela é a própria fonte e a finalidade da pessoa humana, motivo da imperatividade de seu respeito, o qual, quando inobservado, certamente importará as mais severas e variadas modalidades de ferimentos aos direitos fundamentais do cidadão. Ressalva-se, outrossim, que a dignidade em si é a modalidade

¹⁶⁹ Posto que as demais, a dignidade *para si* e a dignidade *para nós*, já foram elencadas no Capítulo anterior, e no sentido jurídico - enquanto direito fundamental, o princípio da dignidade refere-se precipuamente à *dignidade em si*. (grifo nosso).

¹⁷⁰ KANT, Fundamentação da metafísica dos costumes, 2005, p. 58 - 58.

¹⁷¹ Para essas considerações ver MAURER, *Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana*, p. 73 - 74.

que verdadeiramente representa o sentido propugnado pelo princípio da dignidade da pessoa humana de acordo com a Constituição Federal Brasileira, configurando o já citado sentido absoluto da dignidade, o qual é o próprio atributo definidor da pessoa humana.

Nesse mesmo passo também alude Hironaka, obtemperando que não há maiores dúvidas de que o sentido que a Constituição Federal pretendeu atribuir ao princípio da dignidade foi verdadeiramente o sentido Kantiano da expressão, tanto que a citada autora, ao analisar o entendimento de diversos juristas pátrios¹⁷², destaca que todos eles chegaram a essa conclusão, apesar de que, em suas ponderações, por vezes, abordem questões diferenciadas sobre Kant, todavia, apesar de que a mesma ao final de suas observações, assevera que a dignidade da contemporaneidade é um valor variável determinado por uma autoridade resta, portanto “em aberto a tarefa de definir com precisão o que é uma dignidade humana válida na ética, e que seja válida ainda no direito, e principalmente vice-versa...Essa é a vaga que resta na nossa doutrina”¹⁷³.

Finalmente, antes de encerrar-se a temática da dignidade, ainda é mister que se teça mais algumas observações sobre a necessidade, ou melhor, sobre a imperativa necessidade do respeito à dignidade, para o que também se utilizarão as reflexões de Maurer, que analisa as noções de respeito sob a modalidade do “direito ao respeito” como também do “dever de respeito” à dignidade, sendo que dessas premissas se efetuará algumas conclusões.

Sobre esse particular, destacam-se as seguintes ponderações:

[...] o *respeito* é aplicado sempre unicamente às *pessoas*, nunca às coisas, diz Kant. Essa atitude do respeito não é a *indiferença*. Para Kant, com efeito, a expressão *respeito* é muito forte. A própria legislação que determina todo valor deve ter, precisamente por isso, uma dignidade, isto é, um valor incondicionado, incomparável, traduzido pela palavra respeito, a única que expressa de maneira adequada a *estima* que um ser racional deve ter para com ela. *A exigência de respeito em Kant é dupla*: traduz o *direito* de que sua *dignidade* seja respeitada por outro e o *dever* de respeitar sua própria *dignidade* e a do *outro*¹⁷⁴. (grifo nosso).

Outrossim, como assinalado, também se destaca que a dignidade ainda se apresenta como um dever, onde se denota a imposição de respeitar não só a dignidade de outrem, mas também a nossa própria, isso porque, como antes referido, tem-se como pressuposto do respeito

¹⁷² A saber, Antônio Junqueira de Azevedo, José Afonso da Silva, Fernando Ferreira dos Santos, Ingo Wolfgang Sarlet e Alexandre de Moraes, todos juristas nacionalmente reconhecidos.

¹⁷³ HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes. *Responsabilidade pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 158-215.

¹⁷⁴ HIRONAKA, *Responsabilidade pressuposta*, p. 80.

a outrem o respeito a si mesmo, donde esse respeito se apresenta como um direito e também como um verdadeiro dever da pessoa. Nesse passo, como a dignidade é um absoluto, e somente é absoluto aquilo que vale para todos, ela, além de valer para outrem, evidentemente também vale para a própria pessoa, a qual, nessa condição, designa mais um dever do que um direito, até como condição de possibilidade de uma coexistência pacífica e harmônica em sociedade, sendo, destarte, obrigatória em ambos os sentidos, conforme já destacado.

Ainda, aduz-se que é igualmente indissociável o respeito a si mesmo e o respeito a outrem, os quais se complementam e estabelecem a importante possibilidade da pessoa reconhecer-se na imagem do outro, da já referida alteridade, condição que poderá estabelecer, além do próprio respeito, algo a mais, tal como um dever de fraternidade ou solidariedade social¹⁷⁵, valor muito relevante e mesmo imprescindível para se afastar o egoísmo e o materialismo do seio da pessoa humana, os quais são causadores de muitas injustiças e de fatos lamentáveis na nossa contemporânea sociedade de consumo.

Ademais, é mister referir que a dignidade da pessoa humana se constitui num dos temas mais atuais e relevantes do Direito, consoante já referiu Sarlet

[...] pelo fato de que a dignidade vem sendo considerada qualidade intrínseca e indissociável de todo e qualquer ser humano, é certo de que a destruição de um implicaria a destruição de outro, e que o respeito e a proteção da dignidade da pessoa constituem-se em meta permanente da humanidade, do Estado e do Direito¹⁷⁶.

Desta feita, sendo a dignidade em si, a dignidade correspondente ao próprio princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, onde essa se apresenta como o valor próprio e exclusivo do ser humano, motivo pelo qual a dignidade é o próprio fundamento jurídico da pessoa, ou seja, é a dignidade que representa e legitima os direitos dos quais a pessoa humana é portadora. Nesse sentido, ao contrário do que já se pensou, a dignidade não é apenas o fundamento da moral, mas também é do próprio Direito, como bem ponderou Moraes:

a dignidade humana não é criação da ordem constitucional, embora seja por ela 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. Com efeito, da mesma forma que Kant

¹⁷⁵ Dever que inclusive consta como um objetivo a ser alcançado pela sociedade brasileira, consoante previsto na própria Constituição da República Brasileira, a saber, no seu artigo 3º inciso I.

¹⁷⁶ SARLET, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*, p. 27.

estabeleceu para a ordem moral, é na dignidade da pessoa que a ordem jurídica (democrática) se apóia e se constitui. Isso significa dizer que o valor da dignidade alcança todos os setores da ordem jurídica [...]¹⁷⁷. (grifo nosso).

Nessa senda, também revela perspicácia Oliveira Pinho ao referir que a dignidade da pessoa humana tem papel fundamental para a unificação do sistema constitucional brasileiro, considerando curar-se de um princípio fundamental, ou melhor, do principal fundamento insculpido na Constituição pátria, considerando que a dignidade é a própria fonte, o fundamento de todos os demais valores, a ponto de que esses nada mais serão do que meios para a sua realização, posto que a dignidade, além de atuar como parâmetro para a própria solução dos conflitos entre os demais valores constitucionais, também efetuará o mesmo mister com os seus consectários normativos (os princípios e as regras), tal como acontece com a própria justiça (que representa o fim a ser alcançado), e até mesmo com a igualdade (que é um dos meios pelos quais a dignidade se verifica), de tudo isso se verifica que o sistema constitucional pátrio efetivamente atribuiu à dignidade da pessoa humana a condição de valor-matriz de todos os demais valores¹⁷⁸.

Dito isso, pode-se dizer sem menosprezar a necessidade do efetivo aprofundamento da própria conceituação e do conteúdo da dignidade, verdadeiro pressuposto para que em todas as situações se possam envidar esforços no sentido de sua defesa e reconhecimento, mas, antes mesmo de uma melhor sistematização conceitual, o mais relevante mesmo é pugnar pela sua observância mesmo nas mais variadas situações, ainda que se cure de um conceito dinâmico e polissêmico, que é revestido pelas intensas transformações da atual sociedade de consumo, isso porque a sua integridade e consideração representa um dos verdadeiros possibilitadores da vida humana em sociedade, motivo pelo qual foi universalmente reconhecido como uma das constantes metas dos Estados Democráticos e Constitucionais de todo o mundo, sendo igualmente um dos principais fundamentos do direito contemporâneo.

2.2.1 O núcleo axiológico do princípio da dignidade da pessoa humana

Ao se verificar que a dignidade implica em uma louvável conquista para o direito

¹⁷⁷ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 83-84.

¹⁷⁸ PINHO, Leda de Oliveira. *Princípio da igualdade: investigação na perspectiva de gênero*. Porto Alegre: SAFE, 2005. p. 152-153.

brasileiro, dotada de necessária idoneidade jurídica para tutelar toda a gama de direitos pertencentes à pessoa humana, cumpre agora investigar quais são esses direitos (ao menos os principais deles), que consubstanciam o conteúdo do princípio da dignidade.

Nesse sentido é pertinente o magistério de Moraes, ao analisar a tutela da dignidade da pessoa humana e destacar que esta alcança todas as pessoas, quando expõe razões que reafirmam

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 maneira ou de outra, frágeis e que estão a exigir, por conseguinte, a especial proteção da lei. *„Seguramente este é o aspecto mais visível da mencionada transmutação.”*¹⁷⁹ (grifo nossos).

Na seqüência, prossegue Moraes, argumentando que na busca do substrato consubstanciador da dignidade da pessoa humana, onde destaca os princípios da igualdade, da integridade física e moral ou psicofísica, da liberdade e da solidariedade, como sendo as bases formadoras daquele valor maior, vale dizer, da dignidade da pessoa humana como princípio jurídico, os quais, na seqüência, serão paulatinamente analisados.

a) A igualdade

A igualdade, sem dúvida alguma, é um dos preceitos mais relevantes para os indivíduos e para a sociedade como um todo. Devido à mesma já se travaram imensos contrapontos, disputas e até Revoluções, destacando-se a Francesa de 1789.

Sendo assim, a igualdade é simplesmente o ponto de partida para se alcançar uma sociedade mais justa e solidária, na medida em que seu conteúdo axiológico busca, mesmo em sua conotação mais módica, a da igualdade formal, normalmente representada por uma norma jurídica que considera a isonomia entre todas as pessoas de um determinado Estado, tendo a mesma a função precípua de que nenhuma pessoa possa ser discriminada, por quaisquer motivos, em meio aos seus semelhantes. Seu conteúdo normativo geralmente determina que todos são iguais perante a lei, independentemente de suas características e convicções, desde

¹⁷⁹ MORAES, Maria Celina Bodin de, O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 105-148.

que as mesmas não possam ser consideradas fatos ou ações ilícitas¹⁸⁰.

Prosseguindo, apesar de a igualdade formal ter sido muito importante e tendo servido como baluarte da sociedade liberal, diante do contexto de uma sociedade de massa, e mais ainda, nos tempos atuais, na sociedade pós-moderna, tornou-se insuficiente o referido conceito, pois não conseguiu mais dar conta de colocar em condições de igualdade sujeitos tão distintos como os que se deparam nas relações jurídicas no atual mundo dos fatos. Surgiu então a denominada igualdade substancial representada pela necessidade de tratar desigualmente os desiguais, na mesma proporção desta desigualdade. Esta representa nada mais do que o reconhecimento de que a sociedade comporta indivíduos de condições sociais tão diferenciadas entre si, que tratá-los igualmente representaria permitir que os mais poderosos sempre partissem de uma situação vantajosa, ao invés de igualitária¹⁸¹.

b) A integridade física e moral da pessoa

Para o presente estudo, a questão da integridade, do direito à vida e da preservação de todos os atributos da dignidade e moral humanas guardam especial importância, considerando que estamos tecendo considerações sobre a importância da defesa da pessoa humana e de sua dignidade perante o Direito.

Não se pode olvidar que a defesa da pessoa humana, de sua própria vida, integridade física e moral sempre tiveram relevância, até porque tais são condições de possibilidade da própria preservação da espécie, razões pelas quais esta tutela também resta afeta à esfera do direito penal, ou melhor, direito penal constitucional. Embora a evidente necessidade de preservação e respeito à espécie humana, como condição possibilitadora de sua própria continuidade existencial, não se pode esquecer o posicionamento que Thomas Hobbes já apresentara de que o *homo lupus homo*¹⁸², motivo fundante da existência de mecanismos jurídicos de proteção ao ser humano para a sua própria convivência em sociedade.

Na verdade, o atual conceito de proteção da pessoa humana representa um direito à prestação integral por parte do Estado, e certamente também oponível à esfera privada, às pessoas físicas e jurídicas, em que pese, evidentemente, estas também sejam detentoras dos

¹⁸⁰ MORAES, *Danos à pessoa humana: uma leitura civil -constitucional dos danos morais*, 2003. Também, MORAES, Maria Celina Bodin de, O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 105-148.

¹⁸¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: Malheiros Editores, 1993.

¹⁸² O homem é o lobo do próprio homem, o que indica o entendimento do citado autor, de que o homem é mau por essência, tendendo a destruir o próprio semelhante e, destarte, o Estado e a própria Lei devem intervir para aplacar o seu instinto egoísta-destrutivo.

mesmos direitos fundamentais. Como já frisado, hodiernamente a proteção à pessoa irradiou efeitos de forma a gerar um verdadeiro complexo de amplíssimos direitos, estabelecendo garantias nos mais variados contextos sociais. Tem-se aí, apenas para citar alguns, a defesa do direito ao nome, à honra, à privacidade, além do próprio desenvolvimento de novos conceitos como a própria bioética¹⁸³. Assim, sempre articulando que os valores diretamente atinentes à pessoa humana são muito mais relevantes que todos os demais, mormente os que digam às relações patrimoniais, é que efetuou-se esse veemente advogar dos fundamentos valorativo-existenciais, para tanto rememorando as já citadas lições de Immanuel Kant, a qual sempre merece ser revisitada, no sentido da importância da defesa do ser humano e de sua dignidade, a qual é tamanha que mesmo a própria pessoa, por razões éticas, não deve ter a possibilidade de dispor de si mesmo, ao seu bel prazer, porque não sendo uma coisa, mas um fim em si, qualquer agressão à sua natureza, por mais que por ele próprio perpetrada, resta incondicionalmente inadmissível perante o Direito¹⁸⁴.

c) A liberdade

A liberdade, valor festejado pelo dogmatismo positivista-liberal, e igualmente para os Estados de Direito defensores do modelo econômico-capitalista, o que lhes é afeto principalmente porque autorizam condutas como as relações jurídicas contratuais dotadas de cláusulas abusivas e, de um modo geral, sempre defensoras do poder dos grandes conglomerados econômicos em detrimento de importantes valores como a solidariedade social e da própria justiça como um todo.

Mas é pertinente que se aduza que, se por um lado a liberdade pode até representar egoísmo e abuso dos poderosos detentores do capital globalizado, também é verdade que ela igualmente representa importante fundamento que outorga ao cidadão o seu direito de ir e vir, de não ser submetido às condutas manifestamente contrárias à sua volição e aos seus próprios ideais e pensamentos. O mundo hodierno, neste particular, revela todas estas feições, no mais das vezes antagônicas e que exigem uma valoração-ponderação dos interesses contrapostos, de um indivíduo com outro, do indivíduo para com a sociedade e também com o próprio Estado, na medida em que a sociedade, em prol da convivência em grupo tende a limitar os direitos individuais do cidadão. Manifestações atuais destas limitações são cada vez mais freqüentes,

¹⁸³ Com relação ao tema da *bioética*, o mesmo não será abordado, sendo tão somente citado apenas à guisa de exemplo. Contudo importantes reflexões sobre o mesmo podem ser encontradas em SÈVE, *Para uma crítica da razão bioética*. 1994.

¹⁸⁴ No particular, refere-se ao *suicídio* e à própria *eutanásia*. (grifo nosso).

como, *verbi gratia*, instalação de mecanismos eletrônicos de segurança, no direito de trânsito os famigerados pardais e lombadas eletrônicas, além das próprias câmeras de vídeo instaladas em praça pública a vigiar indistintamente todos os cidadãos e a tolher sensivelmente o seu direito de privacidade. Todas estas importantes questões gravitam na importante esfera da liberdade, pelo que, por si só já se percebe a importância desse valor, que é ínsito à pessoa humana e que deve ser utilizado em seu benefício e não em seu desfavor, visando fins outros que não a própria tutela do indivíduo¹⁸⁵.

d) A solidariedade

O princípio da solidariedade social, atualmente incluso na própria Constituição Federal Brasileira, no seu artigo 3º, inciso I, como objetivo primordial da República Brasileira, representa uma verdadeira mudança na própria concepção de solidariedade, a uma porque passa a ser de observação e vinculação obrigatória, pois imperativamente deverá ser obedecido pela sociedade civil e pelo poder público, mas também, e talvez principalmente porque deixa de ser uma mera caridade, afetas às pessoas bondosas ou às entidades voltadas a este mister, passando a merecer primazia nas próprias políticas públicas e também no respeito entre os particulares.

O valor solidariedade é tão relevante que também serve de substrato fundamentador do próprio direito de danos e da proteção ao ser humano, atuando como novo e importante sustentáculo da própria responsabilidade civil¹⁸⁶.

Assim, frisando que a solidariedade é indiscutivelmente importante, mesmo porque também pode atuar em diversas esferas jurídicas, para além das já referidas, mas também na própria questão do respeito pelas minorias, no interesse por uma melhoria da qualidade de vida dos cidadãos menos privilegiados, sendo pressuposto verdadeiramente consubstanciador e introjetado na própria dignidade humana, sendo fundamental para um saudável convívio social, assegurado que é de um verdadeiro *plus* de respeito e dignidade na coletividade.

Destacados tais conteúdos, ainda importa ressaltar, sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, tal como fez a Professora Maria Celina Bodin de Moraes¹⁸⁷ que com perspicácia relaciona a propagação da reparação dos danos morais com o referido princípio, como assim referiu:

¹⁸⁵ A propósito do tema liberdade, essa tem relevante destaque e abordagem nas obras de SESSAREGO, as quais já foram antes citadas.

¹⁸⁶ Sobre a questão da solidariedade como substrato axiológico da responsabilidade por danos, vide o interessante estudo de VIEIRA, Patrícia Ribeiro Serra. *A responsabilidade civil objetiva no direito de danos*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

¹⁸⁷ MORAES, *O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo*, 2004, p. 145.

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

Nesse sentido, também se comunga da mesma idéia, considerando que na atualidade, o princípio da dignidade da pessoa é o valor que fundamenta o direito de indenização por danos à pessoa, sendo que, uma vez explicitado o seu conteúdo, averiguar-se-á agora a forma de sua concretização perante o Direito em nossa sociedade.

2.2.2 A eficácia do princípio da dignidade da pessoa humana

A par da eficácia da dignidade como princípio de direito, de plano vislumbra-se a necessidade de uma maior concretização dos direitos fundamentais do cidadão como um todo e, mormente, quanto ao princípio da dignidade da pessoa humana, considerando as modalidades nas quais se verifica a eficácia das normas fundamentais, partindo de uma eficácia reputada protetiva-passiva para uma eficácia verdadeiramente ativa¹⁸⁸ do referido princípio, cuja análise da necessidade de maior ou menor grau de eficácia se dará diretamente na práxis do caso concreto. Correto é se afirmar que quanto maior a desigualdade entre as partes ou quanto maior for o poder técnico-econômico de um dos demandantes em detrimento do outro, tanto mais se justifica uma maior intervenção Estatal como premissa para a efetiva proteção ao particular mais fraco, tudo em virtude do próprio substrato axiológico da dignidade humana, *in casu*, no que pertine ao direito à igualdade sob o seu prisma substancial, em busca de um Direito Justo¹⁸⁹.

Com relação à eficácia dos direitos fundamentais no âmbito do direito privado, tem-se que a mesma apresenta-se em dois planos, o vertical e o horizontal. A primeira, de natureza vertical, ocorre sempre que estiver em questão a vinculação das entidades Estatais aos direitos

¹⁸⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang(org). *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 118-119.

¹⁸⁹ A propósito do tema *Direito Justo*, este gera infundáveis celeumas para a compreensão de seu substrato, posto que nele está contido forte conteúdo filosófico e valorativo, o qual é merecedor de monografia própria, motivo pelo qual, por ora, declina-se de uma maior análise do assunto.

fundamentais, onde podemos referir o próprio exercício da atividade jurisdicional no que diz com a aplicação das normas do Direito privado e a solução dos conflitos entre particulares. Destaca-se a eficácia constitucional, neste particular, que a mesma tem a necessária idoneidade jurídica para revogar as normas com ela incompatíveis, bem como propiciar a própria inconstitucionalidade dos atos normativos ofensivos à Constituição¹⁹⁰.

No concernente à eficácia dita horizontal, é que verdadeiramente surgem as maiores dificuldades, posto que como se sustentar que um particular poderá opor direitos fundamentais, como a dignidade da pessoa humana, em face de outros particulares os quais também são detentores de idêntica tutela, vale dizer, dos mesmos direitos fundamentais. A resposta para esta questão realmente não se afigura fácil, sendo que, ao menos em tese, estamos diante de um *hard case*, o qual na verdade somente poderá ser melhor apreciado mediante as peculiaridades do caso concreto. Evidentemente, uma coisa é a oposição da dignidade da pessoa humana de um particular em face de outro, aí sim será deveras complexa a ponderação axiológica a ser efetuada, todavia, quando tiver-se em situação diversa onde a oposição da dignidade da pessoa humana restar cotejada em contraponto a uma grande empresa, representante da economia globalizada e detentora de inúmeras instâncias de poder, evidentemente que neste caso concreto, a exemplo do que acontece na maciça maioria das demandas de danos morais, estamos diante de um caso concreto que nos permite concluir pela necessidade da vinculação dos direitos fundamentais em oposição a estes setores privilegiados das empresas-privadas.

Assim, o argumento da eficácia horizontal pode ser plenamente rejeitado em se curando de relação jurídica entre um particular e um outro particular detentor de poder técnico-econômico, como no caso das grandes empresas, onde resta correto concluir que entra em ação o princípio da igualdade enquanto substrato axiológico da própria dignidade da pessoa humana, e onde este detentor de poder resta impelido a observar os direitos fundamentais do cidadão-consumidor.

Neste particular, é novamente pertinente o magistério de Sarlet, ao assim aduzir:

[...] em se tratando de uma relação entre *um particular* e um detentor de *poder social*, isto é, uma relação caracterizada pela *desigualdade*, estar-se-ia em face de uma configuração similar a que se estabelece entre *os particulares e o Estado* e, portanto, de natureza vertical, já que a existência de uma relação horizontal pressupõe tendencial

¹⁹⁰ SARLET, *A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*, p. 109-110.

igualdade”¹⁹¹ (grifo nosso).

Assim, em casos como o acima destacado, percebe-se que os direitos fundamentais podem ultrapassar seu leito normal - de uma passiva proteção dos direitos do cidadão, para uma posição verdadeiramente ativa, onde os valores fundamentais da pessoa alcançam verdadeira irradiação ativa com efeitos vinculadores de seus preceitos normativos para todos os membros da sociedade. Importante ainda aduzir que quanto maior for a desigualdade entre as partes, tanto maior deverá ser o grau de eficácia do princípio fundamental, atuando de forma verdadeiramente positiva, no sentido de compensar as naturais desigualdades do caso, importando em verdadeira intervenção na esfera particular das relações sociais, sempre no desiderato de alcançar-se um maior equilíbrio das partes junto ao caso concreto.

2.3 A repersonalização e a denominada indústria do dano moral

Ao tratar-se especificamente, ao menos em termos jurídicos, o tema da repersonalização do direito, estabelecer-se-á como ponto de partida o entendimento de que tal fenômeno representa uma verdadeira *transformação axiológica* na tábua de valores até então vigentes na sociedade brasileira¹⁹², um dos motivos pelos quais se reputa que a repersonalização tem bases consistentes não se curando apenas de uma *novel* compreensão ou mera bandeira jurídica sem maiores fundamentos, posto que visivelmente se percebe, no seio da sociedade atual, uma forte tendência no sentido de que as pessoas estão deixando de aceitar, ao menos de modo simplesmente calado, o ferimento de seus direitos, de sua honra e dignidade sem que tal verdadeiramente se justifique, fato que certamente outrora acontecia.

Dito isso, tem-se que tal acomete porque os cidadãos gradativamente estão ficando cada vez mais cientes de seus direitos¹⁹³, o que de resto também é fruto da própria expansão dos meios de comunicação (tais como o acesso aos aparelhos celulares e à própria internet, mesmo nas classes sociais menos favorecidas) e, ainda porque (fato que poderá ser um objetivo até ignóbil, mas que igualmente será objeto dessas ponderações) as pessoas também começaram a

¹⁹¹ SARLET, *A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*, p. 114.

¹⁹² Tendo-se como marco especialmente a Constituição Federal Brasileira de 1988, a qual inseriu em seus princípios fundamentais a *dignidade da pessoa humana* além do próprio direito à reparação dos *danos morais*.

¹⁹³ O que, aliás, se cura de fato público e notório, que se denota em virtude do vertiginoso aumento do número de demandas indenizatórias existentes nos mais diversos Tribunais pátrios, onde se postulam indenizações de cunho extrapatrimonial.

vislumbrar a real possibilidade de auferirem alguma vantagem com isso, vale dizer, de serem monetariamente indenizadas.

Com efeito, essa também é a percepção do Professor Luiz Otávio de O. Amaral, ao assim expor:

[...] fala-se da existência de uma “indústria do dano moral” e dessa rotulação fácil de um fenômeno social saudável, porque oriundo da conscientização das pessoas quanto aos seus direitos, tenta-se desqualificar e tolher a legitimidade das indenizações obtidas por meio de ações legalmente propostas e julgadas pelo Poder estatal competente¹⁹⁴. (grifo nosso).

Assim, quanto à questão da transformação axiológica, tal como chegou ao Direito para que esse, evidentemente, nutra-se dos próprios fatos e fenômenos sociais, que não pode restar alheio, tal como bem obtemperou Luiz Edson Fachin, *verbis*:

o Direito não é imune aos fatos e nem se basta em si mesmo. Sem perder a condição de locus privilegiado para a proteção jurídica das relações sociais, abre-se para o tempo, o espaço e as circunstâncias. É científico sem deixar de ser essencialmente ideológico e é revelador de premissas políticas mesmo quando proclama suposta imparcialidade¹⁹⁵. (grifo nosso).

Ademais, como já asseverado, tem-se que foi a Constituição Federal de 1988, a qual dentre outras coisas auxiliou no processo de redemocratização do nosso País, que também trouxe às terras pátrias um viés mais humanista para o Direito, tornando a pessoa humana o principal centro das atenções da ciência jurídica, fazendo com que essa passasse a ter mais e melhores direitos em sua própria defesa, fato que inevitavelmente viria a se tornar uma necessidade social, considerando a própria complexidade e o verdadeiro aumento das relações contratuais e comerciais que se verificou na atual sociedade de massas, na qual muitas vezes se poderá identificar uma autêntica colisão de interesses, sendo todos eles, ao menos em tese, verdadeiramente legítimos¹⁹⁶.

A transformação valorativa acontecida no Direito Civil não passou despercebida ao

¹⁹⁴ AMARAL, Luiz Otávio de O. Dano moral e contemporaneidade. In: AUGUSTIN, Sérgio (Coord.) *Dano moral e sua quantificação*. Caxias do Sul: Editora Plenum, 2004. p. 179.

¹⁹⁵ FACHIN, *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*, p. 255.

¹⁹⁶ Nesse sentido, aqui se insere, à guisa de exemplo, a freqüente colisão entre o *direito de crédito* dos comerciantes e empresários, em relação ao consumidor, o qual possa ter ofendido o seu *direito à honorabilidade* devido à sua indevida inscrição em Banco de Dados como o SPC ou SERASA.

magistério da Professora Carmem Lucia Silveira Ramos, que ponderou que

[...] a despatrimonialização do direito civil não significa a exclusão do conteúdo patrimonial do direito, mas a funcionalização do próprio sistema econômico, diversificando sua valorização qualitativa, no sentido de direcioná-lo para produzir respeitando a dignidade da pessoa humana e distribuir as riquezas com mais justiça.¹⁹⁷

No mesmo sentido do resgate dos valores humanistas do Direito, também são pertinentes as ponderações de que assim aduziu:

velhos institutos (propriedade, contrato, casamento, sucessão) cedem espaço para *novos valores*, trazidos pela brisa segura e agradável do modelo social estabelecido pela Consituição. Enfim, *o Direito Civil mudou*, e para muito melhor, sendo *mister navegar por seus mares, revisitando seus institutos fundamentais*. Um novo Direito Civil que não está no novo(?) Código Civil. Ao revés, advém das exigências sociais e dos contornos e paradigmas arquitetados pela CF/88. Essa a travessia que se inicia, *afirmando uma nova era de respeito ao homem e estímulo à cidadania*. O céu é “de brigadeiro. Boa viagem a todos nós”¹⁹⁸.

