



UNIVERSIDADE FEDERAL DE MATO GROSSO
PROGRAMA DE ESPECIALIZAÇÃO *LATO SENSU* DE DIREITO CIVIL
CONTEMPORÂNEO

VINÍCIUS SILVA COSTA

**NOVOS CAMINHOS DO DIREITO CIVIL: DA DESPATRIMONIALIZAÇÃO À
ELEVAÇÃO AO PLANO CONSTITUCIONAL DOS PRINCÍPIOS E NORMAS DE
DIREITO PRIVADO**

Cuiabá
Mato Grosso – Brasil
2017

VINÍCIUS SILVA COSTA

**NOVOS CAMINHOS DO DIREITO CIVIL: DA DESPATRIMONIALIZAÇÃO À
ELEVAÇÃO AO PLANO CONSTITUCIONAL DOS PRINCÍPIOS E NORMAS DE
DIREITO PRIVADO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Universidade Federal do Mato Grosso, campus
de Cuiabá, como parte das exigências para
obtenção do título de Especialista em Direito
Civil Contemporâneo.

Orientador: Prof. Dr. Marcelo Antônio Theodoro

Cuiabá
Mato Grosso – Brasil
2017

Dados Internacionais de Catalogação na Fonte.

C837n Costa, Vinicius Silva.

Novos caminhos do Direito Civil: Da despatrimonialização à elevação ao plano constitucional dos princípios e normas de direito privado / Vinicius Silva Costa. - 2017

71 f.: il. ; 30 cm.

Orientador: Marcelo Antônio Theodoro.

TCC (especialização em Direito Civil Contemporâneo) -
Universidade Federal de Mato Grosso, Faculdade de Direito,
Cuiabá, 2017.

Inclui bibliografia.

1. Direito Civil Constitucional. 2. Despatrimonialização. 3.
Estado Social de Direito. I. Título.

Ficha catalográfica elaborada automaticamente de acordo com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).

Permitida a reprodução parcial ou total, desde que citada a fonte.

AVALIAÇÃO

Professor Doutor Marcelo Antonio Theodoro (Orientador)

Professor(a) integrante da Banca

Resultado: _____

Data: ___/___/_____

RESUMO

A presente monografia tem por escopo analisar os pressupostos teóricos da doutrina do direito civil vista sob a ótica constitucional. A razão da escolha desta temática está assentada na atual necessidade de intensificar o debate sobre o fenômeno de constitucionalização das normas que regulam a relação entre particulares. Um dos objetivos da presente pesquisa é verificar se, através da concepção doutrinária do direito civil-constitucional, consegue-se vislumbrar a preponderância dos direitos de personalidade em relação aos patrimoniais. Para tanto, será analisado o atual contorno doutrinário, legislativo e jurisprudencial do instituto da constitucionalização do Direito Civil. No decorrer do trabalho serão reproduzidos os reflexos positivos e negativos da constitucionalização nas normas de direito privado no ordenamento jurídico brasileiro, buscando, ao final, fazer um juízo de ponderação entre as inúmeras vantagens – como a aproximação dos ideais sociais emanados no texto constitucional - e as desvantagens trazidas pela inovação e pelo risco causado pela fundamentação imoderada das decisões judiciais apenas com esteio no princípio da dignidade da pessoa humana. Por fim, serão tecidas as conclusões a respeito de tudo o que foi exposto ao longo desta monografia, sendo necessário aduzir que o presente trabalho não tem o condão de esgotar todo o conteúdo da matéria, mas, tão só, destacar os pontos relevantes.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Civil Constitucional. Despatrimonialização. Estado Social de Direito. Pietro Perlingieri.

ABSTRACT

This monograph aims to analyze the theoretical assumptions of the civil law doctrine seen from a constitutional point of view. The reason for choosing this theme is based on the current need to intensify the debate on the phenomenon of constitutionalization of norms that regulate the relationship between individuals. One of the objectives of the present research is to verify if, through the doctrinal conception of the civil-constitutional law, one can glimpse the preponderance of the personality rights in relation to the patrimonial ones. To do so, the current doctrinal, legislative and jurisprudential outline of the institute of the constitutionalization of Civil Law will be analyzed. In the course of the work, the positive and negative effects of the constitutionalization of private law norms in the Brazilian legal system will be reproduced. In the end, it will seek to weigh the innumerable advantages - such as the approximation of the social ideals emanating from the constitutional text - and the disadvantages brought about by innovation and the risk caused by the immoderate grounding of judicial decisions based only upon the principle of the dignity of the human person. Finally, conclusions will be drawn regarding everything that was exposed throughout this monograph, being necessary to add that the present work does not have the capacity to deplete all the content of the matter, but only to highlight the relevant points.

KEY WORDS: Constitutional Civil Law. Despatrimonialization. Social State of Law. Pietro Perlingieri.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1. DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO E FILOSÓFICO.....	9
1.1 Constitucionalismo e os Direitos Fundamentais	9
1.2 Do processo de constitucionalização no Brasil	15
1.3 Fundamentos filosófico-jurídicos	18
1.3.1 A dignidade humana como fundamento para formação de um Estado democrático de Direito.....	18
1.3.2 Direitos fundamentais e a Constituição.....	21
1.3.2.1 Conceito de direitos fundamentais	22
1.3.3. Evolução segundo a classificação em dimensões	24
1.3.4. Características	26
1.3.4.1 Historicidade.....	26
1.3.4.2. Vedação ao retrocesso	26
1.3.4.3 Universalidade	28
1.3.4.4 Relatividade	28
1.3.4.5 Imprescritibilidade, inalienabilidade e irrenunciabilidade	29
2 DO FENÔMENO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO PROPRIAMENTE DITA	31
2.1 Despatrimonialização do Direito Civil	31
2.1.1. Despatrimonialização ou personalização?	35
2.1.2 A ramificação das normas jurídicas em microsistemas e o diálogo das fontes	36
2.2 Principais inovações.....	38
2.1.1 Direito fundamental à imagem.....	39
2.1.2. O princípio da dignidade humana no direito comparado e suas implicações no direito brasileiro	40
2.2.2.1. Uniões homoafetivas	44
2.2.2.2 Pesquisas com células-tronco embrionárias	48
2.2.2.3 Interrupção da gestação de fetos anencefálicos.....	50
2.2.2.4. O direito de não saber.....	52
2.3 A Constitucionalização na Responsabilidade Civil.....	56
3 REFLEXOS DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO NAS NORMAS DE DIREITO PRIVADO	60
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	66
REFERÊNCIAS	68

INTRODUÇÃO

A sociedade vive em constante transformação e os reflexos destas mutações alcançam as mais diversas esferas. Esta afirmação pode ser observada nas mudanças de valores de ordem social ocorridas durante todos os anos desde a existência humana. Atento a isso, o jurista, político e professor italiano Pietro Perlingieri trouxe um novo modo de abordar os problemas decorrentes das relações entre particulares e de refletir sobre a sua solução.

Contextualizando a crise do Direito Civil como crise da modernidade liberal e individualista, ocorrida entre os meados do século XX e início do século XXI, o autor propaga que a colocação de valores não patrimoniais na posição central do ordenamento jurídico remodelou o conteúdo do direito civil, transformando o arcaico direito civil em um instrumento de emancipação e de transformação social, com vista à consolidação de uma comunidade mais justa e solidária (KONDER, 2016).

Dessa descentralização do sistema de direito privado nasce o conceito de Direito Civil Constitucional, com a missão de conciliar o Direito Civil aos princípios constitucionais, os quais passaram a ter papel de regra hermenêutica e norma vinculante de comportamento, que incide sobre as relações privadas e tutela seus valores fundamentais, em especial a pessoa humana, colocando-o no cerne do interesse do atual direito.

Nessa perspectiva, a presente monografia tem por escopo analisar os pressupostos teóricos da doutrina do direito civil, vista sob a ótica constitucional, de acordo com o estudo elaborado por Perlingieri e seus seguidores. A razão da escolha desta temática está assentada na atual necessidade de intensificar o debate sobre o fenômeno de constitucionalização das normas que regulam a relação entre particulares.

Um dos objetivos da presente pesquisa consiste em verificar se, através da ótica doutrinária do direito civil-constitucional, consegue-se vislumbrar a preponderância dos direitos sociais sobre a ideia de intangibilidade da autonomia privada, enraizada desde a época do liberalismo clássico.

No Brasil, parte-se da hipótese que a Constituição Federal de 1988, trazendo princípios da dignidade humana e da solidariedade, foi responsável por derrocar as normas de cunho essencialmente patrimonialistas do Direito Civil.

Busca-se, então, responder a seguinte questão: a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, trazendo princípios da dignidade humana e da solidariedade, conseguiu fazer com que as normas do Direito Civil ultrapassassem a barreira patrimonialista, de modo que o indivíduo receba a sua tutela?

Para enfrentar a problemática em questão, será analisado o contexto histórico e o atual contorno doutrinário, legislativo e jurisprudencial do instituto da constitucionalização do Direito Civil. Portanto, a metodologia aplicada versa sobre pesquisa bibliográfica em materiais de documentação indireta, quais sejam, livros, artigos publicados em revistas especializadas, textos publicados na internet, teses, dissertações. O método de abordagem utilizado foi o dedutivo.

O presente trabalho está dividido em três capítulos temáticos, acompanhados de suas respectivas subdivisões.

O primeiro capítulo versa acerca do desenvolvimento histórico e filosófico da relação entre os direitos civil e constitucional, a fim de compreender as transformações sociais, econômicas e políticas que influenciaram sobremaneira a ciência do Direito.

O segundo capítulo retrata sobre a constitucionalização propriamente dita. Este fenômeno fez com que toda a legislação, inclusive, aquelas que regulam as atividades entre particulares, passassem a ser interpretadas de acordo com os princípios e valores elencados pelo legislador constituinte originário. A sobredita explanação tem o intuito de ilustrar os motivos pelos quais os juristas contemporâneos passaram a utilizar os preceitos constitucionais para resolver as questões relacionadas as novidades com que o direito tem de lidar, tais como, a biotecnologia, as novas formas de constituir famílias e a nova concepção de responsabilidade civil.

No terceiro capítulo foram reproduzidos os reflexos positivos e negativos da constitucionalização nas normas de direito privado no ordenamento jurídico brasileiro, buscando, ao final, fazer um juízo de ponderação entre as inúmeras vantagens – como a aproximação dos ideais sociais emanados no texto constitucional - e as desvantagens trazidas pela inovação e pelo risco causado pela fundamentação imoderada das decisões judiciais apenas no princípio da dignidade da pessoa humana.

Ao final constam as conclusões a respeito de tudo o que foi exposto ao longo desta monografia, sendo necessário aduzir que o presente trabalho não tem o condão de esgotar todo o conteúdo da matéria, mas, tão só, destacar os pontos relevantes.

1. DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO E FILOSÓFICO

Para discorrer sobre a constitucionalização do Direito Civil é preciso que se faça um breve apanhado histórico a fim de que nos dê uma pequena noção do desenvolvimento da relação entre os direitos civil e constitucional frente às transformações sociais, econômicas e políticas que influenciaram sobremaneira a ciência do Direito.