Destacadas essas considerações, e tendo-se presente que a base dessa mutação axiológica, a qual tem como verdadeiro desiderato inserir no Direito Brasileiro um caris mais humanista, reside especialmente no respeito à pessoa humana e sua dignidade, como um dos principais fundamentos da atual Carta Constitucional Brasileira, o qual literalmente faz com que todos os bens e coisas tornem-se valores hierarquicamente inferiores relativamente aos direitos da pessoa humana, o que outorga uma visível preponderância dos direitos pessoais em relação aos patrimoniais bem como, incontinenti, a todos os meios de produção de bens e de serviços.

Isso quer dizer que, com o advento da Repersonalização, os bens patrimoniais de qualquer espécie deixam de gozar a primazia da tutela jurídica que sempre tiveram, passando a existir na condição de meios a serviço da sociedade e das próprias pessoas individualmente consideradas, sendo precisamente nesse aspecto que reside a nova deontologia jurídica, a qual deverá laborar prioritariamente a serviço da pessoa humana e não mais do seu patrimônio, garantindo toda a amplitude dos direitos que consubstanciam a sua dignidade.

Insta ainda aduzir, que essa transformação valorativa determinada pela

¹⁹⁷ RAMOS, Carmem Lucia Silveira. A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 16.

¹⁹⁸ FARIAS, Cristiano Chaves. Redescobrimo as fronteiras do direito civil: uma viagem na proteção da dignidade humana. *Revista Síntese*, fev., 2003, p. 03.

Repersonalização do Direito, pela própria importância que representa para a ciência jurídica como um todo, e em particular para o direito privado, chega a ser equiparada à própria *Virada de Copérnico*, tal como referido pelo Professor FACHIN, que refere que “o presente trabalho se insere nesse movimento que implica, tal como uma *Virada de Copérnico*, numa recentralização das relações jurídicas mais em torno da pessoa (em sentido concreto e pleno) e menos ao redor do patrimônio em si mesmo”¹⁹⁹.

Ademais, a propósito da denominada *Revolução Copernicana*, cumpre aduzir, sob pena de incompletude, reputar-se que a *Repersonalização do Direito* nos moldes designados pelo próprio Kant, evidentemente ressalta que a pessoa humana deve ser o centro da filosofia e de todos os conhecimentos humanos, aí evidentemente incluído o próprio Direito, o que Kant reputou ter demonstrado, sendo que Copérnico, ao contrário, retirou o homem do centro do universo²⁰⁰.

Conseqüentemente, e após esses apontamentos sobre a pessoa e o Direito tem-se que somente estando tais, intrinsecamente aliadas a uma necessária mudança dos valores e concepções dos fundamentos do Direito, é que se alcançará maior possibilidade de assegurar-se a almejada proteção à pessoa humana, mormente em nossa tumultuada contemporaneidade pós-industrial, onde os valores humanos reiteradamente estão sendo postos em causa, mormente quando frente à imprescindibilidade de alguns bens e coisas tidos como essenciais para a manutenção da vida humana em sociedade.

Feita essa breve exposição sobre os valores fundamentais constantes na própria dignidade da pessoa humana, os quais estão provocando significativas alterações na sociedade brasileira, resta-nos ainda dar um passo a frente e especificamente averiguar, como antes já anunciado, as razões da proliferação das demandas que encerram pleitos de indenização por danos morais, para tanto investigando-se o problema da denominada *Indústria do Dano Moral*. (grifo nosso).

¹⁹⁹ Conforme RAMOS, *A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras*, 1998, p. 116. Ressalta-se que a associação da *Repersonalização do Direito* comparativamente à *Virada de Copérnico* foi efetuada pelo próprio Autor, ao comentar o lançamento da obra acima referida, o que sem dúvida alguma fez valendo-se da mesma analogia já efetuada por Immanuel Kant.

²⁰⁰ Nesse sentido observe-se o instigante entendimento de COMTE-SPONVILLE, que assim aduz: “chama-se *Revolução Copernicana* a que Kant pretende ter efetuado, que ele julga análoga, na metafísica, à de Copérnico em astronomia: onde se acreditava tradicionalmente que o conhecimento devia se pautar pelos objetos, suponhamos ao contrário, que os objetos é que devem se pautar por nosso conhecimento. O que há de comum em Copérnico é que este último, de acordo com Kant, buscou “a explicação dos movimentos observados, não nos objetos do céu, mas em seu espectador. Note-se, entretanto, que se poderia falar igualmente de uma contra-revolução copernicana; Kant traz o homem de volta ao centro do conhecimento, ao passo que Copérnico o expulsara do centro do universo” (COMTE-SPONVILLE, *Dicionário Filosófico*, 2003, p. 127).

A referida temática, como se verificará, é deveras polêmica, considerando que pensadores de destaque no cenário jurídico nacional já teceram severas críticas ao excesso e a forma como são propostas algumas demandas existentes, além de suas reais conseqüências para a nossa sociedade²⁰¹- gerando a conhecida imputação de que alguns aplicadores do Direito pretendem criar o fenômeno que restou pejorativamente nominado de “Indústria do dano moral”. De outra banda, outros juristas igualmente destacados²⁰² também apresentaram suas motivações, formulando verdadeiro contraponto às referidas acusações, aduzindo, em suma, que como a temática dos danos extrapatrimoniais tivera sido consagrada pela Constituição Federal de 1998,²⁰³ e mais recentemente pelo próprio Código Civil de 2002, a mesma realmente deveria ser efetivada pelos aplicadores do direito, uma vez passando pelo prudente crivo do Poder Judiciário. Partindo desta premissa, objetivar-se-á uma análise diferenciada deste fenômeno, até porque modestamente reputa-se que a questão fora analisada apenas *en passant*, e não com a necessária profundidade fática e jurídica a que o tema faz jus.

Com efeito, tem-se que a Constituição Federal de 1988 foi um verdadeiro marco teórico da responsabilização pelos danos extrapatrimoniais, considerando que antes dessa, salvante algumas raras decisões jurisprudenciais acolhendo indenizações por morte em acidente do trabalho ou acidente de trânsito, lesões corporais e indenizações oriundas de danos à honra, nas conhecidas hipóteses de calúnia, injúria e difamação, não se tinha outras indenizações, senão unicamente à guisa de reparação material. Também não era por menos, considerando que o tradicional e arraigado apego ao positivismo jurídico e excessivo amor as codificações, o qual aliado à efetiva ausência legislativa quer na Constituição Federal de 1967 bem como no próprio Código Civil de 1916, diplomas nos quais realmente inexistia a figura dos danos extrapatrimoniais, situação que perdurou até a promulgação da Constituição Federal de 1988, isso porque a cultura jurídica da época, extremamente arraigada aos valores patrimoniais, verdadeiramente lhes tolhia a própria visibilidade em direção a outras espécies de danos que não os exclusivamente materiais.

Uma das grandes conseqüências dessa ausência legislativa até o advento legislativo de 1988 foi que existia uma verdadeira demanda reprimida de ações nas quais se vislumbrava a possibilidade de danos morais, que restavam reprimidos diante da duradoura omissão legislativa

²⁰¹ Dentre esses, ressalta-se o artigo de ERPEN, Décio Antônio. O dano moral e a desagregação social. *Revista Justiça do Direito*, Passo Fundo: UPF Editora, 1999, v. 13, p. 137-147.

²⁰² Entre eles cita-se BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. São Paulo: RT, 1993.

²⁰³ A Constituição Federal de 1988 consagrou expressamente o direito à proteção aos danos morais em seu artigo 5º incisos V e X.

que acometia, sendo que, ao advento da legislação pertinente, seria mesmo curial o vertiginoso florescer de um grande número de demandas versando as referidas temáticas até então omissas ou mesmo vedadas por lei, consoante assim laborava a própria compreensão doutrinária a respeito da indenização por danos morais, mormente por que se reputava ser imoral perceber valores a título de adimplemento pela dor moralmente experimentada.²⁰⁴

Desta feita, considerando a existência, à época, de uma grande demanda reprimida de ações, a sua efetiva possibilidade fez com que as mesmas se desenvolvessem de modo importante, fazendo surgir um gráfico deveras tradicional em muitos fenômenos sociais, o qual por vezes acomete diante de uma possibilidade posterior a uma proibição, onde por isso verificou-se uma real torrente de ações postulando dano moral após o específico permissivo Constitucional, onde se tem o citado gráfico na forma ascendente, fato que se pode aludir, de certa forma perdura até o momento atual, apesar de passados quase vinte anos de sua inserção no Direito brasileiro, ao que se poderá ponderar que, em condições sociais normais, certamente na atualidade já se começaria a ter um certo declínio dessas demandas (e do citado *gráfico*, que já deveria ter se apresentado *descendente*), até gradativamente chegar-se a um patamar não tão expressivo como os que ainda se verifica (logo, um *gráfico estável e moderado*), considerando que atualmente deveria ter sido alterado o gráfico ascendente - fruto da demanda reprimida que então se verificava - cuja proliferação de demandas paulatinamente deveria estar chegando a um patamar estável e razoável, condizente com a já plena absorção da citada demanda reprimida, bem como com as ordinárias realidades sociais. (grifo nosso).

Apesar de tudo isso, percebe-se que o declínio natural das demandas desse jaez verdadeiramente não se está verificando, fato que certamente não pode ser apenas atribuível à conduta dos cidadãos em sociedade, e nem mesmo à ação de alguns profissionais do Direito, como equivocadamente reputaram alguns juristas, a exemplo do que obtemperou Erpen, o qual vaticinara, em conhecido artigo publicado pelo então Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul,²⁰⁵ que restou bastante difundido nos Foros em geral, considerando que amplamente utilizado como meio de defesa por parte de instituições financeiras e de grandes conglomerados econômicos nas ações indenizatórias em que figuraram como parte, no sentido de que o dano moral poderia até vir a se tornar causa eficiente de severa desagregação social.

²⁰⁴ Nesse sentido ver PEREIRA, Caio Mauro da Silva. *Responsabilidade civil de acordo com a Constituição de 1988*. 9. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 54, que ressalta ser favorável à indenização pelo dano moral, mas obtempera não ser esse o entendimento de juristas como POTHIER, BRINZ e CHIRONI, para quem o sofrimento e a honorabilidade são financeiramente inestimáveis.

²⁰⁵ ERPEN, *O dano moral e a desagregação social*, p. 137-147.

Ocorre que dito artigo, em que pese bem articulado, além de representar evidente exagero, porquanto motivo para desagregação social teria de ser algo bem mais grave, tal como o fenômeno da drogadição na sociedade (que desarticula famílias e promove a criminalidade), considerando que as ações por danos morais – passados quase dez anos dessa abordagem e vinte do dano moral no Brasil, felizmente não chegaram a desencadear as referidas conseqüências.

Ademais dessas observações, também é pertinente destacar-se outro equívoco existente no referido artigo, sendo no sentido de que o mesmo analisa a problemática dos danos morais somente pela perspectiva da sociedade para o qual o mesmo é destinado, no caso, a sociedade brasileira, bem como sob o ângulo das próprias empresas e dos profissionais do Direito, tendo apenas superficialmente abordado ou até mesmo simplesmente omitido o principal horizonte das ações indenizatórias, que é justamente o viés da vítima, objetivo primário da moderna responsabilidade civil.²⁰⁶

De outra banda, é evidente que o referido artigo também pretende fazer pensar e refletir sobre a problemática em comento, o que é de todo salutar, contudo realmente não poderia ter deixado de atribuir maiores ponderações sobre o próprio vitimado, como sendo aquele que diretamente restou prejudicado e também injustiçado pelo fato danoso acometido, bem como também enquanto membro dessa mesma sociedade, além do que evidentemente merece ser ressarcido e não simplesmente restar à mercê da conduta no mais das vezes apenas ambiciosa das grandes empresas, fato que como já se viu, e certamente também continuar-se-á a verificar, são as maiores empresas, de longe as principais causadoras dos mais variados danos e males que a globalização e a modernidade podem causar à pessoa humana, e que, também por causa disso e mesmo de seu grande poderio e hipersuficiência econômica, de tecnologia e de conhecimento, tem plena condição de indenizar os lesados sem que isso lhes cause problemas de quaisquer ordem, tais como a própria inviabilização de sua atividade.

No horizonte dessas constatações, mormente no que pertinem ao já versado tema da globalização, em especial pelo fato de curar-se de um fenômeno praticamente inafastável e dotado de irrefutável lógica de mercado, a qual está modificando a configuração dos Estados de Direito, mediante a criação de normas e de condutas uniformes para toda a indústria e o comércio, mediante a superioridade supranacional de sua influência econômica, impondo sua

²⁰⁶ Nesse sentido é o que refere HOFFMEISTER, *O dano pessoal na sociedade de risco*, p. 117-118: “A ética da responsabilidade não mais se sustenta sobre uma *culpa a punir*, mas pela consciência aguçada de que aquele que toma uma decisão, que exerce uma atividade ou que detém um poder deve assumir as conseqüências, quando estas são prejudiciais a outrem...a evolução da responsabilidade civil espelha claramente esta mudança, que passa do responsável para a vítima, representando um imperativo de reparação [...]”.(grifos nossos).

nova ética - a ética do lucro, a qual fatalmente está influenciando e alterando as políticas Estatais, chegando a enfraquecer a soberania dos mesmos e de suas normas Constitucionais.

A tudo isso ainda recrudescer o fato de que tais Empresas e conglomerados econômicos estão progressivamente ficando cada vez mais concentrados, num sentido da esmagadora monopolização das atividades por elas desenvolvidas, e portanto aumentando ainda mais a consolidação de seu poder econômico e social, cuja concentração, como já dito, cada vez mais é progressiva, sendo mesmo impressionante dita acumulação de poder.²⁰⁷

Entretanto, embora se reconheça a importância da globalização e do próprio livre mercado, onde são relevantes para o desenvolvimento e a evolução da economia mundial, quiçá até para a criação de novas modalidades de trabalho para os cidadãos (sempre levando em conta a verdadeira extinção de algumas modalidades tradicionais de emprego), pondera-se, ao mesmo tempo, que realmente é fundamental o estabelecimento de limites e regras à economia globalizada por parte dos Poderes Estatais, sendo que o Constitucionalismo é a principal vertente para esse regramento, a fim de garantir-se a preservação dos direitos da pessoa humana neste contexto de globalização, o que se pode conseguir, entre outros, por meio de uma mais efetiva limitação ou mesmo proibição da expansão desses monopólios, posto que o acúmulo ainda maior de poder implica na conseqüente possibilidade do exercício abusivo de suas atividades, (podendo, sem quaisquer parâmetros, por exemplo, cobrar o preço que bem entenderem por seus produtos e serviços), fato que resulta em uma impiedosa imposição do capital frente às pessoas, pois, como já resumido, as grandes Empresas, em sua maioria, trabalham simplesmente visando o lucro de seus acionistas, de sorte que não se pode, em cômodo silêncio tolerar que o *poder estatal* reste como verdadeiramente refém do poder econômico, motivo pelo qual o Direito e os Estados não pode tolerar muitas pretendidas imposições, como se os Estados fossem meros espectadores desses grandes monopólios os quais, na atualidade, são uma nova esfera de poder, porquanto detentores de imenso poder social, realmente comparável ao poder de muitos Estados nacionais, posto que o poder, na atualidade, encontra-se verdadeiramente diluído em diversos segmentos da sociedade e não apenas nos Poderes Estatais como outrora acontecia.

Nesse sentido, é lúcida a observação de José Luiz Bolzan de Moraes, ao referir sobre a perda da exclusividade do poder Estatal, nas seguintes observações:

²⁰⁷ Nesse sentido ver CHOMSKY, *O lucro ou as pessoas ? Neoliberalismo e ordem global*, p. 07, onde o autor destaca que na atualidade “a economia global é dominada por investidores extremamente ricos e de menos de mil grandes empresas”.

o que nominamos *crise funcional do Estado*, entendida esta na esteira da multiplicidade dos *loci de poder*, gerando a referida perda de centralidade e exclusividade do Estado...quando perde a concorrência para outros setores – semipúblicos, privados, marginais, nacionais, locais, regionais, internacionais, supranacionais, etc. Desaparecido, transformado ou *minimizado o poder característico do Estado (Moderno)*, a *soberania* e em face desta íntima conexão, pode-se perguntar para onde se dirige o constitucionalismo, em especial quando *o agigantamento do poder privado* e de outros centros decisórios *faz sombra à tradicional suprema potestade estatal, implicando, muitas vezes, a sua incapacitação em reagir ou controlar as decisões tomadas alhures*, ou mesmo, *ter de se adaptar aos interesses e vontades do capital transnacionalizado*²⁰⁸. (grifo nosso).

Da mesma forma, Chomsky também faz elucidadoras ponderações, a respeito da posição dos conglomerados econômicos frente aos trabalhadores, no seguinte sentido:

Os conglomerados transnacionais se apóiam pesadamente nos subsídios públicos e nos mercados internos, e suas transações internacionais, incluindo aquelas indevidamente rotuladas como comércio, envolvem notadamente a Europa, o Japão e os Estados Unidos...*Será uma lei da natureza que temos de aceitar esses mecanismos?* Não se levamos a sério as doutrinas do liberalismo clássico. É bem conhecido o elogio da divisão do trabalho em *Adam Smith*, *mas não a denúncia que fez dos seus efeitos desumanos, a transformação dos trabalhadores em objetos 'estúpidos e ignorantes até onde é possível a uma criatura humana'*, *algo que deve ser evitado 'em todas as sociedades desenvolvidas e civilizadas' por meio de uma ação governamental que domine a força destrutiva da 'mão invisível'*²⁰⁹. (grifo nosso).

Ora, a mão invisível de que fala Chomsky é o próprio mercado, para o qual o referido autor destaca que as ações governamentais devem impor limites, mormente nos países de economia mais instável, até porque as grandes potências econômicas mundiais agem no sentido oposto, justamente o de reforçar ainda mais suas grandes empresas auxiliando-as a impor sua lógica de mercado para todo o mundo, a qual opera na busca dos interesses dos grandes capitais, transformando os trabalhadores em meros objetos ou meios, tais como os próprios utensílios de trabalho, onde os Estados de Direito devem atuar para assegurar um mínimo de dignidade aos seus cidadãos.

Dito isso, vale dizer, destacando-se as severas repercussões que a economia globalizada, por meio das grandes empresas supranacionais, exerce na ordem social dos Estados, proporcionando um verdadeiro desvirtuamento das relações entre as pessoas e destas para com as próprias empresas e os Estados, as quais, sem dúvida alguma, fornecem farta matéria prima

²⁰⁸ MORAIS, José Luis Bolzan. *As crises do estado e da constituição e a transformação espacial dos direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 51-52.

²⁰⁹ CHOMSKY, *O lucro ou as pessoas? Neoliberalismo e ordem global*, p. 45.

em termos de condutas e ações que ferem os direitos das pessoas na sociedade²¹⁰.

Neste aspecto, é certo que os grandes conglomerados econômicos supranacionais, na atualidade, e de modo especial os bancos, empresas de telefonia, bancos de dados, energia elétrica dentre outros, muito apreciam as soluções apresentadas pela dogmática clássica esposada nas regras de direito civil “não constitucionalizado”²¹¹, até porque este sempre primou pela valorização do patrimônio em detrimento dos bens extrapatrimoniais como os valores e direitos inerentes à própria pessoa humana, além de normalmente conterem regras de *fattispecie* completa, as quais estabelecem uma resposta idêntica e prévia para todos os casos, sem se preocupar com o maior ou menor grau de justiça das decisões proferidas pelo Judiciário.

Na verdade, a compreensão destes fenômenos, na visualização de que são realmente as grandes empresas as maiores produtoras de danos, e também em razão da própria mudança do eixo de valoração jurídica do patrimônio para a pessoa humana, onde o próprio ser humano é quem merecerá a maior tutela, é que fez com que o Poder Judiciário começasse a dar guaridas às diversas pretensões contidas nas demandas que versam sobre danos morais, destarte, desde já se declina o entendimento de que efetivamente não existe a referida Indústria do Dano Moral, sendo que a existência de um grande número de demandas nesse sentido, antes de ser fruto da criação forçada de alguns profissionais inescrupulosos, tem real origem no excessivo ferimento aos direitos do cidadão, para os quais o próprio Estado Neoliberal e os grandes conglomerados econômicos por si só já dão conta de fazer surgir, produzindo grande quantidade de matéria-prima nesse sentido, posto que tais, na busca do lucro a qualquer custo, atropelam a singularidade do cidadão e o respeito ao próximo (atuando com condutas massificadas e padronizadas para todos), fato que, verdadeiramente aliado à mudança de paradigmas jurídicos, está se refletindo concretamente no mundo do Direito e proporcionalmente aumentando o número de demandas, onde esses pleitos estão sendo devidamente apreciadas pelo Poder Judiciário.

Aliás, nesse mesmo sentido da inexistência da denominada Indústria do Dano Moral, muito bem já ponderara o magistrado Antônio Jeová Santos, ao assim anotar:

[...] há uma tendência generalizante no Brasil que assalta pessoas de alto grau de conhecimento, e que vem se tornando lugar comum. É a mal chamada indústria como

²¹⁰ Em que pese a evidente defesa do dano moral, também se reputa que um mero aborrecimento sem maiores repercussões não tem o condão de propiciar o direito à reparação.

²¹¹ Como se quicá pudesse existir um direito civil inconstitucional.

sendo algo que se multiplica sem razão de ser, todavia, os grandes grupos financeiros, ciosos do seu dever de perseguir lucros a qualquer custo, passaram a bombardear as lídimas pretensões dos vitimados por atos causadores de dano moral, intitulado os litigantes de partícipes da ‘indústria do dano moral’. Não existe uma indústria do dano moral. É verdade que em alguns casos, as lesões se entremostam tão irrelevantes que não chegam a configurar o menoscabo ao espírito suficiente para ensejar o dano moral. Ao lado das minúsculas situações em que o dano moral nem de longe existiu, existe o macrocosmo do assalto permanente e corriqueiro à dignidade pessoal. Àqueles que insistem na existência de uma indústria do dano moral são os mesmos que, plenos, continuam a exercer o mais profundo desprezo pelo semelhante²¹². (grifo nosso).

Na verdade também há que se perceber, como bem referido por Santos, que as teses que argumentam contra as demandas de conteúdo ético, vale dizer, as ações de dano moral, geralmente são advogadas por estes mesmos grandes conglomerados e seus representantes, os quais usam de tais sofismas, a saber, a suposta existência ou tentativa de criação de uma deturpada Indústria de Danos Morais, o que fazem porque, na verdade, são justamente eles que de um modo geral ocasionam o maior número de agressões à dignidade dos cidadãos, sendo justamente por causa disso que estão a responder em nossos Tribunais por milhares de ações cujo conteúdo versa sobre danos extrapatrimoniais por atentados à honra dos cidadãos, em especial os consumidores, posto que tais empresas - evidentemente não gostam de ser responsabilizadas por tais demandas, obviamente preferindo restar impunes, tal como acontecia antes da constituição Federal de 1988²¹³.

Tanto é assim, que com pertinência referiram os professores Eduardo Montenegro Serur e Torquato da Silva Castro Júnior, *in verbis*:

paga-se muito pouco pelo dano moral no Brasil. E é peculiar que o pouco que se paga já incomode tanto e a tantos, a ponto de falar-se precipitadamente de uma “indústria do dano moral” no País. Não se trata de comparar exatamente o Brasil com os Estados Unidos, por exemplo. O que importa é que esse discurso surpreendentemente conservador está na boca de juízes e de alguns renomados juristas, e revela, ainda que possivelmente de forma não deliberada, uma proteção ao agente causador do ilícito e uma preservação do detentor do capital, no sentido inverso da finalidade geral do direito. Parece até que se deveria ter vergonha de exigir sempre mais respeito pela

²¹² SANTOS, Antônio Jeová. *Dano moral na internet*. São Paulo: Método, 2001. p. 63-67.

²¹³ Exemplificativamente, perceba-se a inconformidade do Rel. Des. Adão Sérgio do Nascimento Cassiano com a repetição de mais uma ação de dano moral. Cabível a condenação em danos morais quando comprovado o erro e a imprudência da ré ao efetuar o corte da linha de telefone celular da autora, sem a devida verificação dos fatos, a evidenciar o defeito do serviço (art. 14 do CDC), gerando dissabores e transtornos à autora, que se viu envolvida com a perda de seu tempo e de seu sossego, a fim de resolver a questão e poder finalmente restabelecer o uso normal de seu telefone. O dano moral decorre do próprio fato ilícito, sendo que a prova, nesse caso, é prescindível, pois o prejuízo extrapatrimonial advém dos efeitos do corte indevido da linha, estando *in re ipsa*. “Se há indústria ou banalização de ações de dano moral é porque certamente há abundância de matéria prima, pois é das regras da economia, e não só do direito, porque é possível a indústria onde há fatura de produtos ou matérias a serem industrializados. Valor da indenização arbitrado em 50 salários mínimos. Apelo provido. Voto vencido. Apelação Cível Nº 70009793415, 9ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Adão Sérgio do Nascimento Cassiano, Julgado em 06/10/2004”. (grifo nosso).

pessoa humana. Ora, respeito e dignidade nunca são demais. E a indignação é *conditio sine qua non* de toda e qualquer mudança, por mais simples que seja²¹⁴.(grifo nosso).

Dito isso, tem-se de frisar, ademais, que o Poder Judiciário, de um modo geral, como se destaca e acredita, vem compreendendo muito bem tais fenômenos, sendo que as eventuais pretensões abusivas de danos morais têm restado efetivamente improcedentes, contudo, quando meritórias, e tais parecem mesmo ser a maioria dos casos, tem sido verdadeiramente tuteladas pelo direito (fato que qualquer aplicador do direito na prática do dia-a-dia pode muito bem verificar) e não só na perspectiva da responsabilidade civil, como também em termos da tutela constitucional da dignidade da pessoa humana, o que realmente não poderia agradar os conglomerados econômicos detentores do poder, motivo da acusação intitulada Indústria do Dano Moral, os quais inclusive monopolizam extraordinariamente as atividades que desempenham, de forma a não restar outra alternativa aos cidadãos comuns senão acabar contratando ou efetuando quaisquer relações econômicas com os mesmos, o que também encerra mais uma razão para que os particulares continuem a opor a sua dignidade como princípio fundamental a ser observado e respeitado por esses segmentos social detentores de contundente poder social.

Feitas tais inferências, é mister ressaltar que a busca de uma adequada valorização para a pessoa humana no contexto jurídico, sem dúvida alguma, foi e está sendo o principal mote de todas estas reflexões e transformações pelas quais está passando o direito privado. De um lado reputam alguns autores, que a privatística estaria, nesta senda, caminhando para um esvaziamento ou até mesmo para sua própria extinção. Por outro lado, de pronto afirma-se discordar dessas assertivas, considerando que, na verdade, o que de fato ocorre é que ele começa a ser conhecido mediante um ângulo diferenciado do usual, no qual passa a ser analisado sob a luz da Constitucionalidade, daí, a própria nomenclatura Direito Civil Constitucional, tema, aliás, já versado, que em essência, nada de novo ou mesmo qualquer surpresa deveria proporcionar, considerando que sequer se poderia pensar em um Direito Civil divorciado dos valores fundamentais da sociedade.

Ocorre que tudo isto é fruto de uma cômoda ausência de pensar o próprio Direito, na medida em que o conformismo com as regras expostas pela dogmática clássica dos Códigos nos apresenta uma solução muito mais fácil para a aplicação do Direito, considerando a própria

²¹⁴ SERUR, Eduardo Montenegro; CASTRO JÚNIOR, Torquato da Silva. O dano moral entre direito público e privado. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). *Grandes temas da atualidade: dano moral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 189-190.

estrutura da norma jurídica, cujas regras de direito privado geralmente se apresentam com uma *fattispecie*²¹⁵ pretensamente completa.

Realmente, torna-se mais fácil fugir da hermenêutica no momento da aplicação do direito, de modo a desconsiderar os valores Constitucionais, como se os mesmos existissem apenas para adornar a Constituição, e a aplicação monolítica dos Códigos e legislações privadas pudesse apresentar uma solução completa, quiçá verdadeiramente mágica, no sentido de se conseguir sempre subsumi-la aos fatos, por mais complexos que estes possam se apresentar para todos os casos, indistintamente. Efetivamente, o Direito Civil, aplicado e albergado nas luzes da Constituição, abre as portas para a efetivação dos direitos fundamentais do cidadão e, no caso vertente, da própria dignidade da pessoa humana, que aumenta o campo de atuação do direito à proteção dos danos experimentados pelas pessoas no seu cotidiano.

Nesse contexto, verifica-se uma ocorrência vultosa de demandas de dano moral nos foros nacionais, em sua maioria procedentes e perpetradas pelas grandes empresas particulares²¹⁶ que, a despeito da Repersonalização do Direito Civil e da elevação da dignidade humana como valor fundamental da sociedade continuam a violar os direitos à honra, a intimidade e à imagem dos indivíduos, tudo em nome de seus próprios interesses econômicos e privatísticos. Assim sendo, impõe-se a necessidade de impetuosa firmeza por parte do Poder Judiciário em tais questões, devendo sempre prevalecer o princípio da dignidade humana em desfavor dos interesses econômicos das grandes empresas, quando do embate entre esses valores.

Finalmente, e mesmo que não tenha sido objeto do presente trabalho, convém ressaltar a importância da hermenêutica filosófica e da já citada hermenêutica constitucional, as quais permitem que a interpretação e aplicação do Direito, *in casu*, do Direito Civil Constitucional seja feita de forma criativa e em consonância com a mutabilidade das situações concretas do cotidiano, de modo que o sistema jurídico seja compreendido como aberto, em especial receptivo aos dispositivos constitucionais, devendo os mesmos serem concretizados em cada processo interpretativo, evitando-se a estandardização das decisões judiciais, como bem apregoa Silva Filho²¹⁷. A pesar disso, não se olvide da importância e fundamentalidade do valor segurança jurídica; todavia, deve-se ter, com a máxima clareza, de que o mesmo não é um valor

²¹⁵ O termo *fattispecie*, como já referido, neste contexto representa o detalhamento de uma dada conduta em pormenor, além de conter toda a consequência jurídica para o eventual agir em desacordo com a mesma.

²¹⁶ Exemplificativamente, tem-se o repúdio ao agir despudorado das *grandes empresas*, declinado pelo Des. Rel. Adão Sérgio do Nascimento Cassiano na Apelação 70009793415, 9ª CC, TJRS, 06/10/2004.

²¹⁷ SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. O princípio da boa-fé objetiva no direito contratual e o problema do homem médio: da jurisprudência dos valores à hermenêutica filosófica. In: ROCHA, Leonel Severo da; STRECK, Lenio Luiz (Org.). *Anuário do programa de pós-graduação em direito: mestrado e doutorado*. São Leopoldo: Unisinos, 2004. p. 67-91.

incompatível com o sistema jurídico aberto que se propõe²¹⁸, haja vista que, na concreção da norma jurídica, sempre se deverá atentar ao norteamento previsto pelos valores fundamentais insculpidos na Constituição Federal, zelando-se pelo respeito à dignidade humana como um valor de precípua eficácia jurídica além de definitivamente almejado pela população.

Desta feita, finalmente, reitera-se a necessidade de uma maior concretização para os direitos fundamentais dos lesados, atribuindo-se plena eficácia aos direitos constantes no princípio da dignidade da pessoa humana, mormente no viés da responsabilidade civil, fato que de forma alguma poderá causar qualquer desagregação social, até porque o prudente arbítrio do Poder Judiciário vem demonstrando plena capacidade e aptidão para bem enfrentar as temáticas indenizatórias, sabendo equacionar as hipóteses em que resta presente o direito à reparação da pessoa, bem como também quando se verifica pedidos que nada tem de meritórios, e inclusive alguns que, pelo contrário, merecem total improcedência, bem como quiçá eventual condenação por má-fé procedimental, quando em essência nenhum direito teriam a pleitear, demonstrando conduta incompatível com a própria probidade processual.

Ressalte-se, ademais, considerando que a Ciência do Direito não se cura de uma disciplina de exatas, que não se poderá dela esperar pretensas exatidões, que não passariam de equívocos ou más formulações jurídicas, as quais somente poderiam pertencer ao plano hipotético-metafísico, o qual, hodiernamente, é deveras dissociado da mais complexa faticidade apresentada pelo cotidiano. Assim sendo, para o alcance de uma decisão o mais justa possível, bem como para a própria defesa do ser humano e de seus valores, impõe-se a oxigenação do sistema jurídico mediante a efetivação dos princípios constitucionais, os quais, ao possuírem um espaço de indeterminação, que a pesar de nem sempre subjetivo, poderá ser adequadamente preenchido e valorado pelo intérprete em cada momento de aplicação do Direito. Para dar mais verossimilhança a essas assertivas, basta que se observe o dia-a-dia da sociedade atual, onde a dinâmica da vida em suas relações virtuais e globalizadas, efetivamente mitigaram em definitivo a possibilidade de uma suficiente eficácia jurídica dos moldes tradicionais do Direito, fato que tanto justifica a reflexão em torno da reconstrução do direito privado, consoante ora recorre.

²¹⁸ MARTINS COSTA, *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*, p. 273 e ss.

3. A REPERSONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO: UMA NOVA PERSPECTIVA PARA OS DANOS À PESSOA

3.1 A insuficiência da categoria dano moral

De imediato já se ousa afirmar a insuficiência da denominação e mesmo da própria categoria “dano moral” para abrigar e mormente para tutelar, de modo adequado, toda a variedade dos danos à pessoa humana, tais como recorrentes no mundo contemporâneo. Com efeito, em que pese não se olvide o avanço legislativo que produzira a Constituição Federal de 1988, ao introduzir em seu corpo legal a previsão e a própria obrigatoriedade de indenizar-se o dano moral²¹⁹, fato que até então o direito pátrio muito se ressentia, considerando que inexistia previsão legal nesse sentido até o advento da Constituição, de sorte que danos desse jaez, em que pese a visível injustiça, não recebiam qualquer indenização, excetuando-se algumas raras, mas louváveis decisões jurisprudenciais reconhecendo-se tal direito, isso durante a vigência do Código Civil de 1916²²⁰, temática que também restou acolhida pelo atual Código Civil Brasileiro, contudo, efetivamente, até então, a ausência de previsão Constitucional específica e mesmo pelo então Código Civil, evidentemente prejudicou sobremaneira a sua verificação na práxis, tanto que o direito à indenização pelo dano moral no Brasil somente se tornou uma constante após o advento legislativo da atual Constituição Federal Brasileira.

Dito isso, e apesar do progresso conquistado no sentido da tutela da pessoa humana após a Constituição Federal de 1988, considerando que nessa restou consagrado o direito à indenização pelos danos perpetrados à pessoa e não somente aos seus bens, como dantes assim ocorria, uma vez que apenas se admitia a indenização decorrente do prejuízo material ou patrimonial, contudo, a par disso, tem-se que, nos dias de hoje, já não é difícil perceber, conforme já destacado, a própria insuficiência da meritória categoria do dano moral, considerando as transformações sociais do mundo pós-industrial e globalizado, que verdadeiramente correm a passos largos, e como não se possa, ou ainda que seja possível, talvez até nem se deva simplesmente alterar as legislações existentes com a brevidade que seria

²¹⁹ Consoante previsto, entre outros, no seu Artigo 5º incisos V e X.

²²⁰ Onde no máximo eram indenizados o dano morte e o dano aleijão, contudo tais indenizações eram sempre no sentido econômico – pela diminuição ou perda total da capacidade laborativa.

necessário frente às transformações sociais da atualidade, tem-se que deve ficar a cargo, primeiramente da própria doutrina, dos pensadores e operadores do direito, vislumbrar uma nova e mais adequada sistematização para uma tutela mais eficiente dos danos à pessoa humana. A exemplo disso, entre outros, desde já se pode citar a novel temática da denominada perda de uma chance, a qual representa o “dano causado quando a vítima se vê frustrada, por ato de terceiro, de uma expectativa séria e provável, no sentido de obter um benefício ou de evitar uma perda que a ameaça”²²¹.

A necessidade de uma melhor sistematização dos danos à pessoa emerge com o desiderato de, em primeiro lugar, vislumbrar melhor (até para se poder perceber e compreender), as novas modalidades e possibilidades dos danos que velozmente estão sendo geradas em desfavor da pessoa humana, quer na esfera do direito ambiental e da própria comunicação virtual, isso apenas para citar alguns exemplos; e em segundo lugar, uma vez feita essa identificação, ter-se critérios para adequada e proporcionalmente aprimorar-se a tutela da pessoa humana, isso porque se acredita que, na atualidade, está ocorrendo um verdadeiro elastério conceitual da modalidade dano moral, como se todas as situações pudessem ser catalogadas como tal, fato que está impositivamente acontecendo, muitas vezes com evidente equívoco de compreensão ou até mesmo desvio de finalidade, mas, enfim, como se tal fosse a única alternativa de se tutelar os casos onde o “injusto salta aos olhos” e onde não se disporia de outras categorias ou classificações que melhor atendessem a meritória tutela da pessoa humana diante da ocorrência do evento danoso.

No sentido da verdadeira insuficiência das categorias dano material e dano moral para a eficiente tutela da pessoa humana, nos tempos atuais laboram juristas de *escol*, como Jorge Mosset Iturraspe,²²² que assim vaticina:

²²¹ SEVERO, Sérgio. *Os danos extrapatrimoniais*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 11. A propósito, entre nós a perda de uma chance pode se ver configurada quando um advogado, na defesa da causa, perde o prazo para a propositura de um Recurso, tema que adiante se verificará em pormenor.

²²² ITURRASPE, Jorge Mosset. El habeas data en el derecho privado. In: BORDA, Guillermo Antônio (Director). *La persona humana*. Buenos Aires: La Ley, 2001. p. 307, que declara: “está em los signos de los tiempos que nos tocam vivir, que la persona humana sea objeto de detrimentos, menoscabos, ataques, al fin, que son fuente de perjuicios; empero, los médios empleados por los agentes son haora, acordes com los avances de la ciência y de la técnica; se puede decir que más sofisticados o sutiles; y, a la vez, hieren o danan aspectos del ser humano que antes permaneciam ocultos o desconocidos. Frente a esa realidad, la respuesta del Derecho es la exposición de los “nuevos danos”: danos a la intimidad o reserva, o a la vida privada; dano a la vida de relación; a los proyectos de vida;...que no encajam en la tradicional dicotomía de dano patrimonial y dano moral” (tradução nossa).

está nos *sinais dos tempos* em que vivemos, que *a pessoa humana seja objeto de detrimentos, menoscabos, ataques*, enfim, que são fonte de prejuízos; todavia, os meios empregados pelos agentes agora são, de acordo com os avanços da ciência e da técnica; se pode dizer que mais sofisticados ou sutis; e, dessa vez, ferem ou danam aspectos do ser humano que antes permaneciam ocultos ou desconhecidos. Frente a essa realidade, resposta do Direito é a formulação de *novos danos*, danos a intimidade ou à vida privada; dano à vida de relação; ao projeto de vida *que não se encaixam na tradicional dicotomia de dano patrimonial e dano moral* (grifo nosso).

Nesse sentido, gize-se, como referido pelo argentino Iturraspe, que os avanços da ciência e da técnica têm provocado danos cada vez mais sofisticados e sutis, e por isso mesmo mais difíceis de ser percebidos por quem não fora por eles atingido, sendo que tais danos, frutos dessa nova realidade, a qual propicia o aparecimento de novos danos, os quais não se encaixam na tradicional dicotomia do dano patrimonial e do extrapatrimonial, donde resta impositivo que se efetue uma nova formulação e sistematização dos danos à pessoa humana, para o fim de conquistar-se uma tutela mais efetiva para o ser humano.

Em idêntico viés, vale dizer, no sentido da citada insuficiência da categoria do dano moral, também está outro jurista de vanguarda, o peruano Carlos Fernandez Sessarego, que, aliás, talvez seja quem mais e melhor está difundindo a presente temática, considerando já ter efetuado importantes trabalhos sobre o assunto, demonstra peculiar sensibilidade para alcançar as reais dimensões do direito de danos na atualidade²²³.

No particular da dicotomia entre dano patrimonial e dano moral, dicotomia que prevê apenas essas duas possibilidades indenizatórias está como raiz de seus fundamentos, a questão de que a primeira preocupação do homem, no sentido filosófico e real, foi justamente a de conhecer o próprio mundo e os objetos e coisas que o rodeavam, motivo pelo qual, tradicionalmente, atribuiu-se exacerbado valor e proteção às coisas que integravam o patrimônio do ser humano, e só excepcional, e com mais aprofundamento apenas posteriormente aos temas metafísicos e universais, é eu verdadeiramente iniciou-se o conhecimento direcionado ao próprio ser humano, já que havia muitas coisas a conhecer na então imensidão do mundo, e também porque, nas culturas antigas, uma simples pessoa, vale dizer, a pessoa destituída de patrimônio, mantinha a condição de escravo ou serviçal, e como tal era considerado um simples objeto sem maior valor, fato outrora corriqueiro, onde todos, coisas, animais e cidadãos desafortunados, indistintamente, eram tratados como objetos.

²²³ A propósito, de Sessarego existem outras obras que tratam da mesma temática, a exemplo de: SESSAREGO, Fernandez. *Dano a la identidad personal*. Santa Fé, 1996; *Derecho y persona*. Lima: Editorial Grigley, 1998; *Hacia una nueva sistematización del dano a la persona*, Revista de Direito Civil, 75, 1996, e *Apuntes sobre el dano a la persona*, Buenos Aires: La Ley, 2001.

Nesse sentido, bem nos lembra Hattenhauer²²⁴, ao assim aduzir:

[...] nas culturas arcaicas, e também desde as formas de pensamento mais antigas até o presente, sempre se buscou e encontrou a personalidade em outros objetos...O homem confundia os seus criados com os utensílios da vida cotidiana, com os animais e com as árvores.

Assim, durante séculos, a preocupação relativamente ao mundo e às próprias coisas sempre foi o principal mister da Filosofia, fato que, como visto, posteriormente também foi acolhido pelo Direito, sendo essa a origem do exacerbado patrimonialismo que se vivenciou durante séculos, além do próprio liberalismo burguês, que teve seu verdadeiro ápice com o Código Civil Francês de 1804, o famoso *Code Napoleon*, onde as normas de proteção patrimonial eram extensas e minuciosas e também se chegava até mesmo ao extremo de ter o direito de propriedade como um direito verdadeiramente sagrado e inatingível. Nesse sentido é o que aduz Sesarrego²²⁵, *verbum ad verbo*:

durante séculos, a preocupação dos filósofos e pensadores centrou-se no conhecimento do mundo e dos objetos nele instalados. Logo essa foi a primeira e a mais utilitária aproximação ao mundo, onde o homem se interessou por perguntar sobre a “*verdade*” das coisas. Como resultado deste esforço de conhecimento apareceu a Filosofia denominada Metafísica. A preocupação pelas coisas que por séculos dominou o pensamento filosófico, se transmitiu e foi acolhida pelo Direito. Os juristas, com uma visão exclusivamente individualista, se esforçaram para proteger, preferencialmente, as coisas que integram o patrimônio da cada ser humano, com descuido da tutela que a pessoa merecia. (grifo nosso).

Tendo sido estes os fundamentos da Filosofia e do Direito que recebeu-se de nossos antepassados, cumpre agora analisar-se detidamente os mesmos, de modo crítico e aprofundado, a fim de perceber que benefícios eles nos trouxeram, além de diagnosticar também, quais equívocos eram contidos em tais fundamentos, como por exemplo a própria prevalência dos bens e das coisas sobre a própria pessoa humana, tudo a fim de, verdadeiramente revisitando

²²⁴ HATTENHAUER, *Conceptos fundamentales del derecho civil*, p. 14, como assim refere: “en las culturas arcaicas, y también desde las formas de pensamiento más antiguas hasta el presente, siempre se buscó y encontró la personalidad en otros objetos. El hombre confundía a sus criados con los utensilios de la vida cotidiana, con el animal y con el árbol [...]”. (tradução nossa).

²²⁵ SESSAREGO, Fernandez Carlos. Hacia una nueva sistematización del dano a la persona. *Revista de direito civil*, 75, 1996, p. 7, o qual assim referiu: “Durante siglos, la preocupación de filósofos y pensadores se centró en el conocimiento del mundo y los objetos en él arrojados. Luego de esta primigenia y utilitaria aproximación al mundo, el hombre se interesó por indagar en torno a “ser” de las cosas. Como resultado de este esfuerzo cognoscitivo aparece dentro de la Filosofía la llamada Metafísica. La preocupación por las cosas, que ha dominado por siglos el pensamiento filosófico, se transmitió y fue acogida por el Derecho. Los juristas, con una visión exclusivamente individualista, se esforzaron por proteger, preeminentemente, las cosas que integran el patrimonio de cada ser humano con descuido de la tutela que la persona merecía”. (grifo nosso).

esses fundamentos, se possa diagnosticar quais os que devem prevalecer ou não, e mesmo, quais são os mais adequados e pertinentes em relação ao mundo contemporâneo.

Nessa senda, e destacando o entendimento de que se deve sempre privilegiar a tutela do ser humano frente à tutela do próprio patrimônio, de imediato já se pode verificar que os equívocos presentes até os nossos dias, são mesmo fruto do extremo e arraigado patrimonialismo individualista que já se verificou, de sorte que, pela própria nomenclatura do direito de danos, na forma em que classicamente é exposta, tal já se afigura equivocada, tanto que se fala em dano extrapatrimonial ou moral e dano patrimonial, quando nitidamente, em termos da prevalência do homem sobre os bens, ou, melhor dizendo, pela pretendida Repersonalização do Direito, a nomenclatura mais adequada deveria ser dano pessoal ou moral e dano extrapessoal. Nesse sentido também é pertinente o magistério de Sessarego²²⁶, ao aduzir:

intentamos, pela primeira vez, introducir uma modificación na tradicional denominación do dano em patrimonial e extrapatrimonial, a mesma que, em face de uma visão eminentemente patrimonialista, utiliza uma linguagem que traduz essa mentalidade. Na verdade, se o ser humano é o centro e o eixo do Direito, deveríamos também ir modificando o vocabulário jurídico para privilegiar o pessoal sobre o patrimonial. É mediante essa ótica que ao dano extrapatrimonial preferíamos que se denominasse como *pessoal* e ao patrimonial como *extrapessoal*. (grifo nosso).

Sendo este o mote em que efetivamente deve singrar o direito de danos, mediante o entendimento e a compreensão da Repersonalização do Direito, tem-se que é somente por meio dessa noção que se iniciará a adequada valoração dos danos à pessoa humana em relação a valoração que sempre restou melhor acometida aos danos materiais, isso sem retratar que, o passo subsequente, além de uma melhor e mais adequada denominação dos danos, em relação à clássica divisão em dano moral e dano patrimonial, também é, efetivamente, uma nova sistematização para o direito de danos, a qual contenha uma mais ampla e adequada formulação, fato que certamente em muito contribuirá para um melhor conhecimento e uma mais efetiva resposta para os danos causados à pessoa humana.

Nesse particular, talvez se tenha uma das mais importantes colaborações de Sarreco, que com base na qualidade ontológica da pessoa humana, assunto que também restou versado no

²²⁶ SESSAREGO, *Revista de direito civil*, p. 14 e 15, assim refere: “[...] intentamos, por primera vez, introducir una modificación en la tradicional denominación del dano en patrimonial y extrapatrimonial, la misma que, bajo la influencia de una visión todavía eminentemente patrimonialista, utiliza un lenguaje que traduce esta mentalidad. En verdad, si el ser humano é el centro y eje del Derecho, deberíamos también ir modificando el vocabulario jurídico para privilegiar lo personal sobre lo patrimonial. Es bajo esta óptica que al dano extrapatrimonial preferíamos que se le designase como personal y al patrimonial como extrapersonal”. (tradução nossa).

primeiro capítulo desse trabalho, e cujo liame é fundamental para a compreensão da sistemática que ora será apresentada, irá oferecer uma nova classificação para o direito de danos, a qual visa abandonar a tradicional categoria voltada apenas às conseqüências ou efeitos do dano, no caso, o dano material e o dano moral, sendo que desde já obtempera-se a concordância com a *novel* sistemática, a qual se apresenta voltada à própria natureza do ente afetado, até por demonstrar maior coerência com a própria filosofia da compreensão do ser humano, além de ser uma das poucas que demonstra adequada consonância com as categorias existenciais da pessoa humana.

Nesse passo, o referido autor faz a sua primeira divisão entre o dano que denomina objetivo e o dano subjetivo, sendo que o primeiro trata do dano relativamente às coisas e o segundo do dano às pessoas. No específico particular do dano às pessoas, hipótese que mais nos interessa, Sessarego efetua uma divisão tendo como base a doutrina italiana, dado a própria similitude das expressões utilizadas, bem como aliado ao fato do autor ter residido naquele país, onde alude ao dano psicossomático e ao dano à liberdade ou projeto de vida, como peculiarmente denomina. O referido dano psicossomático, por sua vez, dividir-se-á em dano biológico e dano à saúde.

Assim, no que pertine ao dano psicossomático, este é o dano que recai sobre o próprio corpo ou sobre a psique do ser humano, na medida em que o prejuízo experimentado repercute diretamente sobre o físico ou sobre o aspecto psicológico-sensitivo da pessoa, podendo, evidentemente, recair sobre ambos. No que diz especificamente do dano biológico, este representa a lesão considerada em si mesma, na própria pessoa vitimada, tendo-se como exemplo uma ferida, uma fratura, geralmente visíveis, representando a modalidade estática do dano; enquanto que, o dano à saúde, refere-se às repercussões que a lesão pode proporcionar à pessoa atingida, sendo hipótese ampla e mais difícil de se diagnosticar pois, geralmente, não é visível, e pode englobar a totalidade do estado de bem estar da pessoa, compreendendo, entre outros, uma lesão psíquica de molde à interferir na normalidade das atividades usuais do vitimado, como seus afazeres laborais, recreacionais, sexuais, suas relações sociais, seus sentimentos, etc., representando a vertente dinâmica do dano.

De outra banda, tem-se que o dano à liberdade ou ao projeto de vida, verifica-se na proporção das próprias restrições impingidas à liberdade do ser humano, enquanto conseqüências de um prévio dano psicossomático, pelo que, equivale dizer, é a limitação das possibilidades existenciais que os danos físicos ou psíquicos imprimem à pessoa, na medida em que, quando o ser humano goza da integralidade de suas possibilidades psicofísicas, tem ele a

plena liberdade para fazer tudo o que a sua própria existência lhe permite, desde o seu nascimento até a sua morte, possibilidades essas que são conseqüentemente reduzidas, limitadas ou até extintas, na medida em que forem limitadas as suas condições para a fruência desse gozo, tudo em decorrência da lesão experimentada. A propósito dessa *lesão ao projeto de vida*, vê-se a sua nítida afinidade com a filosofia existencial, na medida em que essa entende que o ser humano se faz conforme o tempo, dia após dia é que vai construindo as suas próprias possibilidades, as quais são mais relacionadas ao tempo futuro do que ao próprio presente²²⁷.

Dito isso, tem-se que essa nova sistematização atenderia bem melhor às necessidades do direito hodierno, dado à sempre crescente ampliação das relações humanas, sendo que os danos à pessoa, caso continuem forçadamente restringidos às categorias do dano moral e material, continuarão causando inúmeros prejuízos aos lesados, posto que restando o dano, preso à essa tradicional dogmática, certamente o aplicador do direito não logrará vislumbrar e compreender a real amplitude que os novos danos podem causar à pessoa humana, em especial se pretender-se coerentemente analisar as peculiaridades de cada caso concreto, bem como dado à própria sutileza de muitas das atuais feições dos danos neste mundo pós-industrial, cujas novas possibilidades de danos realmente se afiguram de difícil percepção e mesmo comprovação, de sorte que muitos prejuízos poderão passar simplesmente despercebidos (fato que por certo acontece na atualidade) e sem a meritória reparação.

Assim sendo, e declinadas essas considerações, espera-se ter demonstrado a importância, a necessidade e a própria possibilidade do direito brasileiro construir uma nova sistemática para o direito de danos²²⁸, sem o que muitos danos injustos certamente deixarão de ser reparados, em razão de seu próprio desconhecimento enquanto categorias juridicamente possíveis e aplicáveis ao nosso direito, as quais vão muito além da esfera tradicional e restritiva do dano moral.

3.2 Em busca da reparação integral da pessoa humana

Já se ponderou sobre a insuficiência da categoria exclusiva do dano moral, tanto no que diz de seu aspecto etimológico bem como por ser esse o único instituto ou meio juridicamente

²²⁷ SESSAREGO, *Apuntes sobre el dano a la persona*, p. 343.

²²⁸ Em que pese repete-se que não se deva fechar questão sobre o assunto, considerando ser o mesmo uma autêntica “*fattispecie em construção*”, tal fato não impede, todavia, um avanço nesse sentido.

aceito (ou pelo menos consagrado) como apto a indenizar os lesados em seu valores extrapatrimoniais e, conseqüentemente, da efetiva necessidade da criação e aceitação dos novos danos que estão emergindo nessa contemporaneidade pós-industrial, onde verdadeiramente se faz impositivo o surgimento de novas rubricas indenizatórias, como já visto, não pura e simplesmente por questões semânticas ou metodológicas, mas sim porque ao destacar-se essas novas possibilidades e torná-las independentes, da vala comum do dano moral, estas certamente serão mais e adequadamente tuteladas, auxiliando na eficiente e completa reparação integral da pessoa humana, consoante ora se almeja.

Por esta razão, importa mesmo declinar-se o que seria e como se daria essa propalada reparação integral da pessoa, uma vez sendo essa, pretensamente, a melhor e a mais completa forma de reparação para os danos experimentados pela pessoa humana, é impositivo que se tenha a adequada noção de seu significado. Nesse sentido, insta destacar, como especialmente já referido no primeiro Capítulo desse trabalho, sobre a perspectiva patrimonialista da pessoa humana, que sempre fora curial o direito à indenização por danos à pessoa,²²⁹ mas apenas no sentido patrimonial dessa reparação, onde, em suma, a título de ressarcimento era determinado por lei a apuração dos valores gastos com as despesas de tratamento da vítima, hospital, funeral, etc, além da pensão para os familiares do extinto (no sentido exclusivamente alimentar) com base na vida provável do lesionado ou falecido, mas sempre com relação ao aspecto unicamente laborativo e material efetivamente realizado pela vítima, equivalendo dizer que o viés extrapatrimonial ou espiritual da perda ou lesão ao ente querido restava totalmente a descoberto, não merecendo qualquer reparação. Ocorre que, sem dúvida alguma, este era o equivocado pensamento vigente à época, fruto do exacerbado apego aos bens unicamente materiais, o qual tinha como conseqüência o não vislumbrar das questões imateriais pertinentes à reparação da pessoa humana então lesionada.

Na verdade, entende-se que tudo isso tem origem na própria restrita compreensão do ser humano no tempo da citada legislação oitocentista, a qual era bem mais restrita do que nos tempos atuais, restringindo a pessoa ao seu aspecto material e laboral, como já referido, descuidando, dessa feita, dos demais vieses do ser humano, em especial no sentido imaterial/existencial da pessoa.

Tanto é verdadeira essa assertiva que a própria Martins-Costa assim chegou a destacar,

²²⁹ Tanto é assim que, mesmo no Código Civil de 1916, o qual não previa o *dano moral*, já existia a indenização pelo *dano morte e lesão corporal* (então denominada *aleijão*), artigos 1.537 e 1.538 do citado diploma legal.

verbis:

[...] no século XIX, quando era *paradigma dominante o homem produtor de riquezas materiais que animou o sonho burguês oitocentista* – e fez das regras tutelares de seu patrimônio a dimensão privilegiada da própria personalidade –, *faria sentido falar em danos não-patrimoniais* ? Antes de *a psicanálise instaurar o seu reinado, pondo a nu a relevância da saúde psíquica* e da vida sexual e afetiva, poder-se-ia cogitar da hipótese de ‘dano psíquico’, ‘dano à vida afetiva’, ‘dano à vida conjugal’, ou de ‘dano à realização sexual’ ?²³⁰. (grifo nosso).

Nesse sentido, a autora quis referir que não seria mesmo de se esperar que naquela época os juristas fossem refletir e identificar a necessidade da indenização por danos extrapatrimoniais, porquanto somente há pouco mais de cento e cinquenta anos, por meio das descobertas de Sigmund Freud, conhecido pai da psicanálise, que se descobriu e aceitou-se, entre outros, que a pessoa humana possui, além de seu corpo físico, mente consciente e também mente inconsciente, logo a amplitude da existência humana verificou-se muito maior do que dantes se pensava.²³¹

Destarte, foi a própria verificação dessa maior amplitude da pessoa humana que demonstrou a insuficiência da reparação dos danos à pessoa caso essa continuasse a contemplar unicamente o sentido físico e patrimonial, fato que levou a repensar o Direito e a diagnosticar a necessidade de uma evolução nos paradigmas indenizatórios, a fim de abrigar os danos extrapatrimoniais, para englobar também o viés espiritual da pessoa, rumo ao sentido de uma mais completa reparação ou mesmo da denominada reparação integral da pessoa humana.