Por muitos anos o Direito Civil ocupou isoladamente o espaço destinado às normas que tratam do indivíduo em sua singularidade.

Neste sentido, Paulo Luiz Netto esclarece que:

o direito civil, ao longo de sua história no mundo romano-germânico, sempre foi identificado como o *locus* normativo privilegiado do indivíduo, enquanto tal. Em contraposição à constituição política, era cogitado como constituição do homem comum, máxime após o processo de codificação liberal (LOBO, 2007. p. 21, *apud* SIMÕES, 2013, s/p).

Enquanto o Direito Privado ocupava papel central no ordenamento jurídico,

o âmbito de atuação do Direito Público, nesse sentido, era bastante restrito, mormente porque a doutrina liberal impunha uma atuação omissiva do Estado, que objetivava somente assegurar a igualdade formal. Para tanto, a técnica utilizada nas codificações foi a criação de um sujeito de direito único – por exemplo: o pai, o contratante, o proprietário, etc. (USTÁRROZ, 2007, s/p, *apud* SIMÕES, 2013, s/p).

Não obstante, o direito constitucional sofreu transformações significativas ao longo dos anos, principalmente em razão do fenômeno do constitucionalismo, na medida em que aos poucos foi deixando de ser o ramo do direito exclusivamente de direito público e passou a exercer forte influência sobre as relações interpessoais.

1.1 Constitucionalismo e os Direitos Fundamentais

Segundo Pedro Lenza (2012, p. 56), o constitucionalismo representa uma técnica específica de limitação de poder com fim de inviabilizar que os governantes façam prevalecer suas interesses e regras na condução do Estado.

Além disso, André Ramos Tavares identifica outros sentidos para o constitucionalismo:

[...] numa primeira acepção, emprega-se a referência ao movimento político-social com origens históricas bastante remotas que pretende, em especial, limitar o poder arbitrário. Numa segunda acepção, é identificado com a

imposição de que haja cartas constitucionais escritas. Tem-se utilizado, numa terceira acepção possível, para indicar os propósitos mais latentes e atuais da função e posição das constituições nas diversas sociedades. Numa vertente mais restrita, o constitucionalismo é reduzido à evolução histórico-constitucional de um determinado Estado (TAVARES, 2007, p. 99-128).

Visa, portanto, impedir o autoritarismo para fazer prevalecer os direitos fundamentais. E como o fenômeno do constitucionalismo está intrinsecamente ligado ao surgimento dos direitos fundamentais, é necessário que se realize um breve e prévio estudo sobre o movimento constitucional para entender como surgiram estes direitos fundamentais.

Nos registros históricos relacionados a era da antiguidade clássica pouco se tem sobre o constitucionalismo. Daquela época, merece destaque a legitimidade entre os profetas hebreus para fiscalizar os atos governamentais que extrapolassem os limites bíblicos e as Cidades-Estados gregas, reconhecidas como sendo “... o único exemplo conhecido de sistema político com plena identidade entre governantes e governados, no qual o poder político está igualmente distribuído entre todos os cidadãos ativos” (LOEWENSTEIN, s/d, p. 155 *apud* LENZA, 2012. p. 57).

A Idade Média, por sua vez, teve passagem significativa, sendo, inclusive, defendida por muitos doutrinadores como sendo à época que deixou o grande marco de inauguração do constitucionalismo, em especial, a *Magna Charta Libertatum*, assinada pelo rei João Sem-Terra, em 1.215, na Inglaterra que, dentre outras medidas, estabeleceu, mesmo que formalmente, a proteção a importantes direitos individuais.

Conquanto considerada por muitos como a primeira Constituição da história, Carl Schmitt defende em sua obra que a Magna Carta não pode ser intitulada dessa forma porque não foi direcionada para todos, mas apenas a elite formada por barões feudais (SCHIMTT, 1928 *apud* CAVALCANTE FILHO, s/d, s/p).

Para ele, a primeira Constituição surgiu durante a Idade Moderna, com o *Bill of Rights*, documento elaborado pelo Parlamento da Inglaterra em 1.688/1.689 que declarou os direitos e a liberdade dos súditos, bem como promoveu definitivamente a perda do poder absoluto do Rei.

Na Inglaterra também há de se registrar o *Habeas Corpus Act*, importante instrumento, firmado em 1679 durante o reinado de Carlos II, contra prisões arbitrárias de pessoas acusadas de cometer crime, criando o chamado “direito ao mandado” (*right to the writ*)

As imperfeições deste ato foram sanadas com o *Habeas Corpus Act*, de 1816, ao estender a sua abrangência para proteger pessoas presas por outros motivos diversos da acusação criminal.

Naquela época, também houve o Pacto de *Mayflower*, firmado entre os futuros colonizadores da Terra Nova (Estados Unidos da América), ainda a bordo do navio, no qual se reconheceram vários direitos básicos dos cidadãos.

Sobre essa passagem história, leciona Ferreira Filho:

chegados à América, os peregrinos, mormente puritanos, imbuídos de igualitarismo, não encontrando na nova terra poder estabelecido, fixaram, por mútuo consenso, as regras por que haveriam de governar-se. Firmaram-se, assim, pelos chefes de família a bordo do *Mayflower*, o célebre ‘Compact’ (1620); desse modo se estabeleceram as fundamentais *Orders of Connecticut* (1639), mais tarde confirmadas pelo rei Carlos II, que as incorporou à Carta outorgada em 1662. Transparece aí a ideia de estabelecimento e organização do governo pelos próprios governados, que é outro dos pilares da ideia de Constituição (LENZA, 2012, p. 58).

Percebe-se da leitura acima que o Pacto de *Mayflower* trouxe os primeiros indícios do constitucionalismo na América, juntamente com a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia e Independência das 13 Colônias, em 1776, que passou a garantir aos cidadãos determinadas garantias básicas que posteriormente foram sedimentadas na Constituição americana de 1787, que dentre as inúmeras garantias, merece destaque o *Writ of Habeas Corpus*, reafirmando a herança inglesa no que se refere à importância da liberdade do corpo e do devido processo legal no rol de garantias do cidadão.

Em 1791, foram introduzidos direitos individuais na constituição americana por meio de Dez Emendas (*Bill of Rights, Petition of Rights e The Declaration of Rights*), que tratavam dos direitos individuais fundamentais à liberdade.

A Constituição dos Estados Unidos consolidou algumas barreiras contra o Estado, como a tripartição de poderes e afirmação que todo o poder vem do povo, sendo considerado o primeiro marco do constitucionalismo da Idade Contemporânea. Todavia, a Constituição Francesa de 1791 teve uma importância histórica muito significativa, justamente porque teve como preâmbulo a Declaração Universal do Homem e do Cidadão de 1789 e representou a derrocada final do absolutismo no Estado em que este fenômeno esteve mais presente.

Essas duas constituições tiveram forte influência da doutrina do liberalismo clássico, que serviu de base ideológica às revoluções antiabsolutistas que ocorreram na Europa e durante o processo de independência dos Estados Unidos da América.

Conforme anota Bonavides (2003), os ideais liberais defendiam uma ampla liberdade individual, a democracia representativa com separação e independência entre os poderes, o direito à propriedade e a livre iniciativa.

Segundo esta ideologia, somente a limitação do poder político que pudesse inibir as práticas abusivas romperia com o absolutismo. Surgiu, assim, o constitucionalismo moderno, marcado pela codificação de normas com vista a conter qualquer arbítrio decorrente do poder e garantir aos cidadãos o respeito à lei por parte dos órgãos de governo.

Para o liberalismo somente a “mão invisível” de Adam Smith resultaria no bem-estar coletivo, cabendo ao Estado apenas fazer cumprir os contratos celebrados entre os particulares e defender os poderes e privilégios da propriedade privada, pois, a atividade produtiva seria regulada pelo próprio mercado (HUNT, 1982).

Nesta época o direito se resumia à lei, a qual limitava o executivo a atuar nos seus limites e o judiciário a aplicá-la, sem poder de interpretá-la. Em síntese, cabia aos legisladores prover para o futuro, aos administradores cuidar do presente e aos juízes consertar o passado (SILVA, 2004).

Naquele cenário, o positivismo jurídico excluía da definição de direito toda e qualquer qualificação fundada num juízo de valor que promova a distinção do próprio direito em bom ou mau, justo e injusto (BOBBIO, 2006).

Não obstante, a superveniência de fatores históricos contribuiu para a superação paulatina desta concepção, com destaque para o período pós-guerras, em que ficou marcada pela decadência do positivismo, em razão da constatação das barbáries praticadas pelo regime fascista dentro de um ordenamento jurídico meramente formal, indiferente a valores éticos, que passaram a ser objeto de preocupação dos constituintes responsáveis pelo surgimento de novos direitos na sociedade.

Pois:

[...] desejava-se romper com a tradicional inspiração ideológica das codificações civis em vigor, como o Código de Napoleão na França e o Código Civil alemão (BGB), que tinham como pressupostos ideais de cunho liberal, individualista, voluntarista e patrimonialista, consagrados pela Revolução Francesa e pelas demais revoluções burguesas dos séculos XVIII e XIX. (TEFFÉ, CHEDIEK; 2016. p.190).

Segundo Schreiber (2016), após o fim da Segunda Guerra Mundial, as principais nações europeias passaram a se preocupar com a preservação da democracia, com a solidariedade social e com a tutela da dignidade humana.

O Estado, enquanto Democrático de Direito, precisava garantir o desenvolvimento da pessoa e da proteção de seus direitos, nem que para isso fosse preciso realizar intervenções que impliquem diretamente em uma alteração na situação da comunidade para garantir um bem

maior, tais como a igualdade, a participação popular no processo político e a promoção de condições mínimas de vida para os cidadãos.

A respeito do assunto, Bonavides disserta que:

[...] o sentido peculiar em que envolveu o constitucionalismo moderno, que não segue a rota do individualismo tradicional, favorecido e amparado pela separação clássica, mas envereda pelos caminhos do social, visando não apenas a afiançar ao Homem os seus direitos fundamentais perante o Estado (princípio liberal), mas, sobretudo, a resguardar a participação daquele na formação da vontade deste (princípio democrático), de modo a conduzir o aparelho estatal para uma democracia efetiva, onde os poderes públicos estejam capacitados a proporcionar ao indivíduo soma cada vez mais ampla de favores concretos (BONAVIDES. 2011, p. 65/66).

Daí surge os direitos sociais do Estado, correspondendo a deveres de fazer, aplicando-se aquilo que se entendia por Estado de Direito Liberal. Este novo paradigma busca a prestação jurisdicional renovada, voltada às questões sociais, transindividuais, coletivas ou mesmo ligadas às novas tecnologias.

Nesse sentido:

O surgimento do Estado social promoveu o novo papel do Estado de intervenção na economia, somado ao fortalecimento de sua função de garantia e promoção de direitos fundamentais, ante a constatação da insuficiência da mera proteção legal e da igualdade apenas formal. (MORAES; MAGALHÃES, 2016, p. 142).

A releitura trazida pelos novos textos constitucionais desencadeou um problema axiológico entre as Constituições e as normas de direito privado, pois, enquanto os Códigos Civis buscavam assegurar a ampla liberdade ao indivíduo a salvo de qualquer intervenção, independentemente dos fins desta vontade individual, as Constituições, com fundamento no Estado Social, propôs uma efetiva reconstrução das normas de direito privado, destinada a promover a concretização dos direitos fundamentais, consagrando valores, direitos e garantias fundamentais.

A mudança de valor trazida pelas novas constituições não foi bem recebida de plano pelos juristas da época pelos seguintes motivos:

Por toda a Europa continental, os institutos de direito civil carregavam o prestígio de sua longa tradição histórica, sendo vistos como verdadeiras 'instituições', cuja estabilidade era atribuída ora ao gênio dos juristas romanos, ora a um suposto aperfeiçoamento técnico derivado de uma lenta depuração de seu conteúdo ideológico. O próprio processo de codificação e o

exacerbado positivismo jurídico haviam contribuído para essa aparência de neutralidade e abstração, difundindo a crença de que a dogmática civilista poderia sobreviver intacta às revoluções políticas e às diferentes ideologias. Assim, no confronto entre os novos valores constitucionais e as regras milenares do direito civil, a imensa maioria dos juristas preferia ater-se a estas últimas (SCHREIBER, 2016, p. 4).

Verifica-se, portanto, que a metodologia sugerida foi inicialmente rechaçada pelos operadores do direito da época porque eles entendiam que a proposta de alteração das regras milenares do direito civil poderia causar instabilidade jurídica.

Todavia, a denominada constitucionalização do direito civil surgiu justamente para retirar a rigidez ideológica das codificações civis e reformular seus valores à proposta revolucionária do Estado Social.

Nesse sentido:

O que vem propor, corajosamente, a metodologia civil constitucional é que os institutos de direito civil sejam reformulados à luz dos novos valores constitucionais, abandonando-se o misoneísmo habitual da doutrina civilista em prol de uma efetiva reconstrução do direito privado. É, nesse sentido, uma proposta altamente revolucionária, destinada a promover uma alteração profunda nas bases mais arraigadas do direito civil contemporâneo. (SCHREIBER, Anderson. 2016, p. 5).

Dessa forma, o positivismo jurídico precisou passar por mudanças, para deixar a Constituição de ser apenas uma norma de cunho meramente formal para ser também elemento nuclear de direito material. Trata-se, segundo Luigi Ferrajoli, da mudança de concepção do princípio da legalidade, que passou a ter uma roupagem substancial mediante o rompimento da ideia de que toda a norma validamente posta goza de presunção de justiça (FERRAJOLI, 2001).

Diante de toda essa mudança (de Estado autoritário/absolutista para liberal e de liberal para social), cada vez mais o direito constitucional passou a ter influência sobre as normas de direito privado.

Sob esse prisma, é acertado dizer que as normas de direito privado devem ser estudadas à luz das regras constitucionais, as quais, poderão, inclusive, em muitos casos, ter aplicação direta nas relações privadas, sobretudo às alusivas aos direitos fundamentais.

Por consequência da constitucionalização, as normas do direito civil passaram por forte tendência de descodificação, mediante a ramificação da matéria em vários microssistemas que têm seus fundamentos na Constituição Federal, notadamente a dignidade humana, como, por exemplo, o Código de Defesa do Consumidor, a Lei de Locações, a Lei de Direito Autoral,

o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Estatuto do Idoso, a Lei de Alimentos, a Lei da Separação e do Divórcio e outros.

Nesse sentido, Lôbo explica que:

Desaparecendo essas funções prestantes, os códigos tornaram-se obsoletos e constituem óbices ao desenvolvimento do direito civil. Com efeito, a incompatibilidade do Código Civil com a ideologia constitucionalmente estabelecida não recomenda sua continuidade. A complexidade da vida contemporânea, por outro lado, não condiz com a rigidez de suas regras, sendo exigente de minicodificações multidisciplinares, congregando temas interdependentes que não conseguem estar subordinados ao exclusivo campo do direito civil. São dessa natureza os novos direitos, como o direito do consumidor, o direito do meio ambiente, o direito da criança e do adolescente. A revolução industrial, os movimentos sociais, as ideologias em confronto, a massificação social, a revolução tecnológica, constituíram-se em arenas de exigências de liberdade e igualdades materiais e de emersão de novos direitos, para o que a codificação se apresentou inadequada. (LOBO, 2007. p. 25)

A despeito das inovações advindas no decorrer dos anos, o direito civil ainda possui características liberais, individualistas e patrimonialistas, conceitos estes enraizados na filosofia do século XVIII, o que justifica a necessidade de reconstrução do próprio papel do ordenamento jurídico na realidade contemporânea.

1.2 Do processo de constitucionalização no Brasil

Apesar da reformulação do direito civil nos países europeus ocorrer com a edição das novas Constituições durante o período pós a Segunda Guerra Mundial, com a derrubada dos regimes autoritários, no Brasil, a releitura do direito civil à luz dos princípios fundamentais teve início apenas após a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, em 1988, que deu fim a um longo período de ditadura militar.

A Carta Política de 1988 elencou como valores fundamentais da sociedade brasileira os princípios da dignidade da pessoa humana, a solidariedade social, a redução das desigualdades, a erradicação da pobreza e outros de cunho social e humanista.

Ocorre que, àquela época, vigorava o Código Civil de 1916, que tinha filosofia liberal, individualista e patrimonialista difundida pelas codificações europeias dos séculos XVIII e XIX.

A divergência apresentada entre os preceitos constitucionais e a norma que regulava as relações privadas desencadeou diversos conflitos conceituais. Dentre eles, destaca-se:

No direito de família, por exemplo, a Constituição consagra a igualdade entre homens e mulheres (art. 226, § 5º), enquanto nossa codificação civil continuava a apontar o marido como ‘chefe da sociedade conjugal’ (art. 233). Em outros exemplos marcantes, a Constituição reconhece expressamente a união estável (art. 226, § 3º) e afirma que ‘os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação’ (art. 227, § 6º). Bem ao contrário, o Código Civil de 1916 diferenciava expressamente os filhos ‘legítimos’ dos ‘ilegítimos’ e só reconhecia como família aquela decorrente do vínculo matrimonial, chancelado pelo Estado (arts. 180 e 355).

O direito civil constitucional foi introduzido no Brasil por Maria Celina Bodin de Moraes e Gustavo Tepedino, alunos de Pietro Perlingieri na década de 1980, que foi o criador da teoria¹. Em suas publicações, os juristas propõem justamente a constitucionalização do direito civil a partir da promulgação da Constituição.

Naquele tempo, remodelar o direito civil às normas da Constituição Federal não foi (e continua não sendo) uma tarefa fácil, notadamente em razão do fato de ser uma tese defendida por poucos e resistida por muitos.

Dentre os que defendiam a permanência a centralidade das normas de direito civil prevaleciam os seguintes argumentos:

Alegavam que poderia haver uma possível redução de importância do Direito Civil, o que passaria a ser um apêndice do Direito Constitucional, que as matérias de Direito Civil seriam próprias e insusceptíveis de tratamento pela Constituição, salvo de forma excepcional e supletiva e, ainda, que seria conferido um excesso de poder ao juiz, legitimando-o a invadir a tradicional esfera da autonomia privada e saltar injustificadamente sobre o legislador ordinário. Por fim, questionavam também a durabilidade da atual Constituição, pois, enquanto as instabilidades políticas já haviam levado à promulgação de seis Constituições, o Código Civil de 1916 ainda permanecia em vigor. (TEFFÉ, CHEDIEK, op. cit. p. 195).

Não obstante, a metodologia civil constitucional foi conquistando adeptos com o passar do tempo, e, frente ao fortalecimento dos anseios sociais para promoção de mudança em prol da concretização de valores e fins constitucionais, o Código de 1916 deixou de ser compreendido como o centro do sistema do Direito Privado e, em seguida, acabou não

¹ Esta afirmação foi extraída do texto “A aplicação da metodologia do direito constitucional na realidade jurídica brasileira: Os exemplos do direito de não saber e das famílias simultâneas”, cuja autoria pertence a Chiara Antônia Spadaccini de Teffé e Juliana da Silva Ribeiro Gomes Chediek. Os artigos de referência utilizados pelos autores foram “A caminho de um direito civil constitucional”, de Maria Celina Bodin de Moraes, publicado em 1993 e “Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil”, de Gustavo Tepedino, fruto de aula inaugural proferida em 1992.

resistindo aos desgastes provocados pelas mudanças sociais e tecnológicas, fazendo com que o legislador infraconstitucional editasse um novo Código Civil.

O Código Civil de 2002 buscou atenuar a disparidade existente entre o antigo texto legal e a Constituição.

Todavia, a edição até recente do Código Civil mascara o fato deste diploma ter sido oriundo de projeto originado na década de 1970, mais especificamente, o Projeto de Lei n. 635/1975 que, após décadas de esquecimento, foi utilizado como parâmetro para a elaboração das normas de direito privado utilizadas atualmente.

Nesse sentido, a Folha de São Paulo, em 10 de agosto de 1996, quando o projeto do novo Código Civil ainda tramitava no Congresso, publicou críticas do projeto pelo advogado Rodrigo da Cunha Pereira, que defendia a ideia que este diploma legal estava ultrapassado e, por tal motivo, não seria capaz de abarcar todos os princípios fundamentais advindos pela promulgação da Constituição Federal:

[...] A parte desse projeto relativa à família já nasceu velha. Está na contramão da história.

Tal projeto desconsidera totalmente a possibilidade de outras formas de família. Não trata nem sequer se refere a questões de procriação artificial. Outra aberração desse projeto está também em seu artigo 1.602, que continua distinguindo e nomeando filhos legítimos e ilegítimos, quando o artigo 227, parágrafo 6º, da Constituição já aboliu essas distinções.

A estrutura do livro de família está ultrapassada. Se aprovado tal projeto, da forma como está, ele já nascerá velho e arcaico. Não somente o jurista, mas também o legislador deverão buscar princípios e conceitos que a contemporaneidade já traduziu para a família. Não entender isso é mesmo ficar na contramão da história.

O direito de família é apenas um exemplo do conservadorismo desse projeto. Isso para não falar sobre outros aspectos determinantes em nossa vida lá tratados, como posse e propriedade. Como bem disse o cientista do direito, João Baptista Villela: ‘O projeto, tal como está concebido, é uma ideia do século 19. E pretende reger a sociedade brasileira do século 21...’. (PEREIRA, 1996).

A respeito do assunto, Moraes e Magalhães elucidam que:

[...] a despeito da desconexão cronológica verificada entre a redação do projeto de lei e a aprovação do Código Civil de 2002, muito pouco foi feito com a finalidade de se adequar o texto respectivo aos novos tempos e empregar-lhe uma feição transformadora. Ao revés, verificou-se uma ausência de discussão entre os civilistas acerca do texto do projeto de lei, de modo que o aprovado foi, substancialmente, aquilo foi concebido na longínqua primeira metade da década de 1970. Ou seja, constata-se uma incômoda descontextualização do texto aprovado com os valores ora prevalentes na sociedade, em grande medida distintos, mormente após a promulgação da Constituição de 1988, daqueles prevalentes na sociedade sentista. (MORAES; MAGALHÃES, 2016, p. 151).