Assim há que se frisar, no interesse do próprio desiderato da reparação integral da pessoa humana, que o dano moral evidentemente detém plena autonomia em relação ao patrimonial. Contudo, nesse sentido, persiste a necessidade de uma maior afirmação jurídica que refoge à própria e já existente legislação contendo tal compreensão²³², posto que vai ao encontro de postulações autônomas de pedidos desse jaez, os quais podem e devem, se for o caso, ser postulados de forma independente e autônoma a quaisquer outros pedidos, posto que ainda é incomum nos foros em geral, a postulação por danos exclusivamente extrapatrimoniais. Nesse sentido da total independência de ambos, já há muito tempo obtemperara Iturraspe, *in verbis*:

²³⁰ MARTINS-COSTA, Judith. Os danos à pessoa e a natureza de sua reparação. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 409.

²³¹ FREUD, Sigmund. *O mal-estar na civilização*. Tradução de José Octávio de Aguiar Abreu. Rio de Janeiro: Imago, 1997.

²³² Tal como o teor do atual artigo 186 do nosso Código Civil, que reconhece como ato ilícito o dano ainda que *exclusivamente moral*, a saber: “Artigo 186 – Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.” (grifo nosso).

os danos patrimoniais e os danos morais constituem fenômenos totalmente diversos. Por um lado é o dano no sentido econômico-material e por outro as perturbações do ânimo, os padecimentos afetivos...o dano moral é um dano que não produz direta ou indiretamente uma alteração patrimonial, posto que tal alteração pode ou não acompanhar o dano moral²³³. (grifo e tradução nossa).

Nesse passo, é importante frisar que não se podem discriminar os danos extrapatrimoniais como se fossem menos relevantes que os patrimoniais, e vice-versa, caso tal se verifique porquanto, ambos se fundem e são os reais sustentáculos para a garantia da proteção integral da pessoa humana, devendo-se pugnar pela igualdade entre a reparação patrimonial e a extrapatrimonial, posto que ambas representam importantes valores garantidores da totalidade dos vetores abrangidos pela dignidade da pessoa na defesa da sua integridade psicofísica.

Ademais disso, talvez até se possa advogar tese ainda mais renovada dessa mesma perspectiva, porquanto se reputa plenamente defensável que os valores extrapatrimoniais ou espirituais sejam inclusive superiores aos materiais, invertendo-se a tradicional origem jurídica da reparação indenizatória²³⁴. Contudo, em detrimento a não se aprofundar essa questão, fica-se com a própria importância representada pela identidade de tais valores a título de reparação da pessoa, posto que para a plenitude do ressarcimento do ser humano em sua reparação integral, é imperativo atribuir-se a devida e simultânea valoração para ambos esses diferenciados enfoques, até porque ambos consubstanciam e compreendem a já referida esfera psicofísica dos direitos constitucionalmente garantidos ao cidadão.

Frise-se, ademais, que a reparação integral, em primeiro lugar, consiste num verdadeiro objetivo ou desiderato a ser alcançado, portanto, deve-se estar ciente das dificuldades concretas para se alcançar a idealística projeção. Mas, de qualquer modo, e uma vez atento a tais vicissitudes, insta anotar que a reparação integral consiste, no dizer de Reis “que a reparação do dano, nessa perspectiva, há de ser completa, nada devendo faltar para a vítima que possa identificar uma indenização parcial ou não-satisfatória”.

O citado autor ainda prossegue referindo que

o dano causado pelo ato ilícito ‘rompe o equilíbrio jurídico-econômico anteriormente existente entre o agente e a vítima’, assinalam Carlos Alberto Menezes Direito e Sérgio Cavalieri Filho. ‘Há necessidade fundamental de se restabelecer esse equilíbrio, o que se procura fazer recolocando o prejudicado no status quo ante. Impera neste campo o

²³³ ITURRASPE, Jorge Mosset. *Responsabilidad por danos: el dano moral*. Buenos Aires: Ediar, 1986. v. IV. p. 80/82.

²³⁴ Nesse sentido, acredita-se que, por exemplo, de nada adianta a posse de bens materiais se não se pode gozá-los em virtude de problemas de saúde física ou mesmo psíquica da pessoa.

princípio da *restitutio in integrum*, isto é, tanto quanto *possível repõe-se a vítima à situação anterior à lesão.* Na seara da responsabilidade civil, como no direito obrigacional, *somente a completa satisfação da vítima, como do credor, podem ser consideradas como causas extintivas do dever de indenizar* ou da obrigação de prestar. Por essa razão que Daniel Pizarro acentuou que *‘indenizar pela metade é responsabilizar a vítima pelo resto’*...Portanto, atento ao princípio da *restitutio in integrum*, *não será lícito admitir que a indenização da vítima seja parcial, ou seja, sempre que a indenização não for equivalente, ocorrerá inevitável enriquecimento ilícito do lesionador, com o conseqüente empobrecimento ilícito da vítima*”²³⁵. (grifo nosso).

Nesse sentido, a reparação integral equivaleria a dar-se a maior completude possível à indenização, todavia sem ultrapassar o limite da totalidade das conseqüências do dano, onde se iniciaria o enriquecimento sem causa, motivo pelo qual é necessária a equivalência da indenização ao dano efetivamente experimentado, não se admitindo indenização a maior e tampouco a menor do que o dano causado.

Desta feita, verifica-se que realmente assiste razão a Reis quando pondera que o advento dos Enunciados constantes nas Súmulas 37, 192 e 227 do STJ, que respectivamente prevêem a possibilidade de cumulação das indenizações de dano moral e dano estético ao dano patrimonial, oriundos do mesmo fato, bem como a própria indenizabilidade do dano moral para a pessoa jurídica, já constituem importante posição adotada pelo nosso Superior Tribunal de Justiça no sentido da reparação integral da pessoa humana. Ademais, bom que se diga que o referido Tribunal Superior já há alguns anos vem proclamando a necessidade da reparação integral nas ações indenizatórias onde se verifique lesão aos direitos do cidadão, o que sem dúvida o faz pioneiro nesse sentido, além de merecedor de elogio²³⁶.

No mesmo particular, também é instigante o entendimento de Moraes, que ressalta que a adoção do conceito da dignidade da pessoa humana como fundamento do dano moral também influencia e verdadeiramente modifica o critério da reparação integral, especificamente no que

²³⁵ REIS, Clayton. A teoria do risco na modernidade: uma antevisão do futuro. LEITE, Eduardo de Oliveira. In: *Grandes temas da atualidade: responsabilidade civil*. (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 6. p. 78-80.

²³⁶ Idem, p. 79 - 80. Nesse sentido ver também o RESP-31085/SP;Recurso Especial 1992/0034172-1. Ministro Aldir Passarinho Junior, T4., Quarta Turma, 05/04/2001-DJ 11.06.2001. Civil e Processual. Ação de indenização. Acidente de trabalho. Incapacidade laboral parcial e permanente. Lesão auditiva. Percentual fixado. Matéria de prova. Reexame. Impossibilidade. Súmula n. 7-STJ. Base de cálculo. Salário da época do desligamento. Correção pelos índices da categoria. Marco inicial. Data da demissão. I. Incidência da Súmula n. 7 do STJ relativamente ao percentual da incapacidade causada pela lesão auditiva, em face das circunstâncias fáticas consideradas pelo acórdão estadual, no tocante à origem diversificada da lesão e do longo tempo decorrido até o ajuizamento da ação, tornando prevalente a conclusão pericial antes tomada na lide previdenciária acidentária, por mais próxima do evento danoso. II. Em caso de responsabilidade civil decorrente de acidente de trabalho, mais consentâneo com o princípio da **reparação integral** do dano causado por ato ilícito tomar-se em consideração o salário percebido pelo empregado na época do seu desligamento, com os reajustes aplicáveis à categoria profissional, do que eleger-se como parâmetro o valor da pensão previdenciária presentemente por ele percebida. III. Se não houve prescrição do direito do autor à postulação indenizatória, indevido tomar-se como marco inicial a data da citação, ainda que o ajuizamento da demanda não tenha acontecido de imediato. IV. Recurso especial conhecido em parte e provido. (grifo nosso).

tange ao peso que doravante terá de ser atribuído às condições pessoais da vítima, o ofendido, posto que, se foi a sua dignidade o valor atingido, tornar-se-ão, de modo objetivo apreciáveis os fatores individuais a serem levados em conta pelo juízo da reparação²³⁷. Ademais disso, tem-se que a autora, ao referir que em se tratando da indenização da pessoa humana via princípio da dignidade, pretendeu aduzir que tal importaria em analisar-se a própria identidade da pessoa lesada, bem como os detalhes e as circunstâncias do caso concreto, o que é bem diferente da compreensão que outrora se efetuava ao julgar, onde se pensava no lesado mediante o modelo do sujeito de direito, sem as vicissitudes da pessoa concreta e se utilizando da mesma régua para todos os casos, posto que a demanda era sempre metafisicamente julgada, tendo-se como parâmetro apenas a figura do conhecido homem médio, além das próprias jurisprudências dos casos análogos, como se tais decisões assim julgadas e fundadas, fossem sempre isonômicas e justas mesmo à revelia de quaisquer diferenças entre as pessoas dos lesados, por mais severas que pudessem ser merecendo, portanto, sempre o idêntico e matemático julgamento, numa verdadeira standardização das decisões judiciais²³⁸.

Prossegue Moraes referindo que a reparação integral pode ser alcançada mediante uma adequada e cuidadosa fundamentação do próprio pedido e da decisão judiciais, para o que cita dois interessantes julgados do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, onde tais especificam e fundamentam indenizações com pedidos exarados por meio de novas rubricas e de fundamentos diversos, onde constam pleitos de verbas indenizatórias independentes para cada uma das ofensas experimentadas pela parte, notadamente oriundas do mesmo fato²³⁹.

A esse respeito, importa concordar-se plenamente com a Moraes, tanto no sentido exposto pelo princípio da dignidade da pessoa humana, de que a indenização deverá versar sobre os caracteres peculiares de cada autor/lesado, em sua concreta realidade humana, bem como também quanto à especificação e a fundamentação do pedido e da decisão judicial a ser proferida, fato que inclusive se tem como corolário do próprio pedido cuja decisão igualmente será destinada a uma *pessoa in concreto* e não a uma pessoa nos moldes de um abstrato *sujeito*

²³⁷ MORAES, *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*, p. 306. Para a autora, assim seria porque os elementos da *dignidade*, a saber, a liberdade, a igualdade, a integridade psicofísica e a solidariedade, teriam relevância bem maior do que os meros aborrecimentos do cotidiano, onde o ferimento a esses valores realmente mereceriam a *reparação integral*, a qual seria bem mais ampla e eficaz do que a reparação destinada aos transtornos de menor potencial ofensivo. (grifo nosso).

²³⁸ Nesse sentido ver SILVA FILHO, *O princípio da boa-fé objetiva no direito contratual e o problema do homem médio: da jurisprudência dos valores à hermenêutica filosófica*. p. 67-91.

²³⁹ MORAES, *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*, p. 307 - 318. Para tanto a jurista cita os Acórdãos da Apelação Cível nº-7.245/2001, de 28.08.2001, a saber, o famoso caso do desabamento do Edifício Palace II, e a Apelação Cível nº-9.800.114.922, de 09.03.1999, sendo a demanda em que litigaram, como Autora a *socialite* Carmen Mayrink Veiga e o não menos conhecido escritor Carlos Heitor Cony como Réu.

de direito. Nesse sentido, ao especificar-se o modo de ser de cada postulante, as reais vicissitudes de cada pessoa, enquanto seu modo de ser no mundo, num sentido verdadeiramente existencialista, ter-se-á a sua efetiva realidade, a qual possibilitará identificar as peculiaridades de cada um, bem como os valores que esse postulante teve realmente ofendidos, e ainda se tal ofensa deu-se com maior ou menor contundência considerando a própria subjetividade do ofendido, fatores que conseqüentemente contribuirão para o alcance da reparação integral do dano, e que trarão, sem dúvida alguma, maior justiça e adequação ao julgamento do caso concreto.

Acredita-se que tal realmente é um caminho adequado para a ampla reparação, tanto que, se restar comprovado que uma vítima de lesões corporais em acidente de trabalho, a qual exemplificativamente venha a perder ambos os braços, além das curiais indenizações por dano moral, dano material e dano estético, poderá pleitear, além dessas, indenização fundada no já referido *prejuízo de lazer*, caso o lesado, entre outros, fosse goleiro de futebol ou praticasse qualquer esporte para o qual a ausência dos membros superiores impossibilitaria a realização da mesma, atividade que o danificado muito prezava e era acostumado a realizar.

Nesse passo, realmente verifica-se que o próprio Código Civil brasileiro de 2002 foi feliz ao optar pela inclusão em seu corpo legislativo, do artigo 944 e parágrafo único, onde estabelece o princípio da reparação integral do dano, o que representou uma autêntica evolução para indenização no Direito brasileiro²⁴⁰.

Finalmente, importa ressaltar que não basta a positivação do referido direito à reparação integral no Ordenamento Jurídico brasileiro, mas sim, antes disso, o que efetivamente releva é que os aplicadores do direito restem atentos no sentido da sua definitiva aplicação, para tanto sempre postulando e definitivamente tornando eficaz o referido princípio no momento da análise do caso concreto.

3.3 Os novos danos à pessoa humana

Assim, dadas essas considerações, tem-se que a possibilidade da construção de uma sistematização mais atualizada, tal como a acima exposta por Sessarego, que possa

²⁴⁰ Nesse sentido é o teor do artigo 944 e parágrafo único do atual Código Civil brasileiro: “Art.944 - A indenização mede-se pela extensão do dano. Parágrafo único: se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização”.

adequadamente englobar os novos danos à pessoa humana, é uma real necessidade para o Direito, e em particular para o próprio Direito brasileiro, tanto que juristas como Martins-Costa já efetuaram essa importante averiguação, *in verbis*:

os danos à pessoa constituem *fattispecie* em construção. Numa definição meramente aproximativa, Sessarego os delinea como os danos incidentes em qualquer aspecto do ser humano em sua integridade psicossomática e existencial, assim, no direito italiano e no francês, tem sido caracterizado como “dano biológico”, “dano à saúde”, “dano ao projeto de vida” e o “dano moral”, considerado em seu aspecto estrito²⁴¹.

Mais adiante, a mesma jurista chega a textualmente referir que a atual sistemática brasileira, quanto aos danos à pessoa, cuja conotação redutora à expressão dano moral

[...] tem impedido, a meu juízo, a adequada apreensão, pela jurisprudência, de novas *fattispecies*²⁴² que poderiam ser mais livremente desenvolvidas não fossem as amarras pré-compreensivas, o que tem importância capital nessa matéria, pois a maior particularidade dos deveres extracontratuais reside no fato de serem formados por criação jurisprudencial, pois eles não existem antes da lesão, resultando de uma casuística feita pelos juízes por ocasião do julgamento²⁴³.

No mesmo sentido, Facchini Neto teve idêntica percepção, ao referir que o artigo 949 do atual Código Civil pátrio, ao inserir, no corpo de seu texto, a expressão “além de algum outro prejuízo que o ofendido prove haver sofrido”, ressalta o fato que os demais prejuízos, além dos tradicionais, também podem e devem ser indenizados, fato que representa uma inovação muito importante, a qual abre um extenso leque de novas possibilidades indenizatórias para o direito brasileiro, posto que, por *outros prejuízos*, poder-se-á, certamente, inserir a sistemática antes sugerida por Sessarego, além de outras importantes sugestões feitas pelo próprio Facchini Neto, tais como:

tanto na experiência *francesa* como na *americana*, por exemplo, a jurisprudência vem reconhecendo crescentemente *novos tipos de danos* justificativos de indenizações especiais, isto é, independentes daquela que tem por finalidade reparar a incapacidade física como tal, de que são exemplo, o “prejuízo sexual”, o “prejuízo juvenil” (entendido como a dor particular que provoca, em um jovem, a consciência da própria

²⁴¹ MARTINS-COSTA, *Os danos à pessoa e a natureza de sua reparação*, p.417.

²⁴² A propósito da expressão *fattispecie* ou de seu similar *tatbestand*, tais dizem respeito ao *suporte fático*, de acordo com o direito italiano e alemão, respectivamente. No particular, ainda conduzimos o leitor quanto ao sentido da possibilidade de novas espécies de danos à pessoa, mormente porque o atual Código Civil Brasileiro trabalha com diversas normas reputadas *cláusulas gerais*, as quais possibilitam englobar esses novos casos, tais como o artigo 949 do citado diploma.

²⁴³ MARTINS-COSTA, *Os danos à pessoa e a natureza de sua reparação*, p.427.

degradação física e da perda da esperança de uma vida normal), “prejuízo à capacidade matrimonial”, dentre outros²⁴⁴. (grifo nosso).

Nesse passo, acredita-se que a definição de novas rubricas indenizatórias, reconhecendo os novos danos, poderá em muito contribuir para a concretização do desiderato da reparação integral da pessoa humana, principalmente porque dá a necessária atenção ao caso concreto e, mormente em relação à identidade pessoal e concreta de cada pessoa humana, indo bem adiante do alcance permitido a uma indenização baseada em parâmetros estandardizados e idênticos para todos, sem prestar atenção às diferenças e peculiaridades de cada vítima, consoante sempre fora o equivocado padrão indenizatório, unicamente lastreado na suposta igualdade formal existente entre as pessoas.

Todavia, para que isso realmente se verifique, é mister que efetivamente sejam destacados alguns desses novos danos, nem que tal se dê somente nas hipóteses mais consagradas pela doutrina e pela jurisprudência estrangeiras até porque a doutrina pátria, ressalvadas algumas raras exceções²⁴⁵, muito pouco avançou nesse aspecto, a qual verdadeiramente está se ressentindo de uma maior elaboração e autêntica compreensão dessas novas e importantes possibilidades.

Feitas essas ponderações, cumpre agora elencar algumas dessas novas possibilidades ou novos danos, declinando a respectiva conceituação e na medida do possível a sua própria exemplificação, a fim de que, conhecendo-se e compreendendo-se adequadamente as mesmas, se tenha em mente a real possibilidade de sua verificação perante o Direito atual, quando da efetiva ocorrência desses novos fatos danosos. Assim sendo, dentre esses outros prejuízos (como aduz o Código Civil) ou novos danos, optou-se por destacar os que seguem:

*1. danos à vida de relação: a) prejuízo de lazer, b) prejuízo juvenil, c) prejuízo sexual e d) prejuízo de afeição; 2. danos à pessoa: a) dano estético, b) dano à identidade pessoal; e 3. outras hipóteses, dentre os quais: a) perda de uma chance, b) dano à liberdade ou projeto de vida, e finalmente o c) dano existencial*²⁴⁶. (grifo nosso).

Nessa senda, a par dos danos à vida de relação, no sentido de que tais danos são os que

²⁴⁴ FACCHINI NETO, Eugênio. Da responsabilidade civil no novo Código. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *O novo código civil e a constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003. p. 188.

²⁴⁵ Onde aqui se destacam os trabalhos de FACCHINI NETO, Eugênio. *Da responsabilidade civil no novo código*, 2003. SEVERO, *Os danos extrapatrimoniais*, 1996.

²⁴⁶ ITURRASPE, *Responsabilidad por danos: el dano moral*, p. 245.

dizem respeito não apenas à própria pessoa individualmente considerada, mas também em relação à outrem, podendo inclusive até importar em conseqüências para esses próprios terceiros, mormente as pessoas mais próximas ao lesado, como se verá, questões que já foram apontadas por Iturraspe, a saber:

[...] o denominado *dano à vida de relação* é, a nosso juízo, um dos mais felizes alcances da doutrina estrangeira, na medida em que valoriza uma visão mais integral do homem, mais rica e mais completa; portanto, uma proteção preventiva e reparadora, mas antes de tudo plena, contempla a situação de uma pessoa que *lhe produz uma inferioridade para certas relações sociais, desportivas, recreativas, artísticas, sexuais, etc.*²⁴⁷ (tradução e grifo nosso).

Desta feita, com relação ao prejuízo de lazer, tal importa em verdadeira limitação, ou sob forma mais grave, na própria impossibilidade da prática de atividades esportivas ou artísticas que normalmente são apreciadas e exercitadas pelo danificado, as quais lhe proporcionam verdadeira alegria, felicidade e até mesmo bem estar físico e espiritual, além de outros efetivos prazeres tais como viagens e passeios, além da própria gastronomia ou outras demais possibilidades apreciadas pelas pessoas, individualmente²⁴⁸. Nesse particular, reporta-se, entre outros, ao cidadão que por acidente de trabalho tenha amputados ambos os membros superiores, e que comumente atuava como goleiro de futebol, certamente jamais poderá desempenhar tal atividade de lazer, além de, entre outros, deixar de pegar os próprios filhos em seu colo, situações lhe imporão um prejuízo ainda maior do que o já proporcionado pela tradicional perda da capacidade de trabalho aliada ao próprio prejuízo físico e estético, situações que, de um modo geral, até prova em contrário, infelizmente não vem sendo percebidas pela doutrina e pela jurisprudência pátrias.

No que diz do prejuízo juvenil, tem-se que o mesmo importa na própria dor e amargura decorrentes da decadência física imposta a uma pessoa jovem, mormente porque é na infância e na adolescência que a pessoa humana estabelece, por meio de brincadeiras e do próprio convívio com seus amigos, vizinhos e colegas, importantes referenciais para toda a sua existência, até porque nessa época se vai amalhando conhecimentos e paradigmas comportamentais que provavelmente serão agregados e desempenhados durante toda a vida

²⁴⁷ Idem.

²⁴⁸ Nesse aspecto ver as ponderações de Sérgio Severo, que ainda destaca, comungando da compreensão de Iturraspe, que tal prejuízo será mais grave quanto mais jovem for o lesado. SEVERO, *Os danos extrapatrimoniais*, p.156 - 157.

adulta, tratando-se de um verdadeiro *plus* às atividades de lazer do cidadão²⁴⁹.

Sobre o prejuízo sexual, importa referir que o mesmo detém um caráter especial e muito relevante para a pessoa humana, porquanto poderá afetar o aspecto reprodutivo bem como a própria possibilidade de manterem-se relações sexuais, ou inclusive ambas, além de gerar conseqüências diretas para o próprio lesado e indiretas para o seu companheiro. A gravidade de tais lesões poderá importar em variantes tão amplas e realmente graves para a normalidade da vida de uma pessoa, tais como a própria impossibilidade *generandi* ou *coendi*²⁵⁰ que poderá ser proporcionada pela lesão física nos órgãos sexuais da vítima, bem como pela própria lesão psíquica, que de acordo com a gravidade, sabidamente terá o condão de, senão definitiva ao menos temporariamente, causar a impossibilidade de manutenção de relações sexuais por impotência ou mesmo pelo desinteresse sexual que poderá acarretar, além de, em casos mais graves, afetar a própria fertilidade e à capacidade de procriação, podendo assim, obstaculizar o sonho de felicidade de uma família.

Há que se imaginar, entre outros, a gravidade de uma lesão corporal acometida a um electricista, que no desempenho de sua atividade laboral venha a ser vitimado por um choque elétrico de alta tensão que lhe estirpe o órgão sexual, tal realmente poderá ter as repercussões acima citadas, as quais visivelmente vão muito além da sua mutilação física e até da própria dor pela perda sofrida.

O próprio prejuízo de afeição importa em relevantes conseqüências para o atingido, considerando que o mesmo remonta a alguma perda concreta, sendo certo que este estará presente em casos como no dano-morte, sob a modalidade também denominada dano por ricochete. Assim, no primeiro caso, o dano-morte afeta diretamente a esfera do próprio vitimado (ao provocar o seu falecimento), mas também afeta, no chamado dano por ricochete, seus parentes próximos, de modo indireto, mas inclusive presumível, em razão da perda do ente querido, tal como para os seus pais, filhos, esposa, irmãos, etc, os quais evidentemente muito sentirão a ausência da pessoa querida que deixou de existir, de sorte que verdadeiramente se reconhece a existência de dois danos distintos.

Deve-se ao Direito português a descoberta dessa importante realidade, a configuração do dano morte e do dano por ricochete como danos distintos para o mesmo fato, a qual inclusive restou estabelecida como fruto da Legislação Civil Lusitana, no número 02 do artigo 496, tendo

²⁴⁹ SEVERO, *Os danos extrapatrimoniais*, p.156-157.

²⁵⁰ Trata-se da incapacidade de procriar e de manter relações sexuais, respectivamente.

sido assim restado interpretada pelo próprio Supremo Tribunal de Justiça de Portugal²⁵¹.

Tem-se, destarte, a possibilidade de cumulação subjetiva de danos, com a peculiaridade de que o dano-morte também terá de ser perseguido pelos parentes do extinto, por meio de seu espólio ou sucessão, porquanto se curava de direito do próprio falecido (quer pela dor da própria morte como pela perda de usufruir a sua vida), o qual evidentemente por ele mesmo não mais poderá ser perseguido, o que só será possível por hereditariedade, contudo, também, poderá ser alvo de pedido direito por parte das mesmas pessoas, considerando então o prejuízo de afeição a que seus parentes foram submetidos, não mais por hereditariedade, mas sim por ricochete²⁵².

Entre nós, o Direito brasileiro também está começando a reconhecer o dano por ricochete, como se pode verificar em Mário Moacyr Porto, que publicou artigo que alcançou grande repercussão ao comentar o atual art. 948 do Código Civil (anterior art. 1537 do Código Civil de 1916) e vem sendo reiteradamente aplicado pela jurisprudência pátria, a saber:

[...] o art.1537, apreciado à luz do bom-senso e subsídios informativos da lei que lhe serviu de fonte, expressa o seguinte: "O *herdeiro*, na hipótese em causa, tem ao seu alcance *duas ações*: um, fundado no *direito hereditário*, para obter do responsável pelo homicídio uma indenização *correspondente aos direitos e ações que o morto tinha por ocasião de seu passamento* e que foram transmitidos aos seus herdeiros; outra, resultante do seu *direito pessoal* de obter do responsável pelo homicídio uma *integral reparação de todos os prejuízos que, por ricochete, sofreu*, inclusive uma quantia correspondente ao valor da prestação de alimentos na hipótese da vítima dever alimentos ao herdeiro e demandante ²⁵³. (grifo nosso).

Percebe-se, portanto, que na esfera do prejuízo de afeição, como dano por ricochete,

²⁵¹ Supremo Tribunal de Justiça, Acórdão de 13 de novembro de 1974, Proc. nº-34.248, Rel. Conselheiro José Montenegro, v. u. BMJ, 241:204. Nesse sentido o Código Civil português Art. 496 nº-2: Por morte da vítima, o direito à indenização por danos não patrimoniais cabe, em conjunto, ao cônjuge não separado judicialmente de pessoas e bens e aos filhos ou outros descendentes; na falta destes, aos pais ou outros ascendentes; e, por último, aos irmãos ou sobrinhos que os representem". (grifo nosso).

²⁵² Consultar SEVERO, *Os danos extrapatrimoniais*, p. 165-168.

²⁵³ PORTO, Mário Moacyr. Dano por ricochete. *Revista dos Tribunais*: São Paulo, nº. 661, 1990, p. 7-10. E a título de exemplo, colaciona-se o seguinte julgado: Reparação de danos morais. Acidente de consumo. Queijo parmesão ralado. Produto impróprio ao consumo. Danos à saúde da neta da autora. Atendimento de urgência. Aflição e angústia a justificar a condenação por danos morais. 1. *Embora o acidente de consumo não tenha atingido diretamente a autora*, apresenta ela *legitimidade* pela sensação de angústia e aflição gerada pelo dano à saúde de sua neta, **dano por ricochete**. 2. Comprovada, não só a impropriedade do produto para o consumo, o que afeto à responsabilidade do Fabricante, como também a sua má conservação, o que alcança a esfera de responsabilidade do comerciante, respondem ambos pelos danos provocados no acidente de consumo. 3. Uma vez procedida à inversão do ônus da prova e havendo fotografias a indicar a existência de mancha esverdeada no queijo parmesão ralado vendido, o que evidencia estivesse contaminado, cumpria às rés comprovar que outro tipo de alimento ingerido pela neta da autora poderia também causar-lhe a asperigiose broncopulmonar alérgica que a acometeu. 4. A alegação de que pudesse a enfermidade ter causa outra que não a ingestão do produto também se mostra passível de prova, o que poderia ser feito através da apresentação de laudo técnico e não o foi. 5. No que tange à existência do dano moral, o mesmo se presume em face da situação aflitiva gerada, tendo a indenização sido fixada com prudência e moderação. Sentença confirmada por seus próprios fundamentos. Recurso improvido. Recurso Cível Nº 71000964320, 1ª Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Ricardo Torres Hermann, Julgado em 26/10/2006. (grifo nosso).

houve um efetivo avanço dessa nova rubrica indenizatória no Direito pátrio, a qual sem dúvida alguma poderá ser igualmente aplicada para casos de lesão corporal, e não somente para o dano-morte, que fora a sua origem primeira, até porque é plenamente razoável, mormente em casos de lesão corporal grave, que se tenham severos prejuízos reflexos aos parentes das vítimas, sendo que, bem ao contrário do que se poderia sustentar, o que não se justificaria seria a própria negativa de sua aplicação diante da verificação de sua ocorrência no caso concreto, considerando que no Direito brasileiro inexistente qualquer vedação nesse sentido, além de que entre nós vige, como já asseverado, o princípio da reparação integral dos lesados.