Por outro lado, Miguel Reale, membro da comissão responsável pela elaboração do projeto do novo Código Civil, contrapõe as críticas, aduzindo que:

[...] a nova Lei Civil preservou numerosas contribuições valiosas da codificação anterior, só substituindo as disposições que não mais correspondiam aos valores ético-jurídicos da nossa época, operando a necessária passagem de um ordenamento individualista e formalista para outro de cunho socializante e mais aberto à recepção das conquistas da ciência e da jurisprudência. (REALE, s/d, s/p).

Diante deste contexto, é forçoso reconhecer que não obstante o imenso progresso representado pela substituição do Código Civil de 1916 e a despeito de muitas emendas ter sido feitas ao velho projeto a fim de adequá-lo ao texto constitucional de 1988, os ideais liberais, individualistas e patrimonialistas do século XVIII ainda estão previstas nas normas de direito civil.

Portanto, o único caminho seguro para a concretização do projeto de sociedade previsto na Constituição de 1988, com a superação dos dogmas estabelecidos pelo Código Civil, é a contínua e permanente releitura dos valores de direito civil à luz dos princípios constitucionais.

1.3 Fundamentos filosófico-jurídicos

É incontroverso que no decorrer dos anos a Constituição foi ganhando força para influenciar as normas gerais e especiais que regulam as relações entre particulares e isso se deve em razão da observância dos direitos fundamentais.

Mas para falar em efetivação dos direitos fundamentais, é necessário que antes façamos uma breve digressão a respeito dos princípios jurídicos que justificam a exigência lógica do termo, seu conceito, evolução e características mais relevantes.

1.3.1 A dignidade humana como fundamento para formação de um Estado Democrático de Direito

A dignidade humana pode ser compreendida como:

A qualidade essencial que constitui a natureza específica da pessoa, distinguindo-a, portanto, dos demais elementos que compõem a ordem

jurídica e que visualiza o homem como pessoa inserida na comunidade, dotada de valor próprio e indisponível, como ser destinado ao livre desenvolvimento da sua personalidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que protejam a pessoa contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano e que venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para a manutenção de uma vida saudável. (SARLET, s/d, p. 62 *apud* DUQUE, 2014, p. 247).

A definição mais genérica serve para indicar que o que se entende por dignidade varia de acordo com circunstâncias políticas e ideológicas ao longo do tempo e espaço, mas o que permanece imutável é o sentido para o qual ela destina, qual seja: promover a autonomia individual e a democracia constitucional.

A dignidade humana nasceu da filosofia, reconhecida como valor ligado à ideia de bom, justo, virtuoso, o que reflete em outros valores centrais do Direito, como a justiça, segurança e solidariedade. Em outro plano, já no campo da política, a ela passou a ser considerado um dos principais fundamentos dos Estados democráticos, cuja tarefa era exclusiva dos Poderes Legislativo e Executivo. Apenas nas décadas finais do XX que a dignidade se aproxima do Direito, dando-lhe *status* de princípio jurídico.

O uso da dignidade humana para nortear as relações jurídicas ocorreu com o advento da cultura jurídica pós-positivista, marcada pela reaproximação do Direito e a ética, bem como das reflexões de valores morais.

Nesse sentido:

Ao longo do tempo, consolidou-se a convicção de que nos casos difíceis, para os quais não há resposta pré-pronta no direito posto, a construção da solução constitucionalmente adequada precisa recorrer a elementos extrajurídicos, como a filosofia moral e a filosofia política. E, dentre eles, avulta em importância a dignidade humana. Portanto, antes mesmo de ingressar no universo jurídico, positivada em textos normativos ou consagrada pela jurisprudência, a dignidade já desempenhava papel relevante, vista como valor pré e extrajurídico, capaz de influenciar o processo interpretativo. É fora de dúvida, todavia, que sua materialização em documentos constitucionais e internacionais sacramentou o processo de juridicização da dignidade, afastando o argumento de que o Judiciário estaria criando normas sem legitimidade democrática para tanto.

A dignidade humana, então, é um valor fundamental que se viu convertido em princípio jurídico de estatura constitucional, seja por sua positivação em norma expressa, seja por sua aceitação como um mandamento jurídico extraído do sistema. (BARROSO, 2016, p. 961).

A identificação da dignidade humana como um princípio jurídico produz consequências relevantes no ordenamento jurídico, pois a partir deste momento ela passou a ser

critério para valoração de situações e atribuição de pesos em casos que necessitam de ponderação entre mais de um preceito para solução do deslinde, como, por exemplo, a relação entre o mínimo existencial e a reserva do possível.

Na Constituição Federal de 1988, o princípio da dignidade da pessoa humana foi incluído dentre os fundamentos da República Federativa do Brasil constituída em Estado Democrático de Direito.

Isso concretizou a ideia de que o Estado Brasileiro deixou de ser essencialmente patrimonialista para voltar suas atenções ao bem estar e desenvolvimento da pessoa humana, com vista a propiciar as condições materiais mínimas para que as pessoas tenham uma vida digna.

Nesse sentido:

A dignidade da pessoa humana constitui um valor que atrai a realização dos direitos fundamentais do homem, em todas as suas dimensões, e, como a democracia é o único regime político capaz de propiciar a efetividade desses direitos, o que significa dignificar o homem, é ela que se revela como o seu valor supremo, o valor que a dimensiona e humaniza. Com efeito, o legislador constituinte brasileiro conferiu ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana a qualidade de norma embasadora de todo o sistema constitucional, informando as prerrogativas e as garantias fundamentais da cidadania.

Enquanto valor incorporado ao sistema jurídico constitucional, sob a forma de princípio, a dignidade da pessoa humana aponta para uma inversão na prioridade social, econômica, política e jurídica do Estado brasileiro constitucionalmente idealizado. A partir do texto constitucional de 1988 a prioridade do Estado passa a ser o homem, em todas as suas dimensões. Deixa-se de lado uma visão patrimonialista das relações políticas, econômicas e sociais para conceber o Estado como estrutura voltada ao bem estar e desenvolvimento do ser humano. A pessoa humana passa a ser o centro do universo jurídico e a prioridade que justifica o Direito (MATTAR, 2010. s/p).

O princípio da dignidade humana assegura a cada pessoa, de modo permanente, uma existência não apenas física, mas, também, intelectual e moral, visa, portanto, resguardar a subjetividade da pessoa (HOFMANN, s/d, p. 363 *apud* DUQUE, 2014).

Por tal motivo, o preceito tem a importante função de rechaçar toda e qualquer norma jurídica que expresse uma falsa valoração do ser humano e, diante deste *mínus*, é colocado no mais elevado grau da Constituição, porquanto:

[...] a CRFB não inclui a dignidade humana no rol dos direitos e garantias fundamentais (Título II), visto que está guindada à condição de fundamento do Estado democrático de direito. Isso significa que a proteção da dignidade humana traduz um fim supremo de todo o direito, de modo que a sua afirmação como fundamento do Estado lhe conduz ao cume do ordenamento jurídico,

como conceito-chave (*Schlüsselbegriff*) na relação entre a pessoa e o Estado (DUQUE, 2014. p. 237/238).

Assim, a dignidade é o valor supremo no sistema de valores jurídico-constitucional, motivo pelo qual tem de ser respeitada e protegida por todos os poderes estatais, pois a violação da dignidade, por ação ou omissão, constitui afronta ao próprio Estado Democrático de Direito em que se constitui a República brasileira.

As relações privadas, objeto principal da presente monografia, também deixam de ser tuteladas pelo princípio da dignidade humana, pois:

[...] de maneira geral, pode-se afirmar que relações privadas não costumam ou dificilmente violam *diretamente* a dignidade humana. Todavia, frequente é a prática de condutas privadas que violam determinados pressupostos que garantem a dignidade. Trata-se, assim, de uma espécie de violação indireta, cujos resultados se mostram também lesivos, ainda que em proporções diversas. Esse é um dos motivos pelos quais uma fundamentação direta na dignidade humana, independentemente da intermediação do direito civil, dificilmente lograria êxito em permitir sua adequada fruição dos valores da dignidade nas relações privadas (Idem, p. 257).

1.3.2 Direitos fundamentais e a Constituição

Até a segunda metade do século XVIII, as ideias de Constituição e direitos fundamentais são manifestações paralelas, embora direcionada na mesma atmosfera espiritual. Somente com a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, é que foram lançadas as bases para as primeiras Constituições escritas, trazendo a noção de limitação do poder estatal em detrimento da garantia de alguns direitos fundamentais e do princípio da separação dos poderes.

Com isso, os direitos fundamentais passaram a integrar a essência do Estado constitucional, constituindo, neste sentido, não apenas parte da Constituição formal, mas também elemento nuclear da Constituição material, pelo que podemos afirmar que o Estado constitucional determinado pelos direitos fundamentais assumiu feições de Estado ideal, cuja concretização passou a ser tarefa permanente. (SARLET, 2015).

Conclui-se, portanto, sobre a importância dos direitos fundamentais que:

A Constituição (e, neste sentido, o Estado constitucional), na medida em que pressupõe uma atuação juridicamente programada e controlada dos órgãos estatais, constitui condição de existência das liberdades fundamentais, de tal

sorte que os direitos fundamentais somente poderão aspirar à eficácia no âmbito autêntico Estado constitucional.

Os direitos fundamentais, consoante oportunamente averbou Hans-P. Schneider, podem ser considerados, nesse sentido, *conditio sine qua non* do Estado constitucional democrático. (Idem, p. 60).

E, ainda, destaca-se:

No âmbito de um Estado social de Direito – e o consagrado pela nossa evolução constitucional não foge à regra – os direitos fundamentais sociais constituem exigência inarredável do exercício efetivo das liberdades e garantia da igualdade de chances (oportunidades), inerentes à noção de uma democracia e um Estado de Direito de conteúdo não meramente formal, mas sim, guiado pelo valor da justiça material. Cumpre frisar, ainda, que a ideia do reconhecimento de determinadas posições jurídicas sociais fundamentais, como exigência do princípio da dignidade da pessoa humana, decorre, consoante leciona Klaus Stern, da concepção de que ‘homogeneidade social e uma certa medida de segurança social não servem apenas ao indivíduo isolado, mas também à capacidade funcional da democracia considerada na sua integralidade’. (Ibidem, p. 63).

Verifica-se, assim, que os direitos fundamentais constituem condição de existência e medida de legitimidade de um autêntico Estado democrático de Direito, tal como consagrado em nosso texto constitucional em vigência.

1.3.2.1 Conceito de direitos fundamentais

Os direitos fundamentais também são conhecidos por outras denominações, tais como, direitos humanos, direitos subjetivos públicos, direitos do homem, liberdades fundamentais ou liberdades públicas e outros.