No que diz respeito aos danos à pessoa, sendo os que afetam especialmente o ser humano em seus caracteres individuais, o dano estético, sem dúvida alguma, é uma modalidade que já comporta importante aceitação tanto pela doutrina como pela jurisprudência estrangeira e nacional, manifestando-se como uma irregularidade física visível ou não, além de permanente ou meramente temporária, que apesar de não necessitar converter o sujeito em um monstro, afeta sua anatomia exterior ao invés de sua psique ou intelecto. Tal estigma pode recair tanto no rosto como em outras partes do corpo humano, quer sob a forma de cicatrizes, perda de cabelos, peças dentárias, alterações da pele ou qualquer outro tipo de defeito físico que altere pejorativamente a aparência externa do lesado, gerando-lhe menoscabo ao seu aspecto e conformação existentes antes do evento lesivo²⁵⁴. Aliás, bom que se diga que na atualidade, ao valorizar-se tanto a beleza corporal, fato que entre outras coisas se percebe por meio das inúmeras cirurgias estéticas que são realizadas, impondo-se uma maior valorização desse aspecto da pessoa humana, o que é de todo discutível, mas enfim, também é inevitável concluir que tal é um dos aspectos que no mundo contemporâneo teve um sensível ganho valorativo, quer como simples sinônimo de beleza e estética, mas também nas relações que guarda com a própria saúde física, sendo inegável a sua maior valorização nos tempos atuais.

Nesse aspecto, sem dúvida que sua maior apreciação, e não só para profissionais do ramo, como modelos e artistas em geral, para os quais, muitas vezes representa a sua própria fonte de renda, parece que todas as pessoas indistintamente e mais do que nunca desejam ser belas como se beleza fosse sinônimo de bondade, de virtude e de dignidade, fatores que sem dúvida alguma estão em muito contribuindo para a independência dessa rubrica indenizatória, cuja atual valorização, frisa-se, resta incontestante. Esse fenômeno bem se verifica em nosso país, tanto que a jurisprudência nacional, em inúmeros julgados reconhece a indenizabilidade do dano

²⁵⁴ Para tanto ver SANTOS, *Dano moral na internet*, p. 113.

estético enquanto rubrica autônoma e inclusive cumulada com outras, tanto com o próprio dano moral como com o dano material²⁵⁵.

Nesse passo, verifica-se a crescente reparação do dano estético, inclusive de modo autônomo ao dano moral e com este cumulado, o que representa um importante diferencial ora agregado, uma vez que é recorrente a dúvida sobre o dano estético ser ou não uma espécie de dano moral, portanto estando contido nesse último, todavia reputa-se, como pretensamente já referido, que na atualidade há forte tendência, dada a valorização do aspecto estético da pessoa humana, no sentido da plena autonomia da indenização do dano estético no direito brasileiro.

Referentemente aos danos à identidade pessoal já não se tem verificado a mesma facilidade presente nos danos estéticos, em especial, considerando a própria ausência de conhecimento sobre qual seja o seu conteúdo, contudo, nesse sentido os juristas italianos vêm trabalhando há mais de cinquenta anos, mormente a partir dos estudos de Adiano de Cupis, quem primeiramente analisou os direitos da personalidade, chegando a referir que “são os únicos direitos que constituem a própria verdade da pessoa”, no sentido de serem os únicos capazes de distingui-la dentre as demais pessoas existentes, daí a sua própria relevância e particularidade, porquanto serem os únicos que poderiam tutelar os caracteres individuais de cada ser humano.

Ademais dessas ponderações, cumpre declinar os principais direitos pertencentes à identidade pessoal, sendo basicamente os mesmos que compõem os direitos da personalidade, os quais, para Sessarego, teriam evoluído e passado a se tornar verdadeiros direitos à identidade pessoal, sendo os principais, o próprio nome da pessoa, a sua intimidade, a vida privada, a imagem, a honra e a reputação²⁵⁶.

²⁵⁵ Nesse sentido ver recente decisão do Superior Tribunal de Justiça no Resp.899869/MG; Recurso especial- 2006/0046442-3 - Ministro Humberto Gomes de Barros (1096) - T3 - Terceira Turma - 13/02/2007 - DJ 26.03.2007 p. 242., a qual teve o seguinte teor: "**Danos estéticos**" ou "**danos físicos**". **Indenizabilidade em separado**. 1. A jurisprudência da 3ª Turma admite sejam indenizados, separadamente, os **danos morais** e os **danos estéticos** oriundos do mesmo fato. Ressalva do entendimento do relator. 2. As seqüelas físicas decorrentes do ato ilícito, mesmo que não sejam visíveis de ordinário e, por isso, não causem repercussão negativa na aparência da vítima, certamente provocam intenso sofrimento. Desta forma, **as lesões não precisam estar expostas a terceiros para que sejam indenizáveis**, pois o que se considera para os **danos estéticos** é a **degradação da integridade física da vítima**, decorrente do ato ilícito. 3. Os danos morais fixados pelo Tribunal recorrido devem ser majorados pelo STJ quando se mostrarem irrisórios e, por isso mesmo, incapazes de punir adequadamente o autor do ato ilícito e de indenizar completamente os prejuízos extrapatrimoniais sofridos pela vítima. 4. Provido o recurso especial da parte que pretendia majoração dos danos morais, fica prejudicado o recurso especial da parte que pretendia a redução da indenização.....Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça na conformidade dos votos e notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, julgar prejudicado o recurso especial de Mater Clínica Ltda, e, conhecer e dar parcial provimento ao recurso especial de Elizabete Nascimento de Brito, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ari Pargendler, Carlos Alberto Menezes Direito, Nancy Andrighi e Castro Filho votaram com o Sr. Ministro Relator. (grifo nosso).

²⁵⁶ SESSAREGO, Fernandez. *Derecho a la identidad personal*. Buenos Aires: Astrea, 1991. p. 103-107.

Sessarego, em seu interessante trabalho sobre a identidade pessoal, a reconhece como

[...] tudo aquilo que faz com que cada qual seja 'ele mesmo e não o outro', cujas características de cada qual se projetam até o mundo exterior, se fenomenalizam e permitem aos demais conhecer a pessoa, a pessoa determinada, em sua mesmidade, naquilo que ela é enquanto ser humano específico²⁵⁷.

No Brasil, o próprio Código Civil de 2002 já evoluiu nesse sentido, ao reconhecer os direitos da personalidade nos seus artigos 11 a 21, apesar de reputar-se que ainda se ressentem de uma elaboração doutrinária mais específica e aprofundada sobre a temática, porquanto a própria ausência do conhecimento desses temas tem prejudicado a sua efetiva tutela em juízo, salvo alguns louváveis estudos sobre o assunto, o qual necessariamente deverá ser melhor apreciado²⁵⁸.

Ademais, quanto às denominadas outras hipóteses, como já referido, procurou-se elencar as hipóteses que se reputaram mais relevantes, onde inicialmente se destacam os danos oriundos da perda de uma chance, hipótese que teve origem no direito francês, a partir de decisão da Corte de Cassação de 17 de julho de 1889, em face de ato de funcionário ministerial que impediu o autor de uma ação de levá-la adiante, frustrando-lhe a chance de obter ganho de causa²⁵⁹.

No particular, apesar de se afirmar que o Direito brasileiro ainda carece de maior desenvolvimento dessa temática, inobstante a isso, na atualidade está se verificando importantes avanços nessa seara indenizatória, porquanto a doutrina e os próprios Tribunais tem acolhido a tese da perda de uma chance em alguns importantes vieses, tais como em relação à responsabilidade civil do médico, do advogado, a tradicional perda de um contrato de trabalho, além de outras perdas de oportunidades igualmente relevantes, as quais manifestavam sensíveis indicativos de êxito.

A propósito, igualmente pertinente aduzir-se que a perda de uma chance se relaciona tanto a um dano atual como a um dano futuro, inserindo-se ainda, não propriamente na certeza absoluta da ocorrência desse dano, tanto que dita certeza não poderia se exigir em se tratando de uma chance, que muito mais se relaciona a uma probabilidade e a sua própria verossimilhança

²⁵⁷ Idem, p. 113.

²⁵⁸ CACHAPUZ, Maria Cláudia. *Intimidade e vida privada no novo código civil brasileiro: uma leitura orientada no discurso jurídico*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 2006.

²⁵⁹ Consultar SEVERO, Sérgio. *Os danos extrapatrimoniais*. São Paulo: Saraiva, 1996. p. 11-14.

fática e jurídica em direção a efetiva ocorrência do evento, não se reclamando, como já referido, a sua efetiva certeza, a qual, no mais das vezes acabaria sempre por inviabilizar uma justa indenização, mesmo porque no mundo pós-industrial em que se vive, preponderam os riscos bem mais do que as próprias certezas.

Assim sendo, verifica-se a ampla viabilidade da aplicação do instituto da perda de uma chance na responsabilidade civil médica e dos demais profissionais da saúde em geral, tanto em relação aos hospitais e clínicas (onde inclusive é hipótese de responsabilidade objetiva), bem como em relação aos próprios profissionais (para os quais se tem a responsabilidade subjetiva), a qual se poderá vislumbrar, entre outros, diante de muitas omissões médicas, tais como pela ausência de informações adequadas que possam obstaculizar a tomada de decisão do paciente ou de seus familiares sobre o direito de optar entre a realização de um determinado tratamento em detrimento de outro, ou até mesmo pela “alta antecipada” de um paciente do nosocômio sem que tenham sido esgotadas todas as possibilidades de tratamento do mesmo²⁶⁰.

Situação análoga também ocorre em relação à responsabilidade do advogado, quer pela perda de um prazo processual relevante - como o de uma apelação ou outros recursos, bem como pela ausência do necessário dever de aconselhamento ou informação jurídica, entre outras possibilidades²⁶¹.

A propósito da perda de uma chance poder configurar caso de responsabilidade do advogado, é pertinente o artigo de Fábio Siebeneichler de Andrade, onde o mesmo sustentou

²⁶⁰ Nesse sentido ver a decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul na Apelação Cível Nº 70016518920, oriunda da 9ª Câmara Cível, Relator: Marilene Bonzanini Bernardi, Julgado em 14/03/2007, com o seguinte teor: Responsabilidade civil. Entidade hospitalar. Responsabilidade objetiva. Falha na prestação do serviço caracterizada, fratura do 4º quirodáctilo. Erro de diagnóstico. Danos materiais. Pensão. Danos morais e estéticos. 1. Responsabilidade Hospitalar: a responsabilidade civil do hospital é de ordem objetiva, nos termos do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor, não cabendo investigar a culpa de seus prepostos, mas se o serviço prestado pelo nosocômio foi defeituoso ou não. A configuração dos elementos nexos causal e dano gera o dever de indenizar, sendo que as excludentes da responsabilidade possíveis para o caso em **comento seriam, com supedâneo no art. 14, § 3º, I e II, inexistência de defeito no serviço e culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro. No caso concreto, configura** falha na prestação do serviço o erro de diagnóstico **quanto à lesão no 4º quirodáctilo esquerdo, mormente à vista da existência pré-diagnóstico detectando o deslocamento do referido quirodáctilo. Sendo consabido que o tratamento precoce de fraturas articulares apresenta melhor prognóstico**, há de se reconhecer a responsabilidade da ré pela ‘perda de uma chance’ de o autor se recuperar. Apelação desprovida. (grifo nosso).

²⁶¹ Sobre o tema ver a decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul na Apelação Cível Nº 70017292699, oriunda da 5ª Câmara Cível, Relator: Umberto Guaspari Sudbrack, Julgado em 28/03/2007, que teve o seguinte teor: Responsabilidade civil do advogado. Negligência. Não-ajuizamento de ação. **Danos materiais. Impossibilidade de mensuração, no caso concreto. perda de uma chance. Não há falar em decisão ultra petita, vez que o pedido de indenização por perdas e danos está contido na inicial. É patente que o patrono atuou na demanda original, de forma efetiva, sendo legítimo para figurar no pólo passivo. Mesmo com a produção da prova pericial e a juntada de determinadas peças da ação originária, e ainda que se tratasse de questão de direito, não resta demonstrado, de modo inequívoco, que o autor obterá uma decisão procedente, tampouco qual montante lhe seria devido, inviabilizando a fixação de indenização por perdas e danos.** Devida a indenização por danos morais, pela ‘perda de uma chance’. **No caso em tela**, a viabilidade da demanda que seria intentada pelos causídicos é manifesta, sendo forçoso reconhecer que havia, ao que tudo indica, possibilidade de êxito, pois alguns dos demandantes obtiveram decisão de procedência. Preliminares rejeitadas. Apelo provido. Recurso adesivo provido. (grifo nosso).

que “mesmo havendo um grau de incerteza quanto à existência do dano, entende-se configurada uma probabilidade suficiente de existir uma chance do agente alcançar determinado resultado...é precisamente o exemplo da perda de uma chance pelo cliente”²⁶².

Desta feita, pode-se concluir que muitas são as possibilidades de aplicação da teoria da perda de uma chance, a qual tem de ser detidamente analisada, caso a caso, até porque a primeira idéia que talvez acometa seja a sua inocorrência, considerando não se tratar de um evento certo, mas apenas provável, do qual poder-se-ia vislumbrar um prejuízo meramente platônico ou improvável, contudo, o que realmente se há de diagnosticar, nesses casos, é que o prejuízo apresenta-se muito mais pela perda da própria chance ou oportunidade em si mesma considerada, desimportando o seu resultado, a menos que esse, ao contrário, fosse muito mais remoto do que verdadeiramente provável.

Quanto aos danos à liberdade ou ao projeto de vida, importa referir que o mesmo é especialmente sustentado pelo jurista peruano Fernandes Sessarego, que em excelente exposição, exemplifica a hipótese citando o caso de um pianista, a saber:

para ilustra um caso notório de dano ao projeto de vida, recorremos a pessoa de um consagrado pianista, em plena maturidade, que é vítima de um acidente automobilístico em que, entre outras lesões, perde vários dedos de sua mão direita, o que lhe impossibilita de continuar em sua exitosa atividade. A tendência atual considera que é correto valorizar e liquidar independente e autonomamente cada um dos danos inferidos ao ser humano. Para esse efeito utilizamos a nova sistematização do dano a pessoa que temos proposto. No que radica uma de suas maiores vantagens²⁶³ .(grifo nosso).

Com base no exemplo acima, Sessarego declina a sua compreensão sobre as possibilidades indenizatórias que emergem do acidente, sendo que primeiramente analisa as de cunho patrimonial, valorizáveis em dinheiro, elencando-as como dano emergente e lucro cessante, onde os emergentes seriam o custo do tratamento médico, a hospitalização, os honorários médicos; enquanto que os lucros cessantes seriam os honorários que ele, o próprio pianista haveria deixado de receber em razão do não exercício do seu trabalho. Quanto aos danos extrapatrimoniais, de conseqüências pessoais para a vítima, salientando o dano psicossomático e o dano ao projeto de vida. O psicossomático pode-se distinguir a lesão em si mesma e a própria perda do bem estar da vítima, os quais seriam danos bastante graves.

²⁶² ANDRADE, Fábio Siebeneichler. *Responsabilidade civil do advogado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.º. 697, 1991, p. 26.

²⁶³ SESSAREGO, *Apuntes sobre el dano a la persona*, p. 343. (tradução nossa).

No entender de Sessarego, o dano mais grave ainda estaria a cargo do dano ao projeto de vida, ocorrido ao pianista, considerando a sua própria

frustração ou menoscabo, que tem radicais conseqüências no próprio existir do sujeito afetado. No caso do pianista, falamos de uma situação limite desde que já não poderá mais 'ser um pianista', atividade que outorgava um sentido a sua vida, uma razão de ser deixou de ser aquilo que havia escolhido, pelo que enfrenta um vazio existencial que será muito difícil de preencher²⁶⁴.

Nesse sentido, há que se ressaltar que o dano ao projeto de vida corresponde, portanto, a uma hipótese bem mais graves daquelas que ordinariamente emergem e são enquadradas no dano moral, as quais, apesar de graves, no mais das vezes se exaurem com o passar de alguns meses ou até anos, ao passo que no dano ao projeto de vida, vislumbra-se um caso que normalmente se irá relembrar para todo o sempre, gerando uma triste ocorrência que poderá se propagar por toda a vida do atingido, ou, no mínimo, demorará muitos anos para se alcançar uma aceitação e mais ainda para sua a própria superação, caso essa não se afigure realmente impossível, considerando o grau de afeição que cada pessoa individualmente tenha em relação à atividade que normalmente desenvolve.

O próprio Iturraspe reconhece o dano ao projeto de vida, o que faz parafraseando Sessarego ao aduzir que “se trata de um fato de tal magnitude, que obstacularizaria a própria realização da pessoa humana de acordo com sua mais recôndita e intransferível vocação”²⁶⁵.

Destarte, bem se pode verificar que a gravidade do referido dano exige uma hipótese incomum, bem aos moldes do que relatado por Sessarego, não se aplicando a outras variantes de danos, mas somente quando o porte da lesão ocasionar sensível limitação ou mesmo a total impossibilidade do desempenho das atividades que a pessoa tem como escolha a título de vocação ou desejo, não necessariamente tratando-se apenas da sua própria atividade profissional, mas podendo aí ser igualmente incluídas outras atividades pessoalmente muito importantes para cada um, tal como atividades culturais, artísticas ou até mesmo desportivas que eram, antes do acidente, habitualmente efetuadas pelo atingido e que lhe outorgavam relevante condição de bem estar físico e espiritual.

Dito isso, tem-se que Sessarego foi incisivo em sua percepção bem como na

²⁶⁴ SESSAREGO, *Apuntes sobre el dano a la persona*, p. 344. (tradução nossa).

²⁶⁵ ITURRASPE, Jorge Mosset. El dano funado em la dimension del hombre em su concreta realidad. *Revista dos Tribunais*: São Paulo, n. 723, 1996, p. 33-34.

fundamentação do referido dano, o qual, na infelicidade de sua verificação, doravante poderá ser bem melhor reparado mediante essa nova formulação.

Por fim, em se tratando da última hipótese abordada, o dano existencial, anota-se que a sua formatação tem origem no Direito italiano, em especial no desenvolvimento doutrinário de Patrizia Ziviz²⁶⁶, que aludiu a necessidade de uma verdadeira transformação de perspectivas por parte de todos os operadores do Direito, no sentido de questionarem sobre o próprio homem, seu sentido e significados, onde os danos seriam impingidos sobre esta nova pessoa que, na posição de vítima, terá de adotar comportamentos diversos aos que mantinha antes da ocorrência do dano, mas sempre sob o horizonte de uma orientação totalmente diversa da até então vertente nas indenizações²⁶⁷.

Nesse sentido, entre outros casos, trabalha-se como o exemplo de uma mulher casada que se submetera a uma cistocopia mal sucedida, a qual lhe acarretara a extirpação do útero. Houve uma indenização da esposa contra o cirurgião, mas também outra aforada direta e independentemente pelo próprio esposo em desfavor do mesmo médico, considerando a impossibilidade do consorte em manter relações sexuais normais com sua esposa, em evidente prejuízo reflexo, alegando renúncia forçada às alegrias e à plenitude do sexo com a autora, tudo em sede extrapatrimonial, considerando a total injustiça desse fato, circunstâncias essas que foram plenamente acolhidas pela Suprema Corte Italiana, havendo o reconhecimento da injustificada perda das alegrias afetivo-sexuais do Autor, consubstanciando-se em fatos e comportamentos que fariam parte da sua própria dimensão existencial enquanto pessoa humana²⁶⁸.

A propósito, bem há de se perceber que o exemplo trabalhado, em muito se assemelha ao prejuízo sexual já antes analisado, somente que com outra nomenclatura, fato que, aliás, é bem percebido por Hofmeister, que elogia o dano existencial, atribuindo a esse a virtude de ser pertinente porque evitaria o sistemático recurso aos novos direitos, onde seria necessário criar uma nova e diferenciada categoria para cada caso de perdas semelhantes, desde que atingissem direitos de outras vertentes que não o sexual²⁶⁹.

Nesse aspecto concorda-se plenamente com Hofmeister, uma vez que o próprio sentido

²⁶⁶ ZIVIZ, Patrizia. Alla scoperta del danno esistenziale. In *La responsabilita extracontrattuale*. Milano: Giuffrè, 1994.

²⁶⁷ HOFMEISTER, *O dano pessoal na sociedade de risco*, p. 221-229.

²⁶⁸ Idem.

²⁶⁹ HOFMEISTER, *O dano pessoal na sociedade de risco*, p. 221-229.

da expressão existencial²⁷⁰ tem muito mais a ver com a idéia da totalidade dos caracteres e das condutas da pessoa humana, os quais uma vez injustamente afetados convertem-se em danos a esses atributos, sendo destarte, bem mais oportuno qualificar os esses novos danos como danos existenciais do que simplesmente denominá-los prejuízos, tais como o de lazer, de afeição e o próprio caso tratado, o prejuízo sexual, considerando que o primeiro é uma espécie capaz de englobar todos esses casos, os quais, indistintamente, têm o idêntico caráter de lesionar a esfera existencial da pessoa humana, e de uma maneira que ordinariamente nada ou muito pouco tem de peculiar com o sentido tradicionalmente atribuído ao dano moral²⁷¹.

Ademais, ainda obtempera-se sobre o dano existencial, pois o mesmo também guarda semelhanças como abordado dano ao projeto de vida, porquanto tratar-se de mais severa do que o dano moral, uma vez que atinge atributos da pessoa humana de modo a projetar-se no tempo, isso quando não forem permanentes, sendo que nesse sentido refere Matteo Maccarone, ao aduzir que “o dano moral é essencialmente um ‘sentir’, o dano existencial é mais um ‘fazer’, isto é, um ‘não mais fazer’, um dever ‘agir de outro modo’”²⁷².

No Brasil, além das já referidas observações de Hofmeister sobre o dano existencial, igualmente destacam-se os trabalhos de Amaro Alves de Almeida Neto, também já referido, e o de Claudete Carvalho Canezin²⁷³, sendo que sobre este se fará uma breve exposição.

Nesse passo, observando-se o artigo de Canezin verifica-se que alguns danos decorrentes da relação pai e filho, são de tamanha envergadura que poderão afetar o vitimado para todo o futuro de sua vida, como só acontecer em casos de abandono do filho infante, por parte do pai ou da própria mãe, consistindo no seu abandono material e/ou espiritual, fato que certamente poderá gerar a essa criança sentimentos de raiva e de agressividade não só em relação aos pais que praticaram tal conduta, mas também em relação às demais pessoas de sua convivência, minorando a sua afetividade e solidariedade com relação a outrem, bem como até podendo fazê-lo agente de condutas socialmente reprováveis, considerando ter lhe causado sofrimentos e perdas sentimentais que certamente irão converter-se em reais danos à sua

²⁷⁰ Consoante já referido no primeiro Capítulo desse trabalho, ‘existencial’ representa o ‘modo de ser do homem no mundo’.

²⁷¹ Importante gizar, que na doutrina italiana, não apenas Patrizia Ziviz, mas também outros destacados juristas também já estão desenvolvendo a temática do *dano existencial*, tal como Matteo Maccarone, Giuseppe Cassano e o próprio Paolo Cendon, todos referidos por ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. Dano existencial: a tutela da dignidade da pessoa humana. *Revista do Direito Privado*, n. 24, São Paulo, n.º. 24, 2005. p. 21-53, pelo que se pode perceber tratar-se de uma categoria que paulatinamente tende a granjear espaço no Direito do velho continente e quiçá fortemente em terras brasileiras, uma vez que já observada por alguns autores pátrios.

²⁷² MACCARONE, Matteo. *Le imissione. tutela reale e tutela della persona*. Milano: Giuffrè, 2002. p. 61.

²⁷³ CANEZIN, Claudete Carvalho. Da reparação do dano existencial ao filho decorrente do abandono paterno-filial. *Revista brasileira de direito de família*, São Paulo, n.º. 36, 2006, p. 71-87.

estrutura psicológica. Para tanto, a autora destaca a importância do pai na formação do filho, como corolário do direito à convivência familiar, tema previsto na própria Constituição Federal, em seu artigo 227, e cujo injustificado abandono importaria em verdadeira ofensa à dignidade da pessoa humana²⁷⁴.

Sem dúvida alguma, reputa-se tal elaboração verdadeiramente inovadora e convincente, tanto que já se anotou algumas decisões jurisprudências nesse sentido, as quais, em que pese relutem em conceder o direito ressarcitório, para tanto sendo demasiadamente severos em termos de exigências probatórias, todavia reconhecem a efetiva possibilidade da indenização para casos deste jaez, os quais têm sido nominados como casos de abandono afetivo²⁷⁵. Percebe-se, outrossim, que o citado julgamento chegou a ter um voto vencido, o que por si só já é um sinalizador de que essa nova modalidade de dano, quer seja pela rubrica do dano moral, do prejuízo de afeição ou do próprio dano existencial, acabará por se firmar na doutrina e na jurisprudência pátrias, até porque efetivamente acredita-se que a mesma apresenta todos os requisitos indispensáveis para conformar mais um caso de dano reparável, até mesmo pela própria injustiça e gravidade que em muitos casos se poderá verificar.

Feitas essas considerações, optou-se agora, como último expediente desse capítulo, inserir algumas questões de cunho processual, a fim de corroborar com o próprio sentido prático que esse trabalho objetiva, enquanto novas possibilidades para os danos à pessoa humana, motivo pelo qual se delineará e fundamentará a viabilidade da ampliação dos legitimados nas ações reparatórias de danos.

3.4 Os equívocos da legitimação processual nas ações de indenização por dano moral

Considerando as inúmeras transformações e as novas possibilidades proporcionadas pela repersonalização do direito privado no direito de danos, efetua-se, um breve, mas pretensamente detalhado delineamento de suas prováveis repercussões também no Direito Processual Civil

²⁷⁴ CANEZIN, *Da reparação do dano existencial ao filho decorrente do abandono paterno-filial*, p. 73.

²⁷⁵ Ver decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul na Apelação Cível Nº70018130211, 7ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 28/03/2007, como o seguinte teor: Dano moral. Negação da paternidade dos filhos. Abalo emocional pela ausência do pai. 1. É tempestivo o recurso interposto no último dia do prazo recursal, em consonância com a Resolução nº 380/2001 do CM, que estabelece o Sistema de Protocolo Integrado do Poder Judiciário com a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. 2. Embora seja juridicamente possível o pedido, a contemplação do dano moral exige extrema cautela e apuração criteriosa dos fatos em se tratando de direito de família. 3. O direito à convivência familiar vem assegurado tanto no art. 227 da CF-88, como no art. 4º do ECA, mas se fica comprovada a existência de convivência familiar não se cogita de abandono do pai capaz de ensejar abalo emocional nos infantes. Recurso provido, por maioria.

brasileiro, no particular de nossa averiguação, vale dizer, no direito de danos, onde se demonstrará a necessidade de uma reflexão mais aprofundada sobre os elementos que fundamentam uma nova perspectiva no campo da legitimação processual civil, como já dito, quanto à hipótese específica da legitimação no direito de danos²⁷⁶. Assim fazendo, será demonstrada a estrutura desta novel legitimação²⁷⁷, bem como de que a mesma efetivamente sustenta-se juridicamente, sendo, em seus fundamentos, inclusive superior à legitimação clássica, além de que a possui plena aplicabilidade no Direito processual brasileiro, tudo no escopo de dar maior efetividade aos direitos afetos à pessoa humana e aos danos extrapatrimoniais por ela experimentados, considerando a importância da temática e o elevado número de demandas que tramitam em nossos Tribunais, objetivando a proteção das pretensões afetas à disciplina versada.

Tal estudo será feito em cotejo com a legitimação processual civil em sua feição tradicional, objetivando demonstrar, como já asseverado, a virtual insuficiência da mesma, a qual resta inserida dentro de um contexto jurídico-positivista²⁷⁸ e que não mais atende às necessidades e interesses dos cidadãos na atualidade, na medida em que esta legitimação processual clássica pode inserir severos óbices de acesso à justiça a muitas vítimas efetivamente detentoras de direito à tutela jurisdicional do Estado, as quais ainda se vêem alijadas de seus direitos, por erroneamente serem reputadas como carecedoras de ação por ilegitimidade de parte, podendo, destarte, sofrer irreparáveis prejuízos.

A temática, como de antemão se percebe, é deveras polêmica, considerando que juristas de nomeada já teceram severas críticas ao fenômeno do positivismo jurídico e ao excesso de formalismo processual²⁷⁹, caracteres da legitimação processual a que os operadores do direito estão acostumados e que ainda continua sendo a tônica vigente, onde no mais das vezes se continua a exigir a prova da titularidade da relação jurídica material como pressuposto primeiro da legitimidade da parte no processo. Demonstrar-se-á, contudo, que a formatação clássica não resiste a uma crítica mais apurada, bem como não atende às próprias exigências do direito e das relações sociais atuais, com vistas a uma legitimação processual mediante a luz da hermenêutica

²⁷⁶ Sobre a nova Legitimação no Direito de Danos, em uma perspectiva ampliativa deste conceito verificar a obra de GOZAÍNI, *La legitimacion en el proceso civil*, p. 403-418.

²⁷⁷ Para a construção do conceito que denominamos de Nova Legitimação Processual Civil, de seus pressupostos e fundamentos, consultar AROCA, *La legitimacion en el proceso civil*, 1994, e também GOZAÍNI, 1996.

²⁷⁸ Sobre o Positivismo Jurídico ver os trabalhos de LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito II*. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985. BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*. São Paulo: Ícone, 1995 e ROCHA, Leonel Severo. *Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2005.

²⁷⁹ Sobre o excessivo formalismo no processo Civil é mister a análise do trabalho de OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2.ed., São Paulo, Saraiva, 2003.

constitucional²⁸⁰ no que diz do princípio do amplo acesso à justiça, além de que, sendo o processo o meio e não o próprio fim do Direito²⁸¹, não poderá o mesmo oferecer obstáculos à concretização do direito material objetivamente previsto pelo próprio Código Civil e a Constituição brasileira, diplomas jurídicos por sinal mais atuais do que o adjetivo, máxime se falar-se na possibilidade de aplicação direta das normas Constitucionais²⁸².

Nesse passo, e para além da análise dos elementos fundantes da nova concepção de legitimação processual, vale dizer, da mera afirmação da titularidade, da qualidade do fato e da existência de interesse na demanda, como elementos valorativos desta concepção, será centrado o estudo na tutela do próprio ser humano, passando a investigar as razões sociais e especialmente filosóficas do direito do cidadão²⁸³, as quais o tornam merecedor da tutela jurisdicional do Estado, bem como de uma sentença favorável no processo. Verificar-se-á, ao lado disso, o caso daqueles cidadãos que, em que pese alijados pela legislação material ou processual, e tendo apenas relação de direito material indireta com o fato ilícito e com o dano, detém visível direito a ser tutelado pelo Estado-Juiz, mas que, por ausência de previsão legal específica ou mesmo por uma equivocada hermenêutica dos diplomas jurídicos atinentes à espécie, muitas vezes acabam forçosamente excluídos da relação processual que certamente poderia lhes conduzir a uma sentença de mérito amplamente favorável.

Partindo destas premissas e como já asseverado, pretende-se efetuar uma análise diferenciada do fenômeno da legitimação processual, até porque modestamente reputa-se que essa questão, pela maioria dos demais doutrinadores, fora analisada apenas *en passant*, e não com a necessária profundidade jurídica e fática a que o tema faz jus.

Também, partindo de um exame crítico da valorização que a dogmática oitocentista-tradicional sempre atribuiu à pessoa humana, indo até a maior valoração atualmente outorgada pelo Direito ao ser humano, a qual é oriunda das transformações jurídicas ocorridas com o Direito Privado, onde inclusive será destacada a tutela do princípio da dignidade da pessoa humana²⁸⁴ como indicativo do atual antropocentrismo jurídico. Nessa análise das razões da

²⁸⁰ A par da importância de um trabalho coerente sobre a Interpretação do Direito e a sua importância destacamos a obra de STRECK, 2004.

²⁸¹ DINAMARCO, Candido Rangel. *Instrumentalidade do processo*. São Paulo: RT, 2000.

²⁸² No particular da aplicação direta da Constituição Federal consultamos FACCHINI NETO, *Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado*, p. 49.

²⁸³ Neste espaço pretende-se demonstrar, pela Filosofia de SCHOPENHAUER, *Do sofrimento do mundo*, p.113-117, as razões fundantes dos casos onde entendemos que um cidadão é detentor de pretensão que lhe autorize a pugnar perante o Poder Judiciário. No mesmo sentido, ver também NIETZSCHE, Friedrich. *Para além do bem e do mal: prelúdio a uma filosofia do futuro*, p. 24-25.

²⁸⁴ Uma análise precuciente a respeito da dignidade da pessoa humana pode ser verificada em SARLET, *Dignidade da pessoa*

necessidade da primazia da tutela da pessoa humana em relação aos valores patrimoniais, é onde também se encontra o substrato axiológico para fundar o direito daqueles que, mesmo aparentemente excluídos pela legislação, podem efetivamente buscar seus direitos em juízo, valendo-se da pertinente ação processual, isso porque são igualmente partícipes da relação de direito material, ainda que de forma mediata, bem como detentores da pertinente pretensão processual que lhes autoriza a pugnar perante o Poder Judiciário.

Considera-se, ademais, a necessidade de uma maior concretização dos direitos fundamentais do cidadão, em especial quanto ao referido princípio da dignidade da pessoa humana, considerando as modalidades pelas quais se verifica a eficácia destas normas fundamentais, de uma eficácia meramente protetiva-passiva para uma eficácia verdadeiramente ativa²⁸⁵, cuja constatação da necessidade do maior ou menor grau de eficácia dos direitos se dará na análise do caso concreto, também contribui para uma melhor compreensão do direito processual, mormente no que tange à ampliação dos Legitimados para agir, sendo certo que quanto maior for a desigualdade entre as partes demandantes tanto mais se justifica uma maior intervenção e controle Estatal como premissa de efetiva proteção ao cidadão atuante como parte em um processo, tudo em virtude da necessária busca de um Direito mais Justo.

3.3.1 Legitimidade e acesso à justiça: noções hodiernas de processo civil

Inicialmente, importa trabalhar o termo legitimação, bem como o que se tem por legitimidade ou, no que importa aduzir o “ser legítimo”. Nesse passo, efetivamente, registre-se que essa noção se situa entre o direito e a moral, sendo legítimo o que se faz a bom direito, donde obviamente se supõe que um direito nem sempre é bom. A legitimidade, por sua vez, é a conformidade não apenas à lei (legalidade), mas à justiça ou a um interesse superior. Ademais, em termos especificamente processuais ou procedimentais, tal conceito significa que há um interesse que justifica ou atribui poder bastante para uma pessoa propor uma ação ou para vir a contestá-la, é a razão de ser da ação, a *ratio agendi*, que constitui o motivo que justifica a reclamação frente ao Poder Judiciário²⁸⁶.

humana e direitos fundamentais, 2004.

²⁸⁵ Com relação à eficácia dos Direitos Fundamentais consultamos SARLET, *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*, p. 118-119.

²⁸⁶ COMTE-SPONVILLE, *Dicionário filosófico*, p. 340–341. PLÁCIDO E SILVA, De. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1987. v. II, p. 61.

Na seqüência à idéia de legitimidade, importa-se referir com Germán Bidart Campos²⁸⁷, que, atualmente, o problema da legitimação não pode resolver-se apenas pelo direito processual, como questão a se resolver unicamente em suas normas. No particular há um cordão umbilical que une o direito processual com o direito constitucional o qual não se tolera cortar-se, porque ao ocorrer tal fato, se pode frustrar todo um sistema constitucional de direitos e garantias, onde a legitimação representa a verdadeira chave de ingresso à porta da jurisdição.

Assim, gize-se que de nada adiantaria se os códigos privados e a própria Constituição - mesmo prevendo diversos e importantes direitos aos cidadãos, estes não pudessem exigir-los perante a autoridade competente em razão de reducionismos e exigências descabidas em matéria de legitimação processual, porque se fecharia o acesso à Justiça mediante a própria legitimação, e via de conseqüência se trancaria o próprio trajeto conducente à sentença, a qual sequer ocorrerá se previamente se entender pela não titularidade do direito em relação ao seu pretendente.

Dito isso importa concluir que se impõe a interpretação do instituto de legitimação Processual em conexão com as normas constitucionais pertinentes ao tema, mormente nos tempos atuais, porque uma vez tendo o Estado chamado para si a solução dos conflitos sociais, com raras exceções, houve a monopolização da distribuição da Justiça por parte do Ente Estatal, e este se comprometeu, como conseqüência, a garantir e assegurar a proteção de todos os indivíduos que dela necessitassem, o que se dá através do poder de exigir, direcionado ao próprio Estado, a prestação jurisdicional, representado pela pretensão à tutela jurídica, a qual assegura a proteção aos indivíduos através do direito de exercer contra o Estado a referida pretensão à tutela jurídica, a qual se identifica como a denominada ação processual ou agir público, sendo precisamente através deste agir público que se realiza o agir privado.

Em decorrência disso, têm-se dois modos de agir que não se confundem: o agir privado correspondente à ação material, que apesar de determinado pelo Estado somente será satisfeito pelo titular passivo da pretensão material, e o referido agir público correspondente à ação processual e atinente ao Poder Público, sendo ambos independentes e autônomos, tanto que pode acontecer, em que pese a rara hipótese, de existir ação material sem que haja a

²⁸⁷ CAMPOS, Germán Bidart. *Reflexiones constitucionales sobre el acceso a la justicia: el proceso, y la legitimacion*. In: GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. *La legitimacion en el proceso civil*. Buenos Aires: Ediar Sociedade Anônima Editora, 1996. p. 14 - 15, onde se têm as seguintes ponderações: “actualmente, el problema de la legitimación no puede recluirse em el derecho processal como cuestión a resolver exclusivamente por su normas. El cordón umbilical que anuda lo processal com lo constitucional no tolera cortarse porque, de ocurrir tal cosa, se puede frustrar el sistema de derechos y el sistema garantista. La desembocadura de los derechos y las garantías en la luta de acceso a la justicia y en el proceso queda obturada si la legitimación, que es la llave para ingresar al proceso, se vuelve indisponible a la pretensión del justiciable [...]”.

correspondente ação processual, e vice-versa. Para este particular basta verificar a exposição do Professor Darci Guimarães Ribeiro²⁸⁸, onde aduz que na atualidade, o agir privado se dá por intermédio do agir público.

Agregando-se aos temas do acesso à justiça e da legitimação processual civil ora abordados, temos por impositivo tecer-se algumas breves noções sobre como se reputa os temas do direito subjetivo e da própria pretensão processual enquanto partes do caminho que conduz até a ação processual e assim por diante, importando declinar esta trajetória de forma seqüencial e aclaradora quanto aos conceitos que os compõem.

Assim, há que se diferenciar o direito subjetivo da pretensão, lembrando que o Direito vem primeiro, e que representa apenas a face de sua própria existência, porém de uma existência ainda não exigível, tal como a dívida ainda não vencida, porém, no momento subsequente, quando ao direito subjetivo for acrescida a sua exigibilidade temos o que se denomina pretensão. A pretensão por sua vez, terá de ser efetivamente exercida para que se possa falar em ação, evidentemente ação em seu sentido lato, a qual uma vez consubstanciada em juízo por meio da instauração de uma demanda, cujo conteúdo é a própria pretensão declinada pelo autor, e esta, posteriormente, poderá ou não ser resistida pela parte adversa, o que efetivamente acontecendo, temos o que se entende por lide ou mérito, que é quando a parte legitimada passiva ou parte Ré vem ao processo discordando da pretensão posta no pedido do autor²⁸⁹. Após dita fase, sucintamente expondo, temos a coleta das provas ou instrução processual, donde culminaremos até a decisão ou sentença, a qual, segundo reputamos é o momento em que se consubstancia a própria ação material, por estabelecer qual é o mérito da demanda posta ao crivo da Jurisdição Estatal.

Destarte, alguns importantes institutos e momentos, alguns nitidamente pré-processuais e outros efetivamente processuais, representativos do direito subjetivo, o qual identifica o momento do “ter”, a pretensão, o instante do “querer”, e o exercício desta representa a “premência” (premer) deste direito.

A legitimação processual, por sua vez e evidentemente, também se situa neste contexto,

²⁸⁸ GUIMARÃES, Darci Ribeiro. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva*. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 2004, p. 101 - 102, onde assim refere: “modernamente, como consecuencia del monopolio de la jurisdicción, la sociedad no permite, salvo excepciones, que los individuos hagan valer sus propios intereses a la fuerza,....En este momento el individuo tiene que agere hacia el Estado. Pero, esto no quiere decir que el agere privado hay desaparecido, al contrario, ha hecho surgir otro agere, el agere publico, que corresponde a la acción procesal. Por lo tanto, modernamente, es a través del agere público que el agere privado es realizado”.

²⁸⁹ Para essas considerações consultamos a *Exposição de Motivos do Código de Processo Civil*, Cap. III, inc. I, item 6.

sendo que para se pretender percorrer o caminho acima, o caminho do processo judicial, devidamente previsto pelo Estado Democrático de Direito, a parte terá de se auto-determinar, consoante veremos adiante, como sendo a portadora da titularidade de uma determinada relação jurídica – determinado direito – vale dizer, arrogar-se detentora do interesse de buscar a ação processual do Estado como único meio válido de satisfazer sua necessidade/preensão de direito material junto à parte adversa, uma vez que pelo Réu fora resistida e conseqüentemente insatisfeita a pretensão do Autor. A legitimação, em termos processuais, representa o poder que uma pessoa dispõe de agir/propor, de per si, individualmente, uma ação ou de vir a contestá-la, em razão de ter experimentado a ameaça ou a violação de direito seu por outrem, cujo agente causador não o satisfez espontaneamente.

3.3.2 Da teoria clássica da legitimação à moderna legitimação processual

Desde o surgimento da civilização em sua organização mais rudimentar, imperava o sistema da justiça privada. Cabia aos próprios envolvidos no conflito o direito de resolvê-lo (autotutela), essa prática originava uma instabilidade jurídica, aumentando os conflitos, até porque no império desta o direito que prevalecia era o do mais forte. Assim, visando coibir esses abusos, o homem mediante o pacto social, outorgou ao Estado, ao Ente Público, o poder-dever de conhecer e solucionar os conflitos sociais pelos bens da vida.

Dessa forma, o Estado-Juiz ao chamar para si a responsabilidade e de solucionar os conflitos sociais, encontrou como maneira de solução dos mesmos, o processo, que consiste na operação mediante a qual se obtém a composição da lide.

Nesse contexto, surge o direito publico subjetivo de pleitear (direito de ação) ao Estado-Juiz, quando lesado ou ameaçado o direito do qual o administrado é titular, o que representa o direito à proteção jurisdicional. Contudo, em que pese, o poder-dever que o Órgão Judicante tem de apreciar as querelas que lhe são postas, estas só devem ser conhecidas em seu mérito (conteúdo), se o pugnante da pretensão satisfizer determinadas condições, *in casu*, a sua própria legitimação ou direito de pedir perante o Poder competente, especificamente, o Poder Judiciário.

Na verdade, releva-se ao estudo em comento a legitimidade concorrente em casos de indenização por danos morais, posto que na atualidade, a legitimação processual clássica pode se constituir em um verdadeiro óbice ao acesso à Justiça, em razão de que, no mais das vezes -

as vítimas de lesão são merecedores da tutela jurídica do Estado e tem sua pretensão julgada extinta *ab initio litis*, ou mesmo improcedente ao final, tudo sob o pálio da carência de ação por ilegitimidade de parte.

Tal situação jurídica vem ocorrendo nos tribunais pátrios, *verbi gratia*, quando todos os membros de uma família (pai e irmãos), ao perderem um irmão (falecido) na condição de solteiro e sem filhos, postulam a tutela jurisdicional buscando a indenização por dano moral, oportunidade em que muitos Tribunais têm julgado carecedores de ação os irmãos do falecido, mediante a justificativa de que o direito a indenização sofre as limitações da vocação hereditária sendo, portanto, os pais os únicos legitimados a propor a ação de indenização, haja vista serem seus legítimos herdeiros pela ordem de vocação (Art. 1829 do CC).

Esta hipótese também se verifica noutra situação fática que ora também se traz a título de exemplo, sendo a mesma situação do caso anterior, onde o falecido era casado ou em união estável, e tendo filhos. Nesse caso pode que pais e irmãos do extinto ajuízem ação pugnando por danos morais e que a esposa e seus filhos também façam o mesmo, reproduzindo idêntico pedido, sendo que, da mesma forma, pelo modelo da legitimação clássica, seguir-se-ia a vocação hereditária e pais e irmãos teriam negada a sua pretensão por ilegitimidade de parte, fato que, salvo melhor entendimento, fere o sentimento comum de justiça, posto que também é evidente o prejuízo moral experimentado pelos pais e pelos irmãos do extinto.

Os Tribunais, em sua maioria, ainda mantêm suas decisões calcadas na teoria clássica da legitimação processual e, nessa senda, erroneamente muitos detentores de direito a tutela jurídica estatal restam injustamente prejudicados²⁹⁰.

O próprio Pontes de Miranda já referia serem necessárias profundas mudanças para a efetividade do direito à reparação, assim aduzindo:

quem quer que observe a vida moderna, dizíamos em 1927, no livro “Das Obrigações por atos ilícitos, Tomo I, com as suas profundas e sutis injustiças sociais, com as suas dificuldades permanentes de realização prática do direito, o que torna inútil o esforço e ilusório o reconhecimento das situações jurídicas, vê que a cada momento se ferem

²⁹⁰Como se vê da ementa que se segue: “responsabilidade civil. Ação indenizatória improcedente. Dano moral. vítima em acidente de trânsito. ação ajuizada pelo pai e irmãos. hipótese em que esposa e filho do falecido já foram devidamente indenizadas pelo triste evento. Pretensão indenizatória de outras três irmãs extinta por falta de legitimidade de parte. Parentes que viviam distantes do falecido, residente em outra cidade. admissível a reparação do dano moral aos familiares mais próximos e mais afetados. Indenização na ordem de vocação-hereditária, de modo que parentes mais próximos excluem os mais distantes. Citação dos dispositivos legais e constitucionais invocados para fins de prequestionamento. desnecessidade. Sentença mantida. Recurso improvido. 1º Tribunal de alçada cível. São Paulo – 1º c . ap. 767.229-5 – rel. Vasconcelos Boselli – j. 16/08/1999 – bol. aasp 2.219/411.

direitos de outrem sem que o lesado recorra aos juizes. Porque, com isso, se perdem tempo, esforço e dinheiro. É a própria comodidade, que sugere o desleixo, a renúncia à luta pela justiça nas relações da vida²⁹¹.

Dessa forma, entende-se que a decretação de carência de ação e extinção da pretensão ou mesmo a final improcedência da demanda na ação indenizatória por danos morais, nos termos como se verifica no julgado acima, é mesmo equivocada, posto que na indenização por danos morais, em especial nos casos de morte, não está a se falar apenas na lesão que a vítima sofreu, mas, sim, do próprio lesado que teve a sua esfera íntima perturbada fruto do evento ilícito e danoso.

Ao discorrer sobre a legitimada ativa, Pontes de Miranda, refere que a ação de reparação de danos, pertence à pessoa diretamente lesada²⁹², posto que as ações originárias de dano moral por atos ilícitos não se confundem com as que derivam da inexecução ou irregular execução de contrato, nestas o ressarcimento do prejuízo e dos danos demandam-se pela ação do contrato, cujos pedidos são acessórios ou supletórios. Nas ações por dano moral, o próprio fato serve como fundamento, não há vínculo direto entre o lesante e o lesado. Em virtude disso, qualquer pessoa pode sentir-se atingida bastando que se extraia do fato a lesão a bens não materiais do lesado.

Nesse sentido assiste razão a Rui Stoco, o qual leciona que:

[...] tanto pode ser parte legítima o pai, o irmão, o filho, o sobrinho ou qualquer outro parente, como, ainda, um terceiro como, *ad exemplum*, os chamados conviventes, os companheiros, ainda que essa relação seja entre pessoas do mesmo sexo. O fundamental é que se possa identificar nessas pessoas uma lesão efetiva a valores não materiais e que lhes tenha causado dor, tristeza, profunda, desamparo, solidão e outros sentimentos de ordem subjetiva que justifiquem a compensação²⁹³.

Dessa forma, a teoria clássica de legitimação processual *ad causam*, se afigura insuficiente para amparar as ações de indenização por danos extrapatrimoniais, visto que essas pertencem ao indivíduo que restou atingido pelo fato lesivo, e nem todas as pessoas que experimentaram sofrimentos com o dano experimentado pela vítima (fatal ou não) aparecem na legislação como portadoras do direito de ação, sendo necessária uma detida apreciação de mérito do caso concreto, bem como uma eficiente hermenêutica jurídica para demonstrar as

²⁹¹ MIRANDA, Pontes de. *Tratado das ações*. São Paulo: Editora RT, 1999. p. 133.

²⁹² MIRANDA, *Tratado das ações*, p. 137

²⁹³ STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 5.ed. São Paulo: Editora RT, São Paulo, 2001. p. 155.

razões legitimantes dos autores, a fim de se verificar quem realmente porta ou não ação de direito material para ver-se tutelado pelo direito, sendo merecedor de uma sentença de procedência.

Feitas essas incursões, de plano defende-se, em que pese a opinião divergente de diversos autores, os quais em suma afirmam que se deve evitar o desenvolvimento de todo um processo que desde o começo já se afigura inútil²⁹⁴, que a exigência da demonstração da titularidade da relação material - no sentido de que o postulante tem de ser e além disso tem de provar ser o próprio titular da relação jurídica material, para somente assim aceitar-se como preenchido o requisito da Legitimidade como Condição da Ação - representa uma exigência exacerbada e até mesmo iníqua, quer *ab initio litis* ou até mesmo na fase do despacho saneador²⁹⁵ do processo, porque tal certeza só é necessária e muitas vezes só se alcançará na decisão final da demanda, por ser matéria eminentemente de mérito ou de fundo, somente sendo viável uma antecipação da decisão sobre a Legitimidade em caso de ser manifesta a ilegitimidade ativa ou passiva da parte²⁹⁶.

Disto isso, demonstrada está a necessidade da construção de novas bases para a teoria da legitimação processual civil, posto que a mesma, pelo modelo até agora versado, tem se mostrado realmente insuficiente para atender as mudanças que a sociedade hodierna e até o próprio direito material vem produzindo nas relações sociais, sendo certo que o direito processual não pode ficar para trás das mesmas, mormente como obstáculo aos direitos já conquistados pelos cidadãos.

3.3.3 Fundamentos para uma concepção atual da legitimação processual

Uma vez exposta a necessidade de novos critérios e razões fundantes para a legitimação processual, a fim de que essa possa melhor atender à formatação da sociedade atual, releva efetivamente declinar-se quais sejam estas bases e como pode-se entender o conteúdo das mesmas.

²⁹⁴ GOZAÍNI, *La Legitimacion en el proceso civil*, p. 90.

²⁹⁵ LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*. Porto Alegre: Ed. Safe, 1985.

²⁹⁶ AROCA, *La legitimacion en el proceso civil*, p. 32 - 33.

a) A afirmação da titularidade

Tendo antes referido que se reputa exacerbada a exigência da prova da titularidade da relação jurídica material, de plano defende-se que a mera afirmação da titularidade do direito material, o que, como também se pode verificar, é menos ainda do que um início de prova da titularidade, donde então dispensa-se a questão da prova²⁹⁷, quer documental como qualquer outra juridicamente possível e pertinente, podendo talvez consubstanciar-se numa verossimilhança da titularidade, por meio do fato da própria alegação ser compatível ao caso, a mera aparência de titularidade, ou, ainda, a contrario *sensu*, desde que a parte não seja manifestamente ilegítima, mas, de qualquer sorte, tem-se que uma vez esta se afirme portadora de ação material, dever-se-á conceder o direito da mesma exercer sua pretensão até final sentença, *in casu*, desimportando se de procedência ou não, o que, de qualquer sorte, só se saberá após a pertinente análise de mérito.

Com apurada percepção sobre o assunto, Francisco Ramos Mendes²⁹⁸ aduz, de modo incisivo, que a teoria da legitimação representa um esforço inútil, porque a ciência processual historicamente foi constituída mediante os moldes do direito privado, motivo pelo qual equivocadamente se definitivizou a exigência de justificação de que os sujeitos da relação processual, desde seu início, devam ser os mesmos sujeitos da relação material, e sobre esta idéia se construiu toda a teoria da legitimação processual e a necessidade de se provar a titularidade do direito como requisito da legitimação.

Com efeito, fazendo-se isto se transporta a matéria que pertence ao direito processual para o ramo do direito material, o que é um equívoco, daí porque sustenta o referido autor que a preocupação pela titularidade do direito excede a teoria da legitimação processual, bem como a própria teoria da ação, sendo que a mera afirmação da titularidade é suficiente e processualmente já legitima por si mesmo a parte perante a demanda que ajuizou, sendo que a legitimação processual é uma questão de probabilidade, não sendo um problema prévio à ação, questão que só se desvelará no ato final do processo ou na própria criação do direito material²⁹⁹, que é o momento da sentença.

²⁹⁷ Sobre o tema da prova, vide o pertinente trabalho de RIBEIRO, Darci Guimarães. *Provas atípicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1998.

²⁹⁸ MENDES, Francisco Ramos. *Derecho y proceso*. Barcelona: Libreria Bosch, 1978. p. 186-193.

²⁹⁹ Quando referimos que o Direito só nasce na sentença ou na decisão final é porque somos adeptos da Teoria Monista do Direito Processual.

Mendes³⁰⁰, no particular da afirmação da titularidade, ressalta que é o próprio desenvolvimento regular do processo que por si mesmo legitima a parte, sendo mais uma questão de probabilidade que paulatinamente acomete no decorrer da demanda, do que propriamente das condições da ação.

Outro não é o entendimento de Juan Montero Aroca³⁰¹, magistrado e professor de direito processual espanhol, para quem a demonstração da pertinência da legitimidade somente poderá ser apreciada ao final da demanda, sendo que no ingresso da mesma deve ser bastante a afirmação de titularidade do direito e a afirmação de titularidade da obrigação à pessoa demandada, isso porque somente ao final do processo poder-se-á saber, de modo definitivo, se o autor era mesmo o titular do direito subjetivo ameaçado ou definitivamente violado.

Idêntico também é o entendimento de outro consagrado processualista argentino, Osvaldo Alfredo Gozáini³⁰² que, utilizando o termo acreditação ou acreditamento, em sentido idêntico ao de afirmação, como usado por Aroca, designando o sentido do autor se acreditar como sendo o titular de um dado direito subjetivo, sendo que a expressão “caráter” correspondente à legitimação processual, tanto no direito Argentino como no direito Espanhol, onde, de modo semelhante, a mera afirmação de titularidade deverá ser aceita, posto que a legitimação somente se possa verificar em definitivo no momento da prolação da sentença.

Deste modo, feitas tais inferências, reputa-se que razão assiste aos referidos autores, no sentido de que a legitimação processual deve se fundar apenas na afirmação da titularidade e não em efetiva prova da titularidade, o que somente será possível ao final da demanda.

³⁰⁰ MENDES, *Derecho y proceso*, p.189, onde fez as seguintes ponderações: “La afirmación de la titularidad del derecho, esto es, el desarrollo procesal de la acción, legitima por sí mismo a la parte, y por lo tanto es superfluo tratar de buscar las condiciones de la acción. La actividad de las partes en orden al derecho no debe ser entendida como problema de titularidad, sino a lo sumo como problema de probabilidad legítima [...]”.

³⁰¹ AROCA, *La legitimación en el proceso civil*, p. 37 - 38, onde refere: “el principio de oportunidad se basa em el reconocimiento de la autonomía de la voluntad y de los derechos subjetivos privados, y lleva a que la tutela judicial de los mismos solo pueda actuarse, mediante la aplicación del derecho objetivo, cuando alguien la inste si el derecho subjetivo existe y si la obligación correlativa existe, sólo podrá saberse al final del proceso, pero de entrada el proceso sólo tendrá sentido si el que lo insta afirma ser titular del derecho e imputa la titularidad de la obligación a la persona a la que demanda. La posición habilitante así para formular la pretensión há radicar-se necesariamente en la afirmación de titularidad del derecho subjetivo material y en la imputación de la titularidad de la obligación. La legitimación, pues, no puede consistir en la existencia del derecho subjetivo y de la obligación sino simplemente en las afirmaciones que realiza el actor”.