A própria Constituição Federal de 1988 traz em seu texto diversas terminologias quanto aos direitos fundamentais, visto que utiliza ao mesmo tempo no texto constitucional as expressões direitos humanos (artigo 4º, inciso II), direitos e garantias fundamentais (Título II e artigo 5º, parágrafo 1º), direitos e liberdades constitucionais (artigo 5º, inciso LXXI) e direitos e garantias individuais (artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV).

A despeito desta variação terminológica, a concepção mais adequada é direitos fundamentais.

Isso porque o termo liberdades públicas se restringe apenas aos direitos de primeira dimensão. Os direitos do homem, por sua vez, são demasiadamente genéricos e indefinidos,

porquanto só existem direitos da pessoa. Já o termo direitos humanos parece mais adequado na esfera internacional.

Quanto à origem, os direitos fundamentais surgiram com a necessidade de proteger o homem do poder estatal, a partir dos ideais advindos do Iluminismo dos séculos XVII e XVIII, mais particularmente com as concepções das constituições escritas.

Sobre o nascimento dos direitos fundamentais, merece destacar que: “[...] surgiram como produto da fusão de várias fontes, desde tradições arraigadas nas diversas civilizações, até a conjugação dos pensamentos filosóficos-jurídicos, das idéias surgidas com o cristianismo e com o direito natural” (MORAES, 1999, p. 178 *apud* LURCONVITE, 2017).

Verifica-se, portanto, que a definição e concretização dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico pátrio decorre de uma lenta e profunda transformação das instituições políticas e das concepções jurídicas.

Hoje, os direitos fundamentais devem ser vistos como a categoria instituída com o objetivo de proteção aos direitos à dignidade, à liberdade, à propriedade e à igualdade de todos os seres humanos. A expressão "fundamental" demonstra que tais direitos são imprescindíveis à condição humana e ao convívio social.

Nesse sentido:

Os direitos fundamentais, como resultado da personalização e positivação constitucional de determinados valores básicos (daí seu conteúdo axiológico), integram, ao lado dos princípios estruturais e organizacionais (a assim denominada parte orgânica ou organizatória da Constituição), a substância propriamente dita, o núcleo substancial, formado pelas decisões fundamentais, da ordem normativa, revelando que mesmo num Estado constitucional democrático se tornam necessárias (necessidade que se fez sentir da forma mais contundente no período que sucedeu à Segunda Grande Guerra) certas vinculações de cunho material para fazer frente aos espectros da ditadura e do totalitarismo (SARLET, 2005, p.70 *apud* LURCONVITE, 2017).

Os direitos fundamentais cumprem a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva, consoante a lição de CANOTILHO (1999, p. 517 *apud* MATTAR, 2010):

[...] constituem, num plano jurídico-objetivo normas de competência para os poderes públicos, proibindo, fundamentalmente, as ingerências destes na esfera jurídico-individual; implicam, num plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).

Para Alexandre de Moraes (MORAES, 2005 *apud* MATTAR, 2010), os direitos fundamentais são direitos e garantias destinados a proteger sua dignidade do homem,

protegendo-o contra o arbítrio do poder estatal, ao mesmo tempo em que oferece condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade.

Já José Afonso da Silva (SILVA, 1999 *apud* MATTAR, 2010) define direitos fundamentais do homem como sendo os princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, além de designar no direito positivo as prerrogativas que concretiza as garantias de uma convivência digna, livre e igual a todas as pessoas.

Marcelo Schenk Duque destaca a importância dos direitos fundamentais como normas e princípios basilares da ordem constitucional, pois:

[...] asseguram aos titulares a possibilidade de serem opostos contra o Poder, em face de quaisquer de suas manifestações de arbítrio ou de ilegalidade. Em um Estado Democrático de Direito, tal como expresso no art. 1.º da CF/1988, de referência à República Federativa do Brasil, é, assim, de entender a posição de inextinguível magnitude reconhecida aos direitos fundamentais, no contexto da ordem jurídica e da ciência do direito. De outra parte, é de compreender a importância do tratamento científico que, na Alemanha e no Brasil, vem sendo dispensado à complexa matéria dos direitos fundamentais. (DUQUE, 2014, p. 14).

De qualquer sorte, a efetivação dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico além de estruturar a construção de um verdadeiro Estado Democrático de Direito, favorece a positivação plena de tais direitos a fim de que qualquer indivíduo possa exigir sua tutela perante o Poder Judiciário.

1.3.3. Evolução segundo a classificação em dimensões

Como cediço, os direitos fundamentais são frutos de uma lenta e profunda transformação das instituições políticas e das concepções jurídicas.

Costuma-se classificar os direitos fundamentais em gerações ou dimensões de direitos, merecendo destacar que a última denominação é a mais acertada, justamente em razão da ideia de que uma nova dimensão não abandona a conquista da fase anterior.

A partir do lema liberdade, igualdade e fraternidade, a Revolução Francesa anunciou os direitos de primeira, segunda e terceira dimensão.

Os direitos fundamentais de primeira dimensão dizem respeito às liberdades individuais porque marcam a passagem de um Estado autoritário para um Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido:

Os direitos de primeira geração ou direitos de liberdades têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado (BONAVIDES, s/d, p. 563/564. *apud* LENZA, 2012, p. 958).

O seu reconhecimento surge com maior evidência nas primeiras constituições escritas e podem ser vistas como fruto do pensamento liberal-burguês do século XVIII.

Já os direitos fundamentais de segunda dimensão eclodiram nos séculos XIX e XX, com destaque para a Revolução Industrial que foi marcada pelos movimentos sociais que buscavam melhores condições de trabalho e normas de assistência social e para a Primeira Guerra Mundial.

Lenza (2012) cita que as Constituições do México, 1917, Weimar, 1919, e a Brasileira de 1934 além do Trabalho de Versalhes, 1919, ficaram marcados pela evidenciação dos direitos sociais, culturais e econômicos, bem como dos direitos coletivos, que de modo geral correspondem aos direitos de igualdade.

Os direitos fundamentais de terceira dimensão, por sua vez, surgiram diante dos novos problemas e preocupações mundiais, como, por exemplo, a preservação do meio ambiente e a proteção dos consumidores, inserindo nos textos constitucionais as ideias de coletividade, solidariedade ou fraternidade.

Trata-se, portanto, de direitos transindividuais que ultrapassam os interesses do indivíduo e passam a se preocupar com a proteção do gênero humano (LENZA, 2012. p. 960).

Por direitos de quarta dimensão, entende ser àquelas normas afetas, por exemplo, a manipulação genética e a mudança de sexo, assim como a globalização política, destacando-se os direitos a democracia direta, informação e pluralismo. Decorrem, pois, da globalização dos direitos fundamentais, universalizando-os no campo institucional (BONAVIDES, s/d, p. 569 *apud* LENZA, 2012. p. 960).

Por fim, os direitos de quinta dimensão reportam à paz, como “axioma da democracia participativa, ou, ainda supremo direito da humana” (Idem).

1.3.4. Características

Na Constituição Federal, os direitos fundamentais são observados no Título II da Constituição de 1988, que os ramificou nos seguintes grupos: Direitos e deveres individuais e coletivos; Direitos sociais; Direitos de nacionalidade; Direitos políticos; Partidos políticos.

Não obstante, a própria Carta Política de 1988, estabelece em seu artigo 5º, parágrafo 2º, que: “*Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte*”.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal também já decidiu no sentido de que os direitos fundamentais não se restringem aos estabelecidos em apenas um espaço do texto constitucional, porquanto podem ser vistos também em outros dispositivos nos quais se verifique características próprias dos direitos fundamentais, a seguir transcritos.

1.3.4.1 Historicidade

Os direitos fundamentais é fruto de uma construção histórica que foi ganhando amplitude e adeptos após diversas revoluções. Na época da Revolução Francesa, por exemplo, os direitos fundamentais se resumiam à liberdade, igualdade e fraternidade, conceito este que foi ampliando no passar dos anos, tal como a igualdade entre os sexos é reconhecida no Brasil.

Nessa senda, Norberto Bobbio afirma que:

os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.
[...] o que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas (BOBBIO, 1992, p.5/19 *apud* DIÓGENES JUNIOR, 2017, s/p).

1.3.4.2. Vedação ao retrocesso

Os direitos fundamentais não podem ser objeto de retrocesso, ou seja, uma vez estabelecidos, não será mais possível limitar ou diminuir sua abrangência.

Isso impede a revogação de normas garantidoras de direitos fundamentais e a implementação de políticas públicas de enfraquecimento de direitos fundamentais.

Podemos citar como exemplo jurídico de concretização deste comando, o art. 4º, inciso 3 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que veda o restabelecimento da pena de morte.

Nesse sentido:

a idéia aqui expressa também tem sido designada como proibição de contra-revolução social ou da evolução reacionária. Com isto quer dizer-se que os direitos sociais e econômicos (ex: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjectivo. (...) O princípio da proibição do retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efectivado através de medidas legislativas (...) deve considerar-se constitucionalmente garantido sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática numa 'anulação' pura e simples desse núcleo essencial. A liberdade de conformação do legislador e inerente auto-reversibilidade têm como limite o núcleo essencial já realizado. (CANOTILHO, 1998, s/p, apud DIÓGENES JUNIOR, 2017).

Alguns constitucionalistas brasileiros também retratam a importância desta característica para a formação dos direitos fundamentais, como é o caso de Barroso:

apesar de o princípio do não-retrocesso social não estar explícito, assim como o direito de resistência e o princípio da dignidade da pessoa humana (para alguns, questão controvertida), tem plena aplicabilidade, uma vez que é decorrente do sistema jurídico-constitucional, entende-se que se uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser absolutamente suprimido. (BARROSO, 2001, p. 158, *apud* DIÓGENES JUNIOR, 2017, s/p.).

De igual maneira, a mais alta Corte de Justiça do país também sedimentou raciocínio no sentido de que a vedação ao retrocesso, embora não esteja explícito no texto constitucional, integra o rol das normas fundamentais. Vejamos:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DANOS MORAIS DECORRENTES DE ATRASO OCORRIDO EM VOO INTERNACIONAL. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. NÃO CONHECIMENTO. 1. O princípio da defesa do consumidor se aplica a todo o capítulo constitucional da atividade econômica. 2. Afastam-se as normas especiais do Código Brasileiro da Aeronáutica e da Convenção de Varsóvia quando implicarem retrocesso social ou vilipêndio aos direitos assegurados pelo Código de Defesa do Consumidor. 3. Não cabe discutir, na instância

extraordinária, sobre a correta aplicação do Código de Defesa do Consumidor ou sobre a incidência, no caso concreto, de específicas normas de consumo veiculadas em legislação especial sobre o transporte aéreo internacional. Ofensa indireta à Constituição de República. 4. Recurso não conhecido. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 351750/RJ. Relator: Ministro Marco Aurélio. Relator p/ Acórdão: Ministro Carlos Brito. Brasília, 17 de março de 2009).

1.3.4.3 Universalidade

Esta característica foi reconhecida na ocasião da Declaração de Viena, durante a Conferência Mundial dos Direitos Humanos, em 1993, e tem por finalidade firmar a ideia que os direitos fundamentais destinam-se a todos os seres humanos, indistintamente.

Contudo, a doutrina ressalta que a ideologia não é tão recente quanto parece ser, pois:

a ideia de se estabelecer por escrito um rol de direitos em favor de indivíduos, de direitos que seriam superiores ao próprio poder que os concedeu ou reconheceu não é nova. Os forais, as cartas de franquia continham enumeração de direitos com esse caráter já na idade média [...] (FERREIRA FILHO, 1999).

Por universalidade, entende-se que todas as pessoas são titulares de direitos e deveres fundamentais. O que não implica dizer que não possa haver diferenças a serem consideradas, sendo necessário aduzir, inclusive, que nem todos os direitos fundamentais detêm esta característica. Nesse sentido:

Não é impróprio afirmar que todas as pessoas são titulares de direitos fundamentais e que a qualidade de ser humano constitui condição suficiente para a titularidade de tantos desses direitos. Alguns direitos fundamentais específicos, porém, não se ligam a toda e qualquer pessoa. Na lista brasileira dos direitos fundamentais, há direitos de todos os homens – como o direito à vida – mas há também posições que não interessam a todos os indivíduos, referindo-se apenas a alguns – aos trabalhadores, por exemplo. (MENDES, 2008. p. 240, apud DIOGENES JUNIOR, 2017, s/p.).

1.3.4.4 Relatividade

Os direitos fundamentais não são absolutos, portanto, está suscetível a conflitos de interesses. Nesses casos, a Constituição não discriminará a solução, devendo cada situação ser

analisada dentro da sua particularidade pelo intérprete ou magistrado, mediante a máxima observância dos direitos fundamentais.

Ademais, os direitos fundamentais são relativos justamente porque não podem ser usados para legitimar a prática de ilícitos, por exemplo.

A respeito do assunto, Paulo Gustavo Gonet esclarece que:

[...] os direitos fundamentais podem ser objeto de limitações, não sendo, pois, absolutos. [...] Até o elementar direito à vida tem limitação explícita no inciso XLVII, a, do art. 5º, em que se contempla a pena de morte em caso de guerra formalmente declarada. (BRANCO 2007, p.230/231, *apud* DIÓGENES JUNIOR, 2017).

Não obstante, é importante ressaltar que a restrição dos direitos fundamentais não se aplica de maneira irrestrita, porquanto a limitação não se aplica além do estritamente necessário.

A limitação só é admitida quando compatível com os ditames constitucionais e quando respeitados os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Nessa ordem de ideia, o Supremo Tribunal Federal decidiu que:

OS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS NÃO TÊM CARÁTER ABSOLUTO.

Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio da convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estão sujeitas - e considerado o substrato ético que as informa - permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem público ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 23452. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 16 de setembro de 1999).

1.3.4.5 Imprescritibilidade, inalienabilidade e irrenunciabilidade

A prescrição é um instituto jurídico que somente atinge os direitos de caráter patrimonial, porquanto não podem ser aplicadas nos direitos personalíssimos, ainda que não

individualistas. Isso porque por serem exercíveis e exercidos, não terão a intercorrência temporal que acarrete a perda de sua exigibilidade pela prescrição.

Os direitos fundamentais também não podem ser vendidos, doados ou emprestados.

Além disso, cabe mencionar que os direitos fundamentais, via de regra, são indisponíveis, haja vista que estas normas importam não apenas ao próprio titular, mas a toda a coletividade. As exceções se aplicam aos direitos de intimidade e privacidade.

2 DO FENÔMENO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO PROPRIAMENTE DITO

2.1 Despatrimonialização do Direito Civil

A inserção dos princípios e normas jurídicas fundamentais de direito civil na Constituição Federal de 1988 desencadeou no fenômeno denominado pela doutrina por constitucionalização do direito civil, que pode ser vista como o processo de libertação e superação de certos rigores metodológicos tradicionais para dar lugar a novos métodos que atendam aos anseios da nova Constituição.

Este método, difundido pelo jurista, político e professor italiano Pietro Perlingieri, propaga que a colocação de valores não patrimoniais na posição central do ordenamento jurídico pátrio foi capaz de remodelar o próprio conteúdo do direito civil, uma vez que transforma o arcaico direito civil clássico em um instrumento de emancipação e de transformação social, com vista à consolidação de uma comunidade mais justa e solidária (KONDER, 2016).

No cenário mundial, o período pós-guerra foi o marco de mudança nas estruturas sociais, econômicas e políticas. Dentre as modificações, o ordenamento jurídico retirou o foco da propriedade e a transferiu para o ser humano.

Sobre o assunto, valiosa a seguinte lição:

A pessoa passa a ser o ponto central do ordenamento civilista, e em torno dela é que gravitam os demais direitos, como meios de se alcançara plenitude do desenvolvimento humano. O direito e os direitos nada valem se não estiverem a serviço do ser humano e, por isso, passam a estar desfocados da visão míope do absolutismo patrimonial, para enquadrarem-se em um foco de relatividade, onde os interesses individuais não podem ser sobrepor aos interesses coletivos, nem tampouco os bens sobrepor-se ao ser humano.

O ordenamento jurídico pôs em marcha ‘uma opção, que, lentamente, se vai concretizando, entre personalismo (superação do individualismo) e patrimonialismo (superação da patrimonialidade fim a si mesma, do produtivismo, antes, e do consumismo, depois, como valores) (PERLINGIERI, Pietro. 1999, p. 369 *apud* BRANDELLI, s/d, s/p.).

Assim, o direito no âmbito obrigacional-contratual, que antes se pautava na autonomia de vontade e na ideia de intangibilidade da avença, sofreu importantes modificações que limitaram estas liberdades antes consideradas intocáveis. A esse respeito, destaca-se:

A livre determinação do conteúdo do regulamento contratual encontra-se condicionada à observância das regras e dos princípios constitucionais, o que significa, no quadro de valores apresentado pela Constituição brasileira, conceber o contrato como um instrumento a serviço da pessoa, sua dignidade e desenvolvimento. (NEGREIROS Teresa. 2002, p.107).

No Brasil, os institutos jurídicos de direito civil, outrora conhecidos como meros instrumentos de manifestação de vontade entre particulares, tiveram, com o advento da Constituição Federal de 1988, seus ideais redirecionados à realização dos valores constitucionais, sobretudo a dignidade da pessoa humana e a funcionalização das normas entre particulares à realização de valores sociais.

É interessante salientar que este processo não constitui uma intervenção do Estado nas relações privadas nem se confunde com a denominada “publicização” do direito privado, pois “o fato de haver mais ou menos normas cogentes não elimina a natureza originária da relação jurídica privada” (LÔBO, 1999, p. 1-12, *apud* JUSTO, 2014, p. 166).

O movimento de centralidade do valor da pessoa humana no ordenamento também desencadeou o fenômeno conhecido por despatrimonialização do direito civil. Isso porque esta nova perspectiva sobre as normas jurídicas de direito civil superou a visão tradicional de que os poderes dos privados são potencialmente ilimitados, em prol da garantia da função social.

Segundo Perlingieri, o processo de despatrimonialização do direito civil coloca o homem no centro da relação jurídica, o que implica em dizer que os institutos de natureza patrimonial existem à satisfação de interesses existenciais priorizados pelo texto constitucional (KONDER, 2016).

Nesse sentido:

[...] o ordenamento jurídico conforma a função de cada situação subjetiva em sentido social. Contrato, empresa e propriedade têm função social, pois o interesse é reconhecido e protegido para realizar uma função individual-social. Isso porque o ordenamento só reconhece a fruição de um bem (crédito, coisa etc.) se essa fruição realizar escopos sociais e for útil, ainda que indiretamente, à coletividade’. Nesse sentido, destaca-se a necessidade de que o exercício de direitos, de conteúdo patrimonial, atenda a uma finalidade maior que a simples vontade individual.

Decerto, a Constituição da República trouxe como fundamento basilar o princípio da dignidade da pessoa humana, o que impõe uma releitura de todos os institutos tradicionais de direito civil, de forma a adequá-los à nova diretriz humanista constitucional. Ao reler o direito civil à luz da Constituição, pretende-se privilegiar os valores não patrimoniais, como o desenvolvimento da personalidade humana, os direitos sociais e a justiça distributiva, para cujo atendimento deve ser voltar a iniciativa econômica privada, nas situações jurídicas patrimoniais. (SANTOS; MENDES, 2016. p. 103).

Portanto, a constitucionalização do direito civil não pretende segregar as situações patrimoniais das existenciais. Visa, apenas, que a pessoa passe a ser valorizada pela sua condição humana, em detrimento da antiga perspectiva do direito privado, que se interessava pelo sujeito de direito apenas sob o prisma patrimonial.

Isso significa dizer que:

O *ter* deixa, assim, de ser um valor em si mesmo para se tornar mero instrumento de realização do *ser*. A atividade econômica passa a estar subordinada ao atendimento de valores não econômicos, como a solidariedade social, a igualdade substancial e a dignidade da pessoa humana. (SCHREIBER, 2016, p. 19).

Para Perlingieri, a ordem social pode ser analisada sob estes dois perfis:

[...] o *ter*, que pertence à estrutura econômica e produtiva, ao aspecto patrimonial e mercantil da organização social; o *ser*, que resguarda o aspecto existencial da pessoa com seus direitos e deveres. A primeira categoria inclui a problemática da propriedade, da iniciativa econômica privada e da empresa e, em parte, do trabalho como elemento da produção; a outra, a problemática dos direitos fundamentais da pessoa: direito ao trabalho, à educação, a uma vida livre e digna, à igualdade substancial frente aos outros cidadãos, ao respeito da própria dignidade. (PERLINGIERI, 2008, p. 121 *apud* CASTRO; SOUSA, 2016, p. 163).

Não raro os casos de conflitos entre estes dois perfis e “a resposta dos ordenamentos ao contraste entre as duas categorias tem privilegiado, nas diversas épocas históricas, ora a modalidade do *ter*, ora aquela do *ser*” (Idem, p. 164).

Nada obstante, atualmente, diante do reconhecimento da dignidade humana como fundamento da República, reconhece-se a prevalência das situações existenciais sobre as patrimoniais.

Entretanto, a valorização das situações existenciais não implica na marginalização, exclusão ou redução do espaço dedicado às situações patrimoniais. Nesse diapasão:

Com isso não se projeto a expulsão ou redução quantitativa do conteúdo patrimonial do sistema jurídico e civilístico em especial: o momento econômico, como aspecto da realidade social organizada, não pode ser eliminado. A divergência, certamente não de natureza técnica. Concerne à valoração quantitativa do momento econômico e à disponibilidade de encontrar, na exigência de tutela do homem, um aspecto idôneo para lhe atribuir uma justificativa institucional de suporte ao livre desenvolvimento da pessoa. (Idem, p. 161).

Dessa feita, a personalização e constitucionalização do direito civil coloca o princípio da dignidade da pessoa humana como valor máximo do ordenamento, o qual tem o condão de proporcionar e assegurar o pleno desenvolvimento da personalidade humana, em toda a sua plenitude.

Ocorre que, segundo o entendimento ordinariamente firmado a respeito da matéria, conquanto o direito civil tenha migrado seu escopo central para a pessoa, a propriedade não perdeu sua importância e nem é facilmente superável por outros interesses jurídicos.