³⁰² GOZÁINI, *La legitimación en el proceso civil*, p. 104-105, onde o autor refere que: “em cambio, si la legitimación se vincula com la acreditación del derecho afirmado, eludiendo la fundamentación y el interés jurídico en juego, la decisión solamente podrá tomarse en la sentencia, al cabo de la sustanciación integral del proceso [...]”.

b) A qualidade do fato

A qualidade do fato ou as suas condições, a própria análise do fato acontecido ou caso concreto *sub judice* e suas nuances representa fator relevante para determinar-se a condição legitimadora da parte. Com efeito, Gozáini³⁰³ afirma que, especialmente, no caso do Direito de Danos, deve-se mais atender a qualidade do fato do que a própria qualidade das pessoas que o protagonizaram ou sofreram, e que estão a pugnar pelos seus direitos. A qualidade das pessoas, também é fator importante para a legitimidade, todavia, como se sabe, está mais afeta a um pressuposto processual do que à uma condição da ação, como neste caso da legitimação processual, de sorte que frisa-se que o próprio fato também vai atribuir maior ou menor verossimilhança à legitimidade da parte que o reclama.

Com isso quer-se aduzir que se revela mais importante a questão de fato ou a qualidade do fato e suas condições, o próprio caso concreto, do que a questão de direito³⁰⁴, análise jurídica posta em questão, no sentido de determinar a legitimidade ou não da parte no processo.

c) O interesse na demanda

No que pertine ao interesse na demanda, este também reputa-se fundamental como auxiliar da legitimação processual, posto que além da titularidade, à esta é intrínseca a demonstração do interesse processual enquanto utilidade do Estado-Juiz como meio para alcançar-se o bem da vida objeto do litígio, satisfazendo a necessidade da pessoa, no caso, a parte autora da demanda.

O presente tema é versado de forma pertinente por Ribeiro³⁰⁵, que assevera que “o interesse é um juízo de valoração ou de necessidade, sendo pessoal e subjetivo, variando de pessoa a pessoa (onde um livro pode despertar interesse em uma pessoa e em outra não)”.

Em algumas legislações tal como no Código de Processo Civil Alemão, a afirmação da

³⁰³ GOZÁINI, *La legitimación en el proceso civil*, p. 404-405, onde alude que: “con la transformación que permite el nuevo derecho de danos, nos instalamos em um campo muy próximo al que desde esta obra alentamos, esto es: atender más la calidad de los hechos presentados, que las cualidades de las personas que reclaman (...)”.

³⁰⁴ Na atualidade muitos juristas já não distinguem mais “questão de fato” de “questão de direito”, como tradicionalmente sempre se efetivou.

³⁰⁵ A exemplo de GOZÁINI, *La legitimación en el proceso civil*, p. 26-27, dizendo que: “el interés, así como el juicio de valoración y la necesidad, es personal y subjetivo, variando de persona a persona (así, por ejemplo, un libro puede despertar interés en una determinada persona y en cambio, en otra, no)”. (tradução nossa).

titularidade em relação ao interesse resta em segundo plano, estando em primeiro lugar à demonstração deste, chegando a ocorrer o que para nós chega a ser uma inversão na valoração destas noções, mesmo assim, tal condição também é pertinente para reforçar a importância de ambas para o tema da legitimação, sendo o que referiu magistério de Gozáini³⁰⁶.

Dito isto, temos de concluir que o interesse deve estar adequadamente motivado para que possa resultar juridicamente tutelado, tendo-se a verossimilhança quanto aos fatos alegados.

3.3.4 Novas perspectivas da legitimação processual no direito de danos

Uma vez ultrapassadas as premissas antes declinadas, a par dos fundamentos para uma nova teoria da legitimação processual, serão tratadas as suas perspectivas, no sentido de qual é o alcance que se pretende para a legitimação processual Civil a partir nessa novel concepção, bem como abordando alguns casos práticos, os já analisados no espaço da teoria clássica e que ora serão versados mediante as luzes deste novo conceito, a título de exemplificação e de demonstração da sua superioridade em relação à Legitimação clássica, além da própria e efetiva necessidade desta estrutura, a qual se pretende estabelecer e ainda com relação à sua efetiva aplicabilidade ao direito brasileiro, mormente quanto à hipótese específica da legitimação no Direito de danos.

Neste sede, para além da análise dos elementos fundantes da nova concepção da legitimação Processual, versados no capítulo anterior, como elementos valorativos desta concepção, versar-se-á este estudo mediante o prisma da tutela do ser humano, e para tanto serão trabalhadas as razões jurídicas e filosóficas da legitimação processual enquanto direito do cidadão, as quais o tornam merecedor da tutela jurisdicional do Estado.

Assim, de plano, refere-se que um dos objetivos deste estudo é demonstrar que o novo conceito de legitimação processual permite, e com necessário rigor técnico, ampliar as possibilidades da legitimação, de modo a fazer com que um maior número de pessoas possam estar legitimadas para agir em juízo e conseqüentemente possam atuar como partes no processo em que tem interesse e declinam a sua pretensão. Nesse sentido é o que também refere

³⁰⁶ RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva*. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 2004. p. 23 - 24, comentando que: “la afirmación de un derecho presentado a través del interés para obrar en la causa y no invocando la titularidad exclusiva que otorga la posibilidad de tener un proceso de inmediato, es un mecanismo adoptado en el código procesal alemán. En otras legislaciones la mención del interés es ocasional y casi siempre vinculada con la legitimación ad causam antes que con la pretensión”.

Gozaíni³⁰⁷, em suma aduzindo que se devem evitar reducionismos na admissão da legitimidade processual bem como também se deve evitar ampliações que sejam visivelmente descabidas.

Retornando aos casos antes abordados, e reforçando o especial interesse no estudo da legitimação concorrente em casos de indenização por danos morais, assim na hipótese de quando os membros de uma família (pai e irmãos), ao perderem um irmão (falecido) na condição de solteiro e sem filhos, estes postulam a tutela jurisdicional buscando a indenização por dano moral, oportunidade alguns Tribunais tem julgado carecedores de ação os irmãos do falecido, sob o pálio de que o direito a indenização sofre as limitações da vocação hereditária sendo, portanto, os pais os únicos legitimados a propor a ação de indenização, haja vista serem seus legítimos herdeiros pela ordem de vocação (art. 1.829 do CC). O mesmo também ocorre noutra situação fática, em que pese análoga ao caso anterior, onde o falecido era casado ou em união estável, e tendo filhos. Nesse caso, é possível que os pais e irmãos do extinto ajuízem ação pugnando por danos morais e que a esposa e seus filhos também façam o mesmo, reproduzindo idêntico pedido, sendo que, da mesma forma, pelo modelo da legitimação clássica, seguir-se-ia a vocação hereditária e pais e irmãos teriam negada a sua pretensão por ilegitimidade de parte, uma vez a vocação hereditária atribui tal direito à companheiro e aos filhos, fato que, como já referido, notadamente fere o sentimento comum de justiça, posto que é evidente que os pais e irmãos do extinto também sofreram prejuízo moral pela morte do ente querido, filho e irmão dos autores.

Dito isso, modestamente reputa-se que os entendimentos acima são equivocados, e por diversos motivos, isto porque, em que pese para se analisar coerentemente a legitimação processual tenha-se de averiguar primeiro a relação de direito material a ela subjacente, em relação à titularidade do direito, a relação jurídica que diz respeito àqueles casos é afeta à responsabilidade civil por ato ilícito, lastreada na culpabilidade no sentido lato, quer seja em responsabilidade objetiva ou subjetiva, consoante a hipótese legal, e no que diz na titularidade do direito, como temos por suficiente a “afirmação da titularidade” do mesmo e não a própria titularidade em si (onde os titulares seriam exclusivamente pela vocação hereditária, numa concepção positivista e de interpretação restritiva do direito), todavia, se considerar-se o próprio artigo 186 do Código Civil brasileiro, o qual fundamenta o dever de indenizar, aliado ao novo artigo 12 do mesmo diploma legal, em uma interpretação sistemática do direito, aliada à própria

³⁰⁷ Sobre a nova Legitimação no Direito de Danos, em uma perspectiva ampliativa desse conceito verificar a obra de GOZAÍNI, *La legitimación en el proceso civil*, p. 19, quando o autor diz que: “de lo dicho surge que tanto hay que evitar reducionismos en el reconocimiento admensivo de la legitimación, como ampliaciones que la dilaten a supuestos donde, ya a primera vista, se percibe de modo manifesto su ausencia, sea en el que acciona”.

Constituição Federal a qual tem como diretriz que a indenização deve ser a mais ampla possível, disso tudo pode-se inferir que além do cônjuge sobrevivente fazem jus à indenização qualquer parente em linha reta, ou mesmo os colaterais até o quarto grau, ao teor do citado artigo 12 e seu parágrafo único³⁰⁸

Com efeito, o artigo 12 e em especial seu parágrafo único, em cotejo com o artigo 1.829 que cuida da vocação hereditária, ambos do atual Código Civil Brasileiro, nesse aspecto da indenização desfaz o conflito aparente entre as normas, solvendo a questão, evidentemente a favor do princípio geral da responsabilidade civil, no sentido de que a indenização deve ser a mais ampla possível, além do que o artigo 12 e seu parágrafo trata especificamente sobre o tema, sendo que é princípio de hermenêutica jurídica que *lex specialis revoga lex generalis*³⁰⁹, sendo que deve, destarte, prevalecer o entendimento de que a indenização também se estende aos demais parentes, sem exclusão entre eles, isto até o quarto grau, como aduz a referida norma. Ressaltamos, ademais nosso entendimento de que, além de estar expressa a possibilidade dos demais parentes também serem indenizados, inexistente atualmente a referida exclusão dos parentes posteriores em relação aos antecedentes, como também se irá sustentar.

Dito isto, afirma-se que o que gera o nexo de causalidade entre a ação e o dano experimentado é o próprio fato em si, e nesse caso, até pela sua qualidade, como já asseverado na letra ‘b’ deste estudo, considerando a gravidade e a potencialidade ofensiva do mesmo, o que por si só já tende a ampliar o direito de legitimação, o qual, reitera-se, não está no dano experimentado pela vítima, mas sim no dano diretamente experimentado pelos seus parentes, os quais prescindem sejam seus sucessores diretos.

Realmente, o fato gerador do direito ao ressarcimento nesses casos, e a justificação de validade de todas estas normas que objetivamente prevêem o direito à indenização por danos, especialmente os de cunho moral, reside na própria dor e no sofrimento experimentado pelos parentes da vítima, os quais evidentemente e até por presunção, sentiram perda e menoscabo moral com a injusta morte do extinto, sendo este o fator da própria legitimação processual, porque geram no ofendido o direito subjetivo de individualmente ser indenizado, representado pelo verbo “ter”, no sentido de “ter direito”, e depois pela sua pretensão, que é o verbo “querer”, neste caso o “querer ser indenizado”.

³⁰⁸ Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Parágrafo único: Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.

³⁰⁹ Cujá tradução do latim refere que “a lei especial revoga a lei geral”.

Tudo isso ocorre na esfera subjetiva ou íntima da pessoa, no sentido de se sentir ofendido e no de entender-se merecedor da indenização correspondente, motivo pelo qual aí se inclui a “afirmação da titularidade”, que é subjetiva e não a própria titularidade, que é objetiva e necessita do direito objetivo ou da norma legal para garanti-la, daí uma das principais diferenças entre ambas as teorias e a superioridade da nova legitimação em relação à tradicional, uma vez que a primeira amplia as possibilidades do acesso à justiça em seu próprio aspecto constitucional, bem como em direção à própria efetividade do direito posto, objetivos evidentes da lei maior.

Nesse ponto, pode-se aduzir que é característica do ser humano, em sua vida de relações, afastar-se da dor e procurar o prazer, e sendo natural que quando outrem injustificadamente nos proporcione a dor, sejamos merecedores da pertinente reparação no sentido de termos direito de pretender que as coisas retornem ao seu *status quo ante* ou de que sejam ao menos amenizadas caso isso se afigure impossível ou inviável. Nesse sentido também é a compreensão dos filósofos Nietzsche e Schopenhauer³¹⁰, apesar dos mesmos reputarem, em especial o último, que o sofrimento é importante e conduz a muitos aprendizados, além de ser a tônica, a regra do nosso existir e não a felicidade, e que na verdade as ações humanas não visam o prazer, mas sim escapar da dor, posto que no mundo em que vivemos o sofrimento é a constante de nossa existência, enquanto que os momentos de prazer e felicidade são remotos. A propósito, veja-se o pensamento do aludido filósofo, o qual assim refere, *verbis*:

[...] o sentido mais próximo e imediato de nossa vida é o sofrimento. É a infelicidade em geral que é a regra, embora a infelicidade individual apareça como exceção. Do mesmo modo que um córrego não forma remoinhos a não ser quando encontra obstáculos, assim também acontece com a natureza humana e a animal: nada notamos e apreendemos corretamente quando tudo se passa em conformidade com nossa vontade, e vice-versa. Tudo que se opõe à nossa vontade nos é desagradável e dolorido, e então o percebemos direta, imediata e bem claramente. Assim como não sentimos a saúde de todo nosso corpo, mas tão-somente o ponto onde o sapato aperta [...].

Ribeiro³¹¹, com peculiar maestria, também alude no mesmo sentido, como segue:

³¹⁰ Neste espaço pretende-se demonstrar, como já referido, pela Filosofia de SCHOPENHAUER, *Do sofrimento do mundo*, 2003, p.113 - 117, as razões justificadoras da legitimação processual no direito de danos. No mesmo sentido, ver também NIETZSCHE, *Para além do bem e do mal: prelúdio a uma filosofia do futuro*, p. 24-25.

³¹¹ RIBEIRO, *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva*, p. 23-24, onde esse assim refere: “Cuando em algún momento el hombre se encuentra sin ninguna necesidad, se puede decir que está em perfecto equilibrio, no sólo físico sino también psíquico, pero cuando surge em él la necesidad, cualquier que sea, esse ese estado inicial de equilibrio se rompe, siendo necesario, entonces, el restablecimiento de aquel estado. Este restablecimiento se alcanza a través de la satisfacción de la necesidad [...]. Cuando la necesidad es satisfecha y el hombre vuelve al equilibrio, se produce em él un estado de placer, por

quando em algum momento o homem se encontra sem nenhuma necessidade, se pode dizer que está em perfeito equilíbrio, não só físico mas também psíquico, mas quando surge nele a necessidade, qualquer que seja, esse estado inicial de equilíbrio se rompe, sendo necessário, então, o restabelecimento daquele estado. Este restabelecimento se alcança através da satisfação da *necessidade*. Quando a *necessidade* é satisfeita e o homem volta ao equilíbrio, se produz nele um estado de prazer, pelo simples fato de eliminar a necessidade, desaparecendo assim o estado de dor. *O prazer e a dor são as causas de toda a atividade humana, já que o homem atua para escapar da dor e assim alcançar o prazer[...].* (grifo nosso).

O próprio Iturraspe igualmente identifica essa exposição, ao referir que “a questão do sofrimento é uma questão jurídica, destarte, não sendo apenas uma questão moral, posto que nenhum moralismo poderá consagrar injustiças”³¹².

Assim, uma vez verificados tais fundamentos, pode-se dizer que para a pessoa humana restar definitivamente legitimada para ser parte ativa ou autora da ação de indenização por danos morais, com a devida pertinência aos casos anteriormente referidos - a justificação ou as razões que sustentam a legitimidade no direito de danos, com relação aos parentes da vítima, e em especial os mais remotos, repousa na própria dor e no sofrimento que esses autores experimentaram ao perder o ente querido, sendo isso o que efetivamente dá sustentação e está por de trás das normas legais que outorgam o direito à indenização em tais casos.

Desta feita, tem-se que nos exemplos acima declinados pode-se ter pessoas que sofreram a lesão e estão previstas em lei, vale dizer, são “lesadas de direito”, tais como as da ordem de vocação hereditária, que são expressamente previstas como titulares do direito, as quais figurarão como autoras da demanda indenizatória, mas também poderão existir pessoas “lesadas de fato”, considerando que, em que pese não estejam previstas como legitimadas perante as normas jurídicas vigentes, todavia tais não poderão ser simplesmente excluídas da condição de partes legítimas ativas no caso da inexistência de norma jurídica específica que taxativamente as exclua, uma vez que estas demonstrem seu interesse e afirmem sua titularidade para a demanda, o que se dá, como já visto, pela análise do caso concreto de modo presumido para os parentes mais próximos, e para os mais distantes, se reputar-se necessário, mediante a prova do efetivo sofrimento e da dor que experimentaram com a perda do ente querido³¹³.

el simple hecho de eliminar la necesidad, desapareciendo así el estado de dolor...El placer e el dolor son las causas de toda actividad humana, ya que el hombre actúa para escapar del dolor y alcanzar así el placer [...]”. (tradução nossa).

³¹² ITURRASPE, *Responsabilidad por danos*: el dano moral, p. 17-19. (tradução nossa).

³¹³ Com efeito, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, em recente decisão, felizmente, já teve a ocasião de pronunciar-se no sentido da ampliação da legitimidade processual, ao reformar equivocado acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, o que fez nos seguintes termos: “Os irmãos tem direito à reparação por dano moral sofrido com a morte do irmão. O entendimento foi aplicado pela 4ª Turma do STJ em um recurso de moradora do Rio de Janeiro irmã de vítima de acidente ferroviário. A companheira, o filho e a irmã entraram com ação judicial contra a Companhia Brasileira de Trens Urbanos

Em breve análise deste caso, pode-se destacar que evidentemente errou o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, ao entender pela indenização somente para quem estava sobre a esfera tutelar econômica da vítima, e tal erro, apesar de recorrente, infelizmente é um grave equívoco, o qual remonta seus resquícios no positivismo, representado pelo *Code Napoleon* e posteriormente pelo próprio Código Civil Alemão, o *BGB*, onde os valores da sociedade erigidos como fundamentais eram a autonomia da vontade e a igualdade formal, sendo nítido o desinteresse acerca das relações sociais. Na verdade, tudo isso fora oriundo do pensamento civilístico-romano, que pregava que o próprio ser humano só conquistava a condição de cidadão quando adquirisse posses e propriedades, tanto que os desprovidos das mesmas, muitas vezes, não passariam da condição de escravos, não sendo considerados cidadãos, no sentido de não disporem, pela ausência da propriedade, da totalidade dos direitos afetos aos cidadãos, sendo verdadeiros indivíduos de segunda categoria, ou melhor, sequer seriam considerados cidadãos.

Tinha-se, então, o ser humano entendido em sua substancialidade, em um segundo plano na tutela ofertada pelo Direito, sendo que o próprio conceito civilista tradicional de relação jurídica³¹⁴ colocava o homem em posição de igualdade com as coisas e bens e o vínculo jurídico existente apenas uniria pessoas e objetos, estando estes em total simetria jurídica, como se o ser humano pudesse fática e juridicamente estar em condições de igualdade com objetos inanimados, o que atualmente não mais se sustenta, considerando que os bens não passam de meros meios cujo fim sempre é o próprio homem³¹⁵.

Todavia, a sociedade, hodiernamente, reivindica diferentes providências e prestações estatais, haja vista que a pacificação social só pode ser concretizada mediante a efetivação do princípio da dignidade humana. Cria-se a consciência de que o ser humano é um ser prodigioso, dotado de inúmeras capacidades e deve ser tutelado efetivamente, prestigiado no cume do ordenamento jurídico, a fim de que o maior de seus atributos, a dignidade humana, seja alcançada. Nota-se, então, um novo fenômeno decorrente da força do princípio da dignidade humana, qual seja, a Repersonalização do Direito Privado, como se vê nas palavras de

(CBTU), pedindo indenização por danos materiais e morais. A 10ª Câmara do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro entendeu que a reparação do dano deve se concentrar no núcleo familiar mínimo, não incluindo, dessa forma, parentes que, embora próximos, “não estavam sob a esfera tutelar econômica da vítima”. O Tribunal concluiu, assim, que o pedido de extensão da verba para a companheira e para a irmã da vítima devia ser afastada. A decisão levou a irmã da vítima a recorrer ao STJ e o relator do recurso especial, ministro Raphael de Barros Monteiro, destacou que a jurisprudência do STJ é pelo reconhecimento do direito à reparação do dano moral sofrido pela morte de irmão. Segundo ele há informes de testemunhas segundo as quais os irmãos davam-se bem e viviam próximos, RESP nº-596102”

³¹⁴ Para uma verificação de um novo conceito de relação jurídica vide, por todos, CARVALHO, *A teoria geral da relação jurídica: seu sentido e limites*, 1981.

³¹⁵ Este é o pensamento de KANT, *Fundamentos da metafísica dos costumes*, 2005.

Carvalho³¹⁶:

[...] se trata é pura e simplesmente de, sem nenhum compromisso com qualquer forma de liberalismo econômico e com qualquer espécie de retorno a um individualismo metafísico, repor o indivíduo e seus direitos no topo da regulamentação *jure civile*, não apenas como o actor que aí privilegiadamente intervém, mas, sobretudo, como o móbil que privilegiadamente explica a característica técnica dessa regulamentação.

Assim, há que se referir, por ser efetivamente verdade, que por maior valor econômico e financeiro que os objetos e bens possam deter, eles restam sempre desprovidos de qualquer sentido, valoração ou finalidade uma vez distanciados da pessoa humana, enquanto que esta, ao contrário, possui valor por si só, singularmente considerada e mesmo afastada de quaisquer bens e quiçá mesmo de outros seres humanos, considerando seu próprio direito de privacidade, pois mesmo enquanto totalmente solitário este ainda interagirá com a natureza e com o seu próprio pensamento, podendo meditar, criar, inventar e até vislumbrar verdadeiros prodígios científicos, dessarte, realmente não se há de concluir ou mesmo até admitir o contrário, sob pena de incorrer em equívoco tão imenso, o qual só poderia ser fruto de um completo desconhecimento da própria natureza humana.

Dito isso, tem-se de frisar, na medida em que pugnamos pela amplitude da legitimação processual no direito de danos, mas por uma questão de coerência e retidão também não se pretende dar guarida as eventuais pretensões abusivas de danos morais, dado à notória proliferação de demandas neste sentido, contudo estas, quando meritórias, e tais parecem mesmo ser a maioria dos casos, devem ser verdadeiramente tuteladas pelo direito, e não só na perspectiva da responsabilidade civil, como também em termos da tutela constitucional da dignidade da pessoa humana, como princípio fundamental a ser observado pelos grandes conglomerados econômicos e empresas detentoras do poder social, bem como pelo próprio Estado, cuja existência só se justifica pela própria realização do bem comum para o cidadão.

Tem-se, por fim, que no caso de normas Constitucionais, como a do princípio da dignidade da pessoa humana, um dos sustentáculos Constitucionais do próprio Direito de Danos, como dantes visto, tem-se que cabe ao próprio Poder Judiciário, como um dos poderes da República, laborar no sentido de buscar a efetivação dos direitos fundamentais afetos ao cidadão, posto que na esfera jurídica Constitucional a legitimidade é tamanha que pode ser

³¹⁶ CARVALHO, *A teoria geral da relação jurídica: seu sentido e limites*, p. 10.

reputada como absolutamente prioritária e preferencial diante das demais normas existentes, até como forma de se garantir um mínimo existencial como pressuposto da dignidade do ser humano, sendo que eventuais conflitos, antinomias ou lacunas jurídicas devem ser hermenêutica e fundamentadamente afastadas em prol da concretização destas normas Constitucionais. Para tanto, frise-se que o próprio intérprete necessita estar ciente de sua responsabilidade, bem como comprometido com o seu dever de efetivação dos direitos fundamentais do cidadão, bem como sabedor de que os intérpretes não são meros copiadores e repetidores de normas, e são os próprios autores, criadores do direito ao laborar com suas fontes, sem mediações quaisquer, sendo os próprios garantes da qualidade e da adequação da interpretação jurídica que vão efetuar o que certamente há de ter imensa importância na atualidade jurídica³¹⁷.

Diante desse contexto, ressalta-se que a busca de uma adequada valorização para a pessoa humana no contexto jurídico, sem dúvida alguma, foi e está sendo o mote de todas estas reflexões e transformações pelas quais está passando o direito processual civil, o que passa pela própria legitimação processual, na medida em que esta é a porta de acesso das pessoas à Jurisdição.

Também o direito constitucional nos informa importantes princípios e diretrizes em direção à abertura do Judiciário como única via de alcance à Justiça uma vez afastado o cidadão da auto-tutela. Para tanto, deve-se repensar o direito e o porquê das dificuldades atuais e da virtuais insuficiências dos instrumentos processuais, consoante referiu o Prof. Ovídio Batista da Silva³¹⁸, *sic*:

[...] o jurista, por isso que não lhe é dado perquirir sobre o porquê de suas dificuldades, não percebe que os instrumentos processuais, que se adaptaram com alguma eficiência enquanto lhes coube regular uma sociedade organicamente estruturada e otimista, estarão destinados ao fracasso quando lhes caiba disciplinar sociedades altamente complexas, como a sociedade contemporânea, pós-industrial, tangida pelos meios cibernéticos de comunicação social, além disso pluralista, condição, aliás, de possibilidade para um regime democrático e carente de valores, conseqüentemente individualista e conflituosa.

O próprio Aroca³¹⁹ que já alertara no próprio título de sua obra, ter escrito sobre a legitimação processual com o objetivo de “aclarar um conceito que quanto mais se escreve sobre ele tal resulta mais confuso”, pois este é mesmo um conceito complexo que não tem

³¹⁷ PERLINGIERI, *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*, p. 69 e 70.

³¹⁸ SILVA, Ovídio Baptista da. *Processo e Ideologia*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004. p. 301.

³¹⁹ AROCA, *La legitimacion em el proceso civil*, 1994.

logrado conseguir um mínimo necessário de opiniões coincidentes a par de seu substrato, de sorte que se faz então necessário revisar o conceito clássico de legitimação no Direito Processual, buscando-se uma nova nomenclatura para o mesmo a fim de adaptá-lo às necessidades dos tempos atuais.

Ocorre é que tudo isto é fruto de uma cômoda ausência de um pensar o próprio Direito, na medida em que o conformismo com as regras expostas pela dogmática clássica dos Códigos e até dos repetitivos manuais, nos apresenta uma solução muito mais fácil para a aplicação do Direito, todavia realmente insuficiente para enfrentar os problemas da modernidade. Realmente, torna-se muito mais fácil fugir da hermenêutica no momento da aplicação do direito, de modo a desconsiderar os valores Constitucionais, como se os mesmos existissem apenas para adornar a Constituição, e a aplicação monolítica dos Códigos e legislações pudesse apresentar uma solução completa, quiçá verdadeiramente mágica, no sentido de se conseguir sempre subsumi-la aos fatos, por mais complexos que estes possam se apresentar para todos os casos, indistintamente. Como já se verificou, é efetivamente o Direito Processual Civil, também aplicado com as necessárias luzes da Constituição, que abre as portas para a ampliação e facilitação da legitimação processual para a efetivação dos direitos fundamentais do cidadão, e, no caso vertente, da própria dignidade da pessoa humana enquanto tutela pertinente ao direito de danos, a qual pode alargar as portas do acesso à Jurisdição a fim de reduzir as injustiças ocasionadas por suposta ilegitimidade para agir e pugnar pela tutela jurisdicional rumo à proteção dos danos experimentados pelas pessoas no seu cotidiano.

Nesse contexto, de uma ocorrência vultosa de demandas de dano moral nos foros nacionais, que se pretende a elevação da dignidade humana como valor fundamental da sociedade, dando-se mais efetiva tutela aos que tiveram violados seus direitos à honra e integridade psicofísica, até porque tais valores são hierarquicamente superiores aos interesses materiais e econômicos do homem. Assim, impõe-se a efetiva revisitação dos fundamentos que dão suporte à legitimação processual, a fim de se desenvolver uma nova e mais aberta sistematização deste conceito, para que se possa abrigar e tutelar um maior número de pessoas que efetivamente sofreram danos, ao invés de privilegiar somente os legitimados mais próximos da relação jurídica, o que se faz exclusivamente com base em uma interpretação restritiva do direito e de caris positivista, em detrimento das demais pessoas que apesar de igualmente legitimadas porque portadoras de análogo direito subjetivo e interesse processual, não tenham como provar, *ab initio litis*, a condição de titularidade da relação jurídica material, restando injustamente excluídas da relação processual ou até mesmo tendo de amargar, ao final do

processo, com uma equívoca sentença de improcedência. É, portanto, a mera afirmação da titularidade da relação jurídica que deve consubstanciar a legitimação processual para agir, e não a própria titularidade em si e sua prova, até porque essa só aparecerá ao final da lide, quando da definitiva determinação do direito pela prolação da decisão de mérito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao se ter perpassado os caminhos da repersonalização do Direito, no sentido da máxima valoração da pessoa humana frente ao Direito, fato que até então não se verificara, porquanto apenas vivenciara-se - em se tratando das relações entre a pessoa humana e o Direito, um conhecimento individualista da pessoa enquanto ser que acima de tudo atribuía relevância apenas aos valores patrimoniais em detrimento dos humanistas, sendo que, além desse conhecido viés patrimonialista, tinha-se também a apreciação do homem e o Direito mediante uma versão meramente abstrata e irreal, consubstanciada na figura do sujeito de direito, a qual é realmente muito diversa da pessoa humana hodierna que apresenta-se norteada pela dignidade, desse modo, o que se pretende é justamente o estabelecimento de uma noção contemporânea que vá além desses modelos tradicionais, em busca da pessoa humana concreta e real, de “carne e osso”, bem como em seu cotejo com as demais, vale dizer, em sociedade e com o indispensável respeito a outrem, a alteridade, posto que somente assim ter-se-á a completude do que se pretende estabelecer por meio da expressão “Repersonalização do Direito”.

Ademais desses apontamentos jurídicos, para a demonstração do verdadeiro alcance da pessoa humana e de seus reflexos perante o Direito, igualmente fez-se imprescindível uma análise filosófica sobre a pessoa humana, detsarte, por meio da busca de seus reais fundamentos, seara para a qual se escolheu dois caminhos: as vertentes filosóficas do racionalismo e do existencialismo, o que se fez com o desiderato de melhor compreender a pessoa humana, via que proporcionou a verificação de uma maior amplitude dos deveres e direitos do homem perante a ciência jurídica. Com efeito, a tarefa de um mais aprofundado conhecimento da pessoa humana e de toda a complexidade dos vetores que norteiam a sua realidade enquanto ser que vive no mundo, realmente não é tarefa nada módica, considerando que poderá se perceber que outros paradigmas epistemológicos sequer foram abordados³²⁰ o que propositadamente se deu, sob pena da própria investigação pertinente aos danos à pessoa humana restar em um segundo plano no presente trabalho, o que por certo não poderia acontecer, mesmo porque pretendeu-se, obviamente, privilegiar o aspecto jurídico da temática versada.

No mesmo sentido, em que pese a importante contribuição do racionalismo Kantiano, que consolidou as atuais bases para o respeito à dignidade humana, verificou-se a sua insuficiência para o mundo contemporâneo, considerando que alguns de seus preceitos

³²⁰ Tais como o ‘materialismo histórico’, entre outros.

igualmente basilares realmente não resistiram as profundas transformações da sociedade atual, para a qual outras perspectivas como o próprio existencialismo mostraram-se mais eficazes para a tutela da pessoa humana. Assim, dentre outras coisas pode-se destacar, com Stein³²¹, em breve cotejo entre as leituras racionalistas e existenciais da pessoa humana, as principais perspectivas filosóficas a justificar o ser humano, as seguintes inferências:

Heidegger (existencialista) diz que a idéia de fundamento está ligada à idéia de objetividade e subjetividade, logo, tem que significar as duas. É nesse sentido que Heidegger vai fazer uma crítica às teorias do conhecimento, porque, *antes da consciência, que se pressupõe absoluta, existe o ser humano no mundo, o Dasein, que é limitado, finito, existente. Ele é a base da consciência. Antes desta consciência vem o dasein, que compreende a si, enquanto ele é, como tarefa... Diz-se que o Dasein já sempre se compreende como ser-no-mundo* através das estruturas em que se situa, e que o constituem. Nesse momento, *a idéia de consciência foi substituída enquanto fundamento último da filosofia, pela idéia do ser-aí. A idéia transcendental de Kant (racionalista) será substituída por inércia, porque desaparece a possibilidade de uma oniabrangência, idéia que o transcendental tem em si. O homem vive, é limitado e sustenta a racionalidade que é produzida pela história, então, a idéia de abranger o todo se perde, pois se torna impossível.* (grifo nosso).

Realmente, não sendo a condição humana um fato que possa ser exclusivamente atribuído à razão, posto que as características humanas também são advindas dos contributos históricos, fáticos e culturais que a compõem, elementos que necessariamente também deverão ser respeitados e observados pelo Direito no momento de sua aplicação.

De outra banda, foi igualmente indispensável a observação da atual perspectiva civil-constitucional do Direito, noção essa que, da mesma forma, também apresenta a sua compreensão sobre a pessoa humana, a qual aliás, trata-se da versão mais atualizada e modernamente pertinente sobre o ser humano, porquanto o reconhece como ‘pessoa humana’ dotada de ‘dignidade’, pelo que vale dizer, reconhece a pessoa como ser imperativamente dotado do valor dignidade, atributo que se verificou indispensável enquanto autêntico eixo agregador do amplo elenco dos direitos fundamentais da pessoa humana, os quais representam os mais elevados atributos do homem, e que, por isso mesmo, de modo algum podem ser impunemente desrespeitados.

Com efeito, sendo a dignidade o atual referencial do ser, na medida em que no seu núcleo reúne a própria igualdade, a integridade psicofísica, a liberdade e a solidariedade,

³²¹ STEIN, *Racionalidade e existência: uma introdução à filosofia*, p. 73 - 74.

reverte-se, por isso mesmo, no próprio fundamento da pessoa humana, elementos que, como já ressaltado, não podem ser malferidos sem uma adequada contraprestação da responsabilidade civil. Aliás, sobre essa, identificou-se uma vertiginosa transformação, considerando que com o estabelecimento da industrialização, e mais ainda, nos últimos vinte anos, com o surgimento da contemporaneidade pós-industrial, movida pela globalização e pelas relações virtuais, perpetraram-se mudanças talvez antes não acontecidas em menos de um século, fato que sobremaneira multiplicou a geração de danos no seio da sociedade, sendo cada vez mais pertinente o reconhecimento da *teoria do risco* ao invés da mera subjetividade da culpa, a qual já se mostrara pertinente desde a criação da indústria pesada, tornando-se agora, na sociedade tecnológica, verdadeiramente imperativa enquanto mecanismo possibilitador do ressarcimento para muitos dos danos da atualidade, os quais, sem tais incrementos teóricos e doutrinários, certamente restariam reputados como meras fatalidades cuja responsabilização não alcançaria.

Nesse sentido, não é menos verdade que outros contributos, além da própria teoria do risco, tais como a possibilidade de *inversão do ônus da prova*, aliada à própria *verossimilhança* de algumas situações fáticas, e o *dano in re ipsa*, onde o próprio fato já fala por si mesmo, e ocorrendo em algumas situações já conhecidas, torna-se hipótese de efetiva reparabilidade, tornando despiciendas outras comprovações, as quais reputa-se como efetivo corolário da primeira, são contribuições realmente indispensáveis para a facilitação da defesa das vítimas de danos, a qual é, na atualidade, a função mais importante da moderna responsabilidade civil.

Verifica-se, outrossim, que o próprio fenômeno do aumento acentuado de demandas objetivando indenizações de cunho extrapatrimonial, ao que erroneamente se atribuiu o nome de ‘indústria do dano moral’, tal é realmente inverídico, já que não se tem indústria alguma, tratando-se apenas, como já referido, do fato da sociedade pós-industrial ter aumentado em inúmeras vezes a geração de danos, e as mais variadas espécies de danos às pessoas, o que, aliado à crescente conscientização das mesmas quanto aos seus próprios direitos, bem como junto a nova possibilidade jurídica que consolidou-se após o advento da Constituição federal de 1988, qual seja a indenizabilidade do dano ainda que exclusivamente moral, tal como acontecera com o próprio advento da própria Constituição Federal e do Código de Defesa do Consumidor, no ano de 1991, após o qual teve-se um grande número de demandas revisionais a par de juros e taxas abusivas de empréstimos bancários, demandas que na atualidade, com certeza, já retornaram ao patamar ordinário, fato que acometeu principalmente em decorrência de que as instituições financeiras e bancos em geral optaram por reduzir seus exarcebados ganhos, vale dizer, em razão de sua efetiva mudança de conduta, isso além de outros fatores que

ora são realmente impertinentes. De outra banda, anota-se que em relação ao dano moral, até o presente momento não houve qualquer mudança de conduta por parte de seus principais agentes, considerando que esses, os grandes conglomerados econômicos, mantêm o mesmo padronizado modo de agir, o que certamente continuam a fazer, em que pese o prejuízo representado por tais demandas, porque os procedimentos adotados ainda garantem expressiva lucratividade.

Constatou-se, portanto, uma tendência no sentido de que os cidadãos não aceitam mais, ao menos sem tomar alguma atitude, o ferimento injustificado dos direitos atinentes à sua própria pessoa, o que é mesmo muito salutar, pois tal representa uma verdadeira mudança de mentalidade e de atitude, a qual impõe reflexos imediatos no campo da responsabilidade civil e no particular dos danos à pessoa, além do que, mesmo indiretamente, contribui sensivelmente para a consolidação do fenômeno da repersonalização do Direito.

A responsabilidade civil, tradicionalmente fundada no dever geral de não lesar a outrem, o *neminem laedere*, mantinha sobre esse princípio a compreensão da necessidade de uma conduta autenticamente contra o Direito, como único meio de proporcionar o dever de indenizar, fato esse que, felizmente evoluiu para uma concepção mais consentânea com os tempos atuais, sendo suficiente a constatação de uma conduta em desacordo com os ditames da boa-fé e da própria solidariedade social, a qual venha a atingir algum dos substratos que consubstanciam o princípio da dignidade humana, estabelecidos como situações de contato existencial e mesmo que não patrimoniais, sendo nesse sentido desnecessária a violação direta dos direitos subjetivos da vítima³²². Obtemperou-se, ao lado disso, que os danos de ínfimo potencial lesivo e que se apresentam como simples desconfortos e aborrecimentos comuns ao cotidiano apenas excepcionalmente devem merecer reparação, conquanto não deva ser reputados como bastantes para dar azo ao dever de indenizar, pois por certo não chegam a gerar situações de dor ou sofrimento a ponto de justificarem uma reparação.

Conseguiu-se ademais, observar a necessidade de observar-se o critério da *reparação integral* como meio eficiente para a integral tutela da pessoa humana, fato que restou evidenciado ao perceber-se que o dano moral detém plena autonomia em relação ao patrimonial, os quais podem e devem ser postulados de forma independente e autônoma a quaisquer outros pedidos.

Nesse passo, é importante frisar que não se pode discriminar os danos extrapatrimoniais

³²² MORAES, *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*, 2003, p. 325-327.

como se fossem menos relevantes que os patrimoniais, e vice-versa, porquanto ambos se fundem e são os reais sustentáculos para a garantia da proteção integral da pessoa humana, devendo-se pugnar pela idêntica valoração das reparações patrimonial e extrapatrimonial, posto que ambas representam importantes perspectivas garantidoras da totalidade dos princípios abrangidos pela dignidade da pessoa na defesa da sua integridade psicofísica.

Frise-se, ademais, que a reparação integral, em primeiro lugar, consiste num verdadeiro objetivo ou desiderato a ser alcançado, portanto, deve-se estar ciente das dificuldades concretas para se alcançar a idealística projeção.

Mas, para além da reparação integral, igualmente identificou-se *a insuficiência da categoria dano moral*, como bastante para resgatar toda a gama das modernas vicissitudes enfrentadas pela pessoa humana e levadas a efeito pela atual sociedade de riscos, fato ao qual se alia a necessidade da percepção dos *novos danos*, consideração para a qual se busca a justificação de Iturraspe³²³ o qual assim vaticina:

está nos sinais dos tempos em que vivemos, que a pessoa humana seja objeto de detrimentos, menoscabos, ataques, enfim, que são fonte de prejuízos; todavia, os meios empregados pelos agentes agora são, de acordo com os avanços da ciência e da técnica; se pode dizer que mais sofisticados ou sutis; e, dessa vez, ferem ou danam aspectos do ser humano que antes permaneciam ocultos ou desconhecidos. Frente a essa realidade, resposta do Direito é a formulação de “novos danos”, danos a intimidade ou à vida privada; dano à vida de relação; ao projeto de vida que não se encaixam na tradicional dicotomia de dano patrimonial e dano moral. (grifo e tradução nossa).

Feitas tais ponderações, resta correto apontar-se que as atuais rubricas do dano moral e dano patrimonial, são verdadeiramente insuficientes para tutelar a complexidade de que se reveste a própria pessoa humana e conseqüentemente os seus próprios direitos os quais, por força das transformações dessa era pós-industrial podem ser apenas sutilmente maculados, e muitas vezes, de modo até mais grave do que pelos meios usuais, de forma que, fatalmente, acabarão sendo bem menos percebidos mediante a dogmática tradicional, fatores que impositivamente conduzem à busca da figura dos *novos danos*, como forma de abranger esses prejuízos não usuais, os quais se apresentam com uma roupagem diferenciada e que disporão de uma adequação bem mais precisa - uma vez desenvolvidas e aceitas as figuras de alguns danos já desenvolvidos noutros países, posto que, uma vez expostas e delineadas essas novas rubricas pela doutrina pátria, sem dúvida alguma ter-se-á a sua maior incidência em nossos Tribunais,

³²³ ITURRASPE, *El habeas data en el derecho privado*, p.307.

considerando que tais fatos, muitos até recorrentes, tem restado simplesmente desconhecidos e alijados pelo nosso Direito, mediante sentenças e decisões improcedentes, as quais nada mais refletem do que a própria carência dessas formulações doutrinárias modernas, cuja ausência, frise-se, resulta na falta de ressarcimento para muitas condutas danosas que mediante os novos danos certamente seriam reprovadas pelo Direito brasileiro.

Asseverado tudo isso, resta ainda declinar ter-se definitivamente observado que os valores espirituais são realmente superiores aos materiais, considerando que, ao fazer-se um mero cotejo entre o 'ter' e o 'ser' em relação à pessoa humana, constata-se que o primeiro pode ser importante apenas para a própria pessoa singularmente considerada, enquanto que o 'ser' será sempre superior ao 'ter' porque ele é igualmente muito importante para os 'outros', vale dizer, para além da própria pessoa, sendo por isso que o 'ser' identifica-se muito mais com a dignidade da pessoa humana, já que esta somente se afirma com a alteridade - ao passo que o 'ter' representa muito pouco em se tratando de dignidade, posto que seu alcance em relação à outrem, no mais das vezes se apresenta verdadeiramente limitado. Nesse sentido, o próprio Direito somente se revela quando é igualmente importante para os outros, esfera em que somente o 'ser' encontra a plenitude de sua aptidão. Verificou-se, ademais, que o 'dano moral', ao tutelar a própria pessoa humana, é efetivamente mais relevante do que o 'dano material', o qual apenas tutela o seu patrimônio, representando, destarte, um aspecto meramente secundário do homem.

Dito isso, espera-se ter contribuído para que se perceba a relevância de uma tutela mais efetiva para os danos perpetrados à pessoa humana, o que se acredita ser possível na medida em que forem aprofundados os estudos a respeito dos novos danos, uma vez constatada a necessidade da superação dos paradigmas do dano moral e do dano material, tarefa na qual modestamente se pretende prosseguir, e que, em tempo breve, certamente merecerá o devido destaque e desenvolvimento por parte dos mais importantes juristas de nosso país.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. Dano existencial: a tutela da dignidade da pessoa humana. *Revista do Direito Privado*, São Paulo, nº. 24, 2005, p. 21 – 53.

AMARAL, Luíz Otávio de. Dano moral e contemporaneidade. In: AUGUSTIN, Sérgio (Coord.) *Dano moral e sua quantificação*. Caxias do Sul: Editora Plenum, 2004, p. 179.

ANDRADE, Fábio Siebeneichler. Responsabilidade civil do advogado. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, nº. 697, 1991, p. 26.

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 10 ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

_____. *A vida do espírito: pensar*. Tradução de João C. S. Duarte, Lisboa: Instituto Piaget, 1978. v. 1.

ARNAUD, André-Jean. *O direito traído pela filosofia*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

AROCA, Juan Monteiro. *La legitimacion em el proceso civil*. Madrid: Ed. Civitas S.A., 1994.

ARONNE, Ricardo. *Direito civil-constitucional e teoria do caos: estudos preliminares*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

BARCELONA, Pietro, *El individualismo propietario*. Traducción de Jesús Ernesto García Rodríguez. Madrid: Editorial Trotta, 1996.

BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por danos morais*. São Paulo: RT, 1993.

BOBBIO, Norberto. *Locke e o direito natural*. Tradução de Sérgio Bath. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

_____. *O positivismo jurídico*. São Paulo: Ícone, 1995.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 4.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1993.

BRASIL. *Código Civil*. Lei Federal n.10.406 de 10 de janeiro de 2002.

- _____. *Código de Processo Civil*. Lei Federal n. 5.869 de 11 de janeiro de 1973.
- _____. *Constituição Federal da República*. Publicada em 05 de outubro de 1988.
- _____. *Superior Tribunal de Justiça*. Resp. 899869/MG; Recurso Especial- 2006/0046442-3 - Ministro Humberto Gomes de Barros (1096), T3. Terceira Turma, 13/02/2007 - DJ 26.03.2007 p. 242. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 10 mar. 2007.
- _____. *Superior Tribunal de Justiça*. Resp. n. 596102. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 10 mar. 2007.
- _____. *Superior Tribunal de Justiça*. Resp. n. 31085/SP; Recursoespecial 1992/0034172-1 - Ministro Aldir Passarinho Junior. T4. 05/04/2001-DJ 11.06.2001. Civil e processual. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 10mar. 2007.
- CACHAPUZ, Maria Cláudia. *Intimidade e vida privada no novo código civil brasileiro: uma leitura orientada no discurso jurídico*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 2006.
- CAMPOS, Germán Bidart. Reflexiones constitucionales sobre el acceso a la justicia: el proceso, y la legitimacion. In: GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. *La legitimacion en el proceso civil*. Buenos Aires: Ediar Sociedade Anônima Editora, 1996.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*. Tradução de Antônio Menezes Cordeiro. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.
- CANEZIN, Claudete Carvalho. Da reparação do dano existencial ao filho decorrente do abandono paterno-filial. *Revista brasileira de direito de família*, São Paulo, nº. 36, 2006, p. 71 - 87.
- CANOTILHO, J.J.Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7.ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.
- CAPPELARI, Récio Eduardo. *Responsabilidade pré-contratual: aplicabilidade ao direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.
- CARVALHO, Orlando de. *A teoria geral da relação jurídica: seu sentido e limites*. 2.ed. Coimbra: Centelha, 1981.

CHOMSKY, Noam. *O lucro ou as pessoas? neoliberalismo e ordem global*. Tradução de Pedro Jorgensen Jr., 5.ed., Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006.

COMTE-SPONVILLE, André. *Dicionário filosófico*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

DÍEZ-PICAZO, Luis. *Derecho y masificación social: tecnología y derecho privado*. Madrid: Editorial Civitas, 1979.

DINAMARCO, Candido Rangel. *Instrumentalidade do processo*. São Paulo: RT, 2000.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FACCHINI NETO, Eugênio. Da responsabilidade civil no novo Código. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *O novo código civil e a constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2003,

_____. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Coord). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2005, p. 116.

_____. *Teoria crítica do direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FARIAS, Cristiano Chaves. Redescobrimo as fronteiras do direito civil: uma viagem na proteção da dignidade humana. *Revista Síntese*, fev., 2003.

FINGER, Júlio César. Constituição e direito privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do Direito Civil. IN. SARLET, Ingo Wolfgang. *A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

FREUD, Sigmund. *O mal-estar na civilização*. Tradução de José Octávio de Aguiar Abreu. Rio de Janeiro: Imago, 1997.

GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. *La legitimacion en el proceso civil*. Buenos Aires: Ediar Sociedade Anônima Editora, 1996.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 2. ed. São Paulo: RT, 1991.

_____. *O direito posto e o direito pressuposto*. 4.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. A garantia fundamental da proporcionalidade em sua projeção no novo Código Civil Brasileiro. In: DIDIER JR., Fredie (Coord.) *Reflexos do novo código civil no direito Processual*. Salvador: JusPODIVM, 2006.

GUIMARÃES, Darci Ribeiro. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva*. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 2004.

HATTENHAUER, Hans. *Conceptos fundamentales del derecho civil: introducción histórico-dogmática*. Barcelona: Ariel, 1987.

HEIDEGGER, Martin. *Carta sobre o humanismo*. Tradução de Rubens Eduardo Frias. São Paulo: Centauro, 2005.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFE Editor, 1991.

HIRONAKA, Giselda Maria F. Novaes. *Responsabilidade pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

HOFMEISTER, Maria Alice Costa. *O dano pessoal na sociedade de risco*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

INWOOD, Michael. *Dicionário Heidegger*. Tradução de Luísa Buarque de Holanda; Revisão técnica Márcia Sá Cavalcante Schuback. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2002.

ITURRASPE, Jorge Mosset. *El dano funado em la dimension del hombre em su concreta realidad*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 723, 1996, p. 33 - 34.

_____. El habeas data en el derecho privado. In: BORDA, Guillermo Antônio (Director). *La persona humana*. Buenos Aires: La Ley, 2001.

_____. *Responsabilidade por danos: el dano moral*. Buenos Aires: Ediar, 1986. v. IV. p. 80/82.

JASPERS, Karl. *La fé filosófica ante la revelación*. Madrid: Gredos, 1968

JUNGES, José Roque. O respeito à dignidade humana como fundamento de todo humanismo. In OSOWSKI, Cecília (Org.). *Teologia e humanismo social cristão*. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 2000.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2005.

LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*. Porto Alegre: Ed. Safe, 1985.

LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. Tradução de Júlio Fischer. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito II*. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985.

MACCARONE, Matteo. *Le immissione. tutela reale e tutela della persona*. Milano: Giuffrè, 2002.

MAMAN, Jeannette Antonios. *Fenomenologia Existencial do Direito*. São Paulo: Quartier Latin, 2003.

MARTINS-COSTA, Judith. *As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, n. 112, 1991.

_____. *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. Os danos à pessoa e a natureza de sua reparação. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p.409.

MAURER, Béatrice. Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana..In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org). *Dimensões da dignidade – Ensaio de filosofia do direito e direito constitucional*. Tradução de Rita Dostal Zanini. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2005, p. 61-87.

MEIRELLES, Jussara. O ser e o ter na codificação civil brasileira: do sujeito virtual à clausura

- patrimonial. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord). *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 95.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. São Paulo: Malheiros Editores, 1993.
- MENDES, Francisco Ramos. *Derecho y proceso*. Barcelona: Libreria Bosch, 1978.
- MERLEAU-PONTY, Maurice. *Fenomenologia da percepção*. Tradução de Carlos Alberto Ribeiro de Moura. São Paulo: Martins Fontes: 1999.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado das ações*. São Paulo: Editora RT, 1999.
- MORAES, Maria Celina Bodin de, O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 105-148.
- _____. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- MORAIS, José Luis Bolzan. *As crises do estado e da constituição e a transformação espacial dos direitos humanos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- MORIN, Edgar; CYRULNIK, Boris. *Diálogos sobre la naturaleza humana*. Buenos Aires: Paidós, 2006.
- NEGREIROS, Teresa. *Teoria do contrato: novos paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- NIETZSCHE, Friedrich. *Para além do bem e do mal: prelúdio a uma filosofia do futuro*. São Paulo: Editora Martin Claret, 2004.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Do formalismo no processo civil*. 2.ed., São Paulo, Saraiva, 2003.
- PAOLINELLI, Jorge et al. *El hombre y el derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998.
- PEREIRA, Caio Maio da Silva. *Responsabilidade civil de acordo com a Constituição de 1988*. 9. ed.. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios fundamentais norteadores do direito de família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 141.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PEZZELLA, Maria Cristina Cereser. Código civil em perspectiva histórica. In SARLET, Ingo. *O novo código civil e a constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

PINHO, Leda de Oliveira. *Princípio da igualdade: investigação na perspectiva de gênero*. Porto Alegre: SAFE, 2005.

PLÁCIDO E SILVA, De. *Vocabulário jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1987. v. II.

PORTO, Mário Moacir. *Dano por ricochete*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n.661, 1990, p. 7-10.

RAMOS, Carmem Lucia Silveira. *A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras*. In: FACHIN, Luiz Edson (Coord.). *Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

REALE, Miguel. *Estudos preliminares do Código Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

REIS, Clayton. A teoria do risco na modernidade: uma antevisão do futuro. LEITE, Eduardo de Oliveira. In: *Grandes temas da atualidade: responsabilidade civil*. (Coord.). Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 6.

RIBEIRO, Darci Guimarães. *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva*. Barcelona: J. M. Bosch Editor, 2004, p. 23 – 24.

_____. *Provas atípicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1998.

RIO GRANDE DO SUL. *Tribunal de Justiça*. Apelação Cível n. 70017292699, oriunda da 5ª Câmara Cível, Relator: Umberto Guaspari Sudbrack, Julgado em 28/03/2007, Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso: 12 abr. 2007.

_____. *Tribunal de Justiça*. Apelação Cível n. 70016518920, oriunda da 9ª Câmara Cível,

Relator: Marilene Bonzanini Bernardi, Julgado em 14/03/2007. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 22 abr. 2007.

_____. *Tribunal de Justiça*. Apelação Cível n. 70018130211, 7ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, Julgado em 28/03/2007 Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 22 abr. 2007.

_____. *Tribunal de Justiça*. Apelação Cível n. 70009793415, 9ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Adão Sérgio do Nascimento Cassiano, Julgado em 06/10/2004.”
.Apelação cível 70009793415. Relator: Des. Adão Sérgio do Nascimento Cassiano. Acórdão de 06 de outubro de 2004. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 23 abr. 2007.

_____. *Tribunal de Justiça*. Recurso Cível n. 71000964320, 1ª Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Ricardo Torres Hermann, Julgado em 26/10/2006. Disponível em: <<http://www.tj.rs.gov.br>>. Acesso em: 27 abr. 2007.

ROCHA, Leonel Severo. *Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2005.

SAKALL, Sérgio. *Arte Folclórica. Mulheres-Girafa*. Disponível em: <www.sergiosakall.com.br/tudo/mulher_girafa.html> Acesso em: 08 abr. 2007.

SANTOS, Antônio Jeová. *Dano moral na internet*. São Paulo: Método, 2001.

SÃO PAULO. *Tribunal de Alçada*. 1º c . ap. 767.229-5 – rel. Vasconcelos Boselli – j. 16/08/1999 – bol. aasp 2.219/411.” Disponível em: <<http://www.tj.sp.gov.br>>. Acesso em: 18 maio 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 3.ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2004.

_____. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang(org). *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SARMENTO, Daniel. *Constituição e Globalização: a crise dos paradigmas do direito*

constitucional. In: *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, nº. 215, jan.-mar., 1999, p. 34.

_____. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

SCHELER, Max. *El puesto del hombre em el cosmos*. Tradução de José Gaos. 6.ed. Buenos Aires: Editorial Losada, 1967.

SCHOPENHAUER, Arthur. *Do sofrimento do mundo*. São Paulo: Editora Martin Claret, 2003.

SERUR, Eduardo Montenegro; CASTRO JÚNIOR, Torquato da Silva. O dano moral entre direito público e privado. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). *Grandes temas da atualidade: dano moral*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SESSAREGO, Fernandez Carlos. Apuntes sobre el dano a la persona. In: BORDA, Guillermo Antônio (Director). *La persona humana*. Buenos Aires: La Ley, 2001.

_____. Hacia una nueva sistematización del dano a la persona. *Revista de direito civil*, 75, 1996.

_____. *Derecho a la identidad personal*. Buenos Aires: Astrea, 1991.

SEVÈ, Lucien. *Para uma crítica da razão bioética*. Tradução Maria José Figueiredo. Lisboa: Instituto Piaget, 1994.

SEVERO, Sérgio. *Os danos extrapatrimoniais*. São Paulo: Saraiva, 1996.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. John Locke Verbete. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo: Editora UNISINOS, 2006, p. 543.

_____. O princípio da boa-fé objetiva no direito contratual e o problema do homem médio: da jurisprudência dos valores à hermenêutica filosófica. In: ROCHA, Leonel Severo da; STRECK, Lenio Luiz (Org.). *Anuário do programa de pós-graduação em direito: mestrado e doutorado*. São Leopoldo: Unisinos, 2004.

_____. Pessoa humana e a boa-fé objetiva nas relações contratuais: a alteridade que emerge da ipseidade. In: COPETTI, André; ROCHA, Leonel Severo; STRECK, Lênio Luiz (Orgs.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: programa de pós-graduação em direito da*

UNISINOS: mestrado e doutorado: Anuário 2005. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. n.º 2. p.113-136.

SILVA, Ovídio Baptista da. *Processo e ideologia*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

STEIN, Ernildo. *Exercícios de fenomenologia: limites de um paradigma*. Ijuí: Unijuí, 2004.

_____. *Pensar é pensar a diferença: filosofia e conhecimento empírico*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2002.

_____. *Racionalidade e existência: uma introdução à filosofia*. Porto Alegre: L&PM Editores S/A, 1988.

STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 5.ed. São Paulo: Editora RT, São Paulo, 2001.

STRECK, Lênio Luiz, *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. 5. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

VIEIRA, Patrícia Ribeiro Serra. *A responsabilidade civil objetiva no direito de danos*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

ZIVIZ, Patrizia. *Alla scoperta del danno esistenziale*. In *La responsabilita extracontrattuale*. Milano: Giuffrè, 1994.