Ao contrário, atribuiu maior impor importância ao direito de propriedade, incumbindo-lhe do ônus de servir aos interesses do ser humano e ao seu desenvolvimento, em detrimento do papel que exercia outrora, “do direito como um fim em si mesmo, que muitas vezes o tornava despido de significado maior, e facilmente atropelado por interesses diversos (BRANDELLI, op. cit).

Em verdade, a centralidade do homem no ordenamento jurídico não é uma ideia absoluta, nem um princípio incontestado, pois, o homem não pode ser o único ponto de referência da lei, já que isso poderia gerar um individualismo exacerbado ou uma desconsideração prejudicial de outros bens, também tutelados pela Constituição Federal.

Segundo Brandelli (Idem), absolutizar o princípio da dignidade humana teria a nefasta consequência de retorno ao individualismo e abandono do bem estar coletivo, passando-se, eventualmente, a privilegiar novamente os grupos sociais economicamente mais fortes.

Portanto:

A utópica supressão, ou mesmo o desrespeito aos institutos patrimoniais de direito privado seria contrária ao princípio da dignidade da pessoa humana, por causar mazelas econômicas e sociais incomensuráveis, ao contrário do que possa parecer num primeiro momento, embora a alteração de tais institutos a fim de adequá-los aos novos valores do ordenamento, seja algo juridicamente natural. O desrespeito aos institutos patrimoniais concebidos no ordenamento jurídico traria insegurança jurídica em nível intolerável, e com ela tranquilidade e conflito social, além de minar a produção e circulação de riquezas, vital para o sustento do desenvolvimento de um Estado capitalista, haja vista que o próprio trabalho humano ancora-se na ideia de propriedade. Tudo isto teria a inegável consequência de afastar o direito da concreção do princípio da dignidade humana, o qual, seguramente, para ser implementado, necessita de segurança jurídica, de paz social que permita o patrimônio material mínimo às pessoas, garantindo-lhes bem-estar material. (Ibidem).

Verifica-se, assim, que diante da nova visão jurídica do direito civil, a dignidade da pessoa humana passou a ser vista como o princípio do mais alto grau de importância. Via de consequência, o direito de propriedade e os demais atinentes às relações privadas passaram a reconhecer sua relevância para o desenvolvimento do ser humano, para o seu desenvolvimento. Pois, é a efetivação deste brocardo que possibilita a pessoa de trabalhar, produzir riquezas, ter relações sadias em sociedade e em família, ou seja, ter fins econômicos e sociais.

Não se pode olvidar que o homem, por ser um ser social, exerce seus direitos que deve gerar um bem estar coletivo. Daí é que surgem os direitos difusos a serem observados pelo direito da propriedade e afins, que exercerão suas atividades dentro dos valores eleitos pela sociedade.

Nesse sentir, vale destacar que o próprio direito de propriedade é uma das formas de concretização da dignidade, consoante previsão constante no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal, no sentido de garantia das condições materiais mínimas de vida, bem como do direito de propriedade em geral, quando não confrontar as situações não proprietárias de interesse coletivo.

Dessa feita, as relações obrigacionais, com advento do fenômeno de constitucionalização das normas de direito privado, ficaram subordinadas às diretrizes da justiça, solidariedade, proteção às partes, igualdade social, diferentemente da concepção tradicional, em que o foco da normativa se restringia ao inadimplemento e seus resultados intrapartes. Agora, dá-se atenção, também, às consequências extrapartes.

A aplicação de princípios constitucionais nas relações civis, como, por exemplo, a dignidade humana, não serve só para atender a finalidade almejada não pelas partes da relação jurídica, mas também para atingir interesses comuns e gerais, derivando daí princípios como o da Função Social do Contrato e o Dirigismo Contratual.

Desta forma, a norma constitucional deverá ser utilizada para solucionar da maneira mais adequada os conflitos sociais, seja por meio da aplicação combinada com a legislação ordinária, cláusulas gerais ou os princípios gerais do Direito, seja por meio de sua aplicação direta, sem a intermediação de qualquer diploma infraconstitucional.

2.1.1. Despatrimonialização ou personalização?

Como se verificou no subcapítulo anterior, a constitucionalização do direito privado faz surgir outro fenômeno: a despatrimonialização ou a personalização do direito privado.

A doutrina diverge quanto à nomenclatura correta. Por despatrimonialização, entende-se que houve uma diminuição do absolutismo patrimonial. Quando ocorre a exaltação do ser humano, do princípio da dignidade da pessoa humana, entende-se que o que existe é a personalização.

A despeito da divergência apresentada, acredita-se que a denominação mais acertada é a personalização, pois, a constitucionalização das normas de direito privado traduz-se na influência dos valores máximos do direito constitucional ao direito privado, ou seja, na exaltação do objeto primordial da proteção constitucional: o homem.

Elevando-se a proteção dada ao ser humano, a balança que mensura a importância do homem e da propriedade, passa a pender para o lado do primeiro. Isso significa que a exaltação do ser humano ultrapassa a importância anteriormente dada ao absolutismo patrimonial. Logo, a despatrimonialização é consequência da personalização.

A despatrimonialização, consequência da personalização, manifesta-se sob dois prismas fundamentais, a saber: a) na subordinação institucional dos mecanismos patrimoniais perante a pessoa humana, visto que estas instituições são meios para o desenvolvimento de qualquer sociedade mediantemente evoluída; b) na atuação do personalismo como fator de correção dos desvios da ótica estritamente econômica (PASTRE, 2017, s/p.).

De acordo com estas diretrizes, na interpretação do direito privado deve prevalecer a exaltação do ser humano, com a promoção da dignidade da pessoa humana, pois “a propriedade e a livre iniciativa são princípios-meios, e desta forma devem estar balizados no reconhecimento do valor da pessoa humana como fim.” (ALDAZ, 1991, p. 128, *apud* PASTRE, op. cit.).

Desta forma, chega-se à conclusão que a denominação mais adequada do fenômeno da constitucionalização é a personalização do direito privado, visto que a interpretação conforme a dignidade da pessoa atribui uma roupagem humanística às relações privadas.

2.1.2 A ramificação das normas jurídicas em microsistemas e o diálogo das fontes

O ordenamento jurídico possui diversas normas derivadas de diferentes fontes normas. Essa multiplicidade de fontes de origens diferentes é que dificulta a harmonização dos regramentos, dentro de um sistema uno.

Para garantir um sistema jurídico unitário é necessário que exista uma norma fundamental, que terá o fundamento de validade de todas as normas pertencentes a norma jurídica, pois, “sem a norma fundamental, ou de maneira mais abrangente, sem o elemento atributivo de unidade ao sistema, as normas jurídicas seriam apenas um amontoado, não um ordenamento” (SOARES; MATIELI; DUARTE, 2016. p. 74).

Daí reside o papel central e unificador da Constituição, como norma fundamental, hierarquicamente superior dos seus valores axiológicos como solução para a adequação normativa de todo o complexo normativo.

O fortalecimento dos direitos fundamentais e a promoção do Estado Social e de Direito também contribuiu de maneira significativa para a perda de centralidade do Código Civil, antes

soberano na regulação das relações privadas e que foi mitigado com o advento da proliferação de inúmeras leis especiais.

A setorização dos textos legislativos tem por escopo realizar a quebra da complexidade das normas jurídicas. Porém, isso pode fazer com que o operador do direito perca a noção global e sistêmica das normas de direito privado, tornando-se, apenas, um *expert* em ramos específicos as quais se aplicam as leis especiais.

Dessa forma:

[...] a noção de microssistema autônomo fragmenta a lógica unitária, na medida em que propõe interpretação e aplicação de normas ordinárias sem a verificação do seu merecimento de tutela frente à Constituição, vale dizer, perdendo-se de vista a necessária incidência direta da norma fundamental.
[...] a teoria dos microssistemas, muito embora tenha tido a percepção de perda da centralidade do Código Civil como centro gravitacional do direito privado, traz diversas outras inconsistências que vão de encontro à metodologia do direito civil constitucional. São as ditas incongruências: o desconhecimento da noção de superioridade hierárquica da Constituição; a desconsideração da unidade sistemática decorrente desta superioridade; e, por fim, a propositura de um método interpretativo não condizente com tais premissas. (Idem. p. 72-78).

A Constituição não pode ser vista como um mero conjunto de normas programáticas – premissa da qual parte o entendimento da teoria dos microssistemas -, mas, ao revés, possui plena eficácia normativa, incidente em qualquer relação jurídica (Ibidem) e, em virtude da centralidade da Constituição, deve o jurista concretizar mais satisfatoriamente os mandamentos constitucionais.

Nesse cenário, o intérprete deve analisar a norma aplicada ao caso concreto na totalidade do ordenamento, como forma de garantir a unidade do sistema e os valores constitucionalmente tutelados pelo ápice normativo do sistema jurídico, ao contrário do que propõe a teoria do microssistema.

O que se propõe, portanto, é promover a unidade e a complexidade do ordenamento jurídico mediante a releitura das normas jurídicas atinentes ao Direito Civil à luz dos valores da Constituição, não sendo possível blindar a incidência dos princípios em nenhuma legislação infraconstitucional.

Esta aplicação simultânea, coerente e coordenada das mais diversas legislações é conhecida pela doutrina como diálogo das fontes. A teoria foi desenvolvida por Natalino Irti, em sua obra *L'età della decodificazione*. Para o doutrinador, o Código Civil passou a ter caráter residual frente às legislações especiais e a Constituição exerce o papel de centro garantidor de todo o sistema do ordenamento jurídico.

Este termo também foi citado pelo professor Erik Jayme, visando conferir tutela privilegiada aos direitos humanos. Segundo ele, diálogo das fontes significa:

Que decisões de casos da vida complexos são hoje o somar, o aplicar conjuntamente, de várias fontes (Constituição, Direitos Humanos, direito supranacional e direito nacional). Hoje não mais existe uma fixa determinação de ordem entre as fontes, mas urna cumulação destas, um aplicar lado a lado. Os direitos humanos são direitos fundamentais, mas somente às vezes é possível deles retirar efeitos jurídicos preciosos. (JAYME, Erik. 2000, p. 292, *apud* TERRA, Aline de Miranda Valverde. 2016. p. 62).

No direito brasileiro, a teoria foi introduzida pela jurista Claudia Lima Marques, com vista a fazer prevalecer a solução mais favorável à parte mais fraca da relação jurídica, com fulcro no princípio da dignidade humana.

A partir daí, as legislações especiais, como o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), o Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), o Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/03) e o Estatuto do Torcedor (Lei nº 10.671/03), enquanto lei especial, deverão dialogar com o Código Civil de 2002.

Não obstante, a metodologia do direito civil constitucional, por exigir que o aplicador do direito, no momento de individualizar a normativa aplicável ao caso concreto, volte os olhos para o centro do ordenamento, isto é, a Constituição, retira a utilidade da teoria do diálogo das fontes, que se limita à comunicação entre as normas infraconstitucionais como forma de solução de litígios e supressão de lacunas.

Dessa feita, a aplicação teoria do diálogo das fontes é desnecessária quando a solução encontrada para resolução do deslinde pode ser buscada diretamente na Constituição Federal, que garante as soluções mais adequadas para o caso concreto, sobretudo os casos em que se aplica a devida observância do princípio da dignidade da pessoa humana e de outros preceitos e valores constitucionais.

2.2 Principais inovações

As profundas transformações ocorridas na constitucionalização dos direitos civis em face da pessoa humana impuseram, como se vê, a releitura da própria função do diploma civil. O foco patrimonialista foi substituído pelas questões relacionadas aos direitos de personalidade.

O impacto desta mudança de perspectiva pode ser vista nas mais variadas ocasiões abarcadas pelo direito civil.

2.1.1 Direito fundamental à imagem

O estudo dos direitos da personalidade e seus reflexos nas relações privadas passaram a ser explorado com mais afinco no período contemporâneo, em virtude da multiplicação exponencial dos canais de comunicação responsáveis por gerar a superexposição dos indivíduos, impulsionadas pela propagação e facilitação de acesso a inúmeras redes de relacionamento, como o Facebook, Twitter, Snapchat e outros canais de entretenimento.

Esta nova realidade das mídias sociais justifica a análise mais aprofundada acerca da proteção de imagem à pessoa e, por consequência, da honra, dos direitos autorais, da respeitabilidade da pessoa e de todos os outros a ela interligada, consoante previsto no artigo 20, caput, do Código Civil:

Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais. (BRASIL, Lei 10.406/2002).

A proteção ao direito à imagem não está estabelecida só no Código Civil, mas também em três incisos do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, a saber: O inciso V assegura o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; o inciso X tutela a inviolabilidade do direito à imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação e; por fim, o inciso XXXVIII, alínea *a*, protege a reprodução da imagem e voz das pessoas.

Embora mencionado em três dispositivos, não há na Constituição nenhum dispositivo propriamente conceitual no tocante ao direito de imagem. Isso ocorre porque o legislador constituinte originário não quis restringir a proteção deste elemento integrante da personalidade humana, para fins de proteção e enquadramento como direito fundamental.

No entanto, para fins didáticos, o jurista André Ramos Tavares dimensiona este direito em duas concepções distintas, quais sejam: imagem-retrato e imagem-atributo.

Segundo o doutrinador:

A equiparação pura e simples da imagem à retratação ou reprodução física, em síntese, diz respeito à *imagem-retrato*, uma das dimensões de tutela que não esgota o escopo protetivo.

Neste âmbito protetivo há inclusão do corpo físico ou de partes do corpo da pessoa, desde que identificáveis, que venham a ser utilizados, reproduzidos ou contemplados nos mais diversos meios e suportes: papel (fotografia, desenho), tela (pinturas), massas (esculturas, máscaras), reprodução humana (interpretação teatral).

[...]

A *imagem-atributo*, dimensão específica do direito fundamental à imagem, parte de uma premissa valorativa, ultrapassando, neste sentido, o mero aspecto fisionômico ou visual de uma dada pessoa, seja ela física ou jurídica.

[...]

A imagem-atributo, com efeito, *encerra proteção aos qualificativos* que acompanham a expressão externa (social, familiar etc.) de seu titular. Em outras palavras, compreende a reputação e o prestígio de uma dada pessoa – proteção material -, quando referidas a determinada imagem, e que são atributos responsáveis por diferenciar a pessoa em relação às demais. (TAVARES, 2014. p. 890/899).

Além da dimensão conceitual, é necessário aduzir que o direito à imagem apresenta um valor patrimonial, seja em razão do valor agregado à imagem propriamente dita, seja em virtude do caráter indenizatório que pode configurar-se diante de lesão material, moral e estético.

Enquanto valor, a imagem pode ser reproduzida para fins comerciais, com a transferência do gozo das implicações econômicas desta exploração para terceiros. A própria Lei de Propriedade Industrial (Brasil, 1996) admite o registro da imagem como marca, inclusive, da pessoa falecida, desde que com o consentimento dos herdeiros ou sucessores.

Todavia, a concepção patrimonial do direito à imagem não convalida violações múltiplas de outros direitos conexos. Ao revés, impõe punição mediante o pagamento de indenização aos casos de ato ofensivo à inviolabilidade de domicílio, à intimidade, à imagem-retrato, à imagem-atributo e à honra (Idem).

Em verdade, estas indenizações visam a reparar os danos causados à reputação ou a projeção valorativa de uma determinada pessoa, dentre as quais se enquadram os danos internos, como a honra e a intimidade, ou, externos, como os casos de dano estético.

De qualquer forma, o que se pretende demonstrar é que com a propagação da sociedade da informação não faltarão situações em que os dispositivos constitucionais e legais pertinentes ao direito à imagem sejam aplicados de acordo com as diretrizes da Constituição.

2.1.2. O princípio da dignidade humana no direito comparado e suas implicações no direito brasileiro

Nas últimas décadas, a dignidade humana passou a ser um dos maiores consensos éticos do mundo ocidental. Hoje, ela é mencionada em inúmeros documentos internacionais, Constituições, leis e decisões judiciais.

Mas antes mesmo de ser positivada em textos normativos, a dignidade humana já desempenhava já possuía valor pré e extrajurídico, capazes de influenciar o processo interpretativo das normas já postas à época.

Portanto:

A dignidade humana, então, é um valor fundamental que se viu convertido em princípio jurídico de estatura constitucional, seja por sua positivação em norma expressa, seja por sua aceitação como um mandamento jurídico extraído do sistema. Serve, assim, tanto como justificção moral quanto como fundamento normativo para os direitos fundamentais. (BARROSO, 2014. p. 961).

Sem embargo, a dignidade humana foi ganhando força ao longo do tempo, na medida em que as Cortes Internacionais foram se deparando com casos inéditos e de difícil solução, dando ensejo à construção de ideias mediante o recurso de elementos extrajurídicos, dentre eles, a dignidade humana.

O primeiro caso emblemático digno de citação é o famoso concurso conhecido como “arremesso de anão”, consistente em transformar um indivíduo com nanismo em projétil a ser arremessado pela plateia de um ponto a outro de uma conhecida casa noturna francesa, sagrando-se vencedor aquele que atirar a pessoa à maior distância possível.

Neste caso, o evento foi interdito pelo Prefeito da cidade francesa, sob o fundamento de que pretendia garantir a boa ordem, a tranquilidade ou a salubridade pública.

Embora a decisão tenha sido reformada em primeira instância, o Conselho de Estado francês, em outubro de 1995, declarou que o “respeito à dignidade é um dos componentes da noção de ordem pública e que, por tal razão, a autoridade investida do poder de polícia municipal, pode interditar um espetáculo atentatório à dignidade da pessoa humana”. (CASSIUS, 2013).

A deliberação trouxe aspectos inovadores. Uma delas foi ampliar a base jurídica em que tradicionalmente se buscava fundamentar as ações do poder de polícia do Estado, agora reforçada com a inclusão de uma nova noção: a que visa a proteger o indivíduo contra si próprio.

Motivação semelhante foi adotada na Inglaterra, para criminalizar os casos de criminalização da violência física sadomasoquistas consentidas, assim como na proibição das

apresentações nas quais mulheres aparecem engaioladas e sujeitam-se às vontades dos espectadores nos bares alemães (BARROSO, 2014).

Sobre a proteção do indivíduo contra si próprio, Barroso esclarece que:

Ainda que seja possível discutir o acerto dessas decisões concretas, elas chamam a atenção para a possibilidade teórica de se legitimar restrições à liberdade com fundamento na proteção à dignidade do próprio sujeito, definida com base em valores socialmente compartilhados (Idem, p. 981).

Outro caso de extrema relevância para a transformação da concepção de dignidade humana ocorreu no Reino Unido, no início dos anos 2000, em que uma mulher, após perder seus ovários durante o tratamento de câncer que a deixou estéril, queria implantar em seu útero os embriões fecundados com seus óvulos e o sêmen de seu ex-marido, que era contra. Neste cenário, o Supremo Tribunal Inglês, em 2003, proferiu decisão favorável ao ex-marido, recusando o pedido da mulher (HEUSELER; LEITE. 2017. s/p.).

Em 2007, a Corte Italiana permitiu que uma mulher que vivia em estado vegetativo desde 18 de janeiro de 1992, causado por traumatismo craniano ocorrido em acidente automobilístico, reconheceu o direito de ela recusar tratamento médico mediante o desligamento dos aparelhos que a mantinham viva e, assim, fizesse com que viesse a morrer de forma natural, o que ocorreu 3 (três) dias após a retiradas da sonda nasogástrica (Idem).

Barroso também cita outros exemplos da projeção da dignidade humana:

O Sr. Ellwanger, no Brasil, gostaria de continuar a publicar textos negando a ocorrência do Holocausto. O Sr. Lawrence, nos Estados Unidos, desejava poder manter relações homoafetivas com seu parceiro, sem ser considerado um criminoso. A Sra. Lais, na Colômbia, gostaria de ver reconhecido o direito de exercer sua atividade de trabalhadora do sexo, também referida como prostituição. O Sr. Gründgens, na Alemanha, pretendia impedir a republicação de um livro que era baseado na vida de seu pai e que considerava ofensivo à sua honra. O jovem Perruche, na França, representado por seus pais, queria receber uma indenização pelo fato de ter nascido, isto é, por não ter sido abortado, tendo em vista que um erro de diagnóstico deixou de prever o risco grave de lesão física e mental de que veio a ser acometido. A Sra. Gootboom, na África do Sul, em situação de grande privação, postulava do Poder Público um abrigo para si e para sua família (Idem, p. 952).

Embora pareçam envolver situações, lugares e épocas totalmente diferentes, as situações assinaladas guardam entre si um elemento comum, qual seja: o uso da dignidade humana como elemento argumentativo necessário à promoção da justiça.

Foi a partir do julgamento desses casos que a dignidade passou a ter valor absoluto de condição da natureza humana, de modo a permitir que o Estado imponha deveres de fazer ou

até restrinja ações praticadas pela própria pessoa, com vista a garantir a efetiva proteção deste direito.

Isso, contudo, não implica em dizer que a utilização da dignidade humana como instrumento relevante de interpretação jurídica facilitou o trabalho dos julgadores. Ao revés, dificultou a análise das controvérsias considerando a cautela que se deve com o uso demasiado da dignidade humana como método interpretativo.

Sem embargo, é inegável que, no Brasil, a invocação da dignidade humana está cada vez mais presentes nas decisões judiciais e nos entendimentos pretorianos, seja como mero reforço argumentativo de algum outro fundamento, seja como ornamento retórico, pois, deve ser levado em conta que o ordenamento jurídico, sobretudo a Constituição analítica pátria, já preveem regras mais concretas para o enfrentamento de situações concretas, sendo, nesses casos, a dignidade citada apenas como reforço.

Nesse sentido:

No constitucionalismo brasileiro, seu principal âmbito de incidência se dará em situações de *ambiguidade de linguagem* – como parâmetro para escolha de uma solução e não de outra, em função de que melhor realize a dignidade -, de *lacuna normativa* – para integração da ordem jurídica em situações, por exemplo, como a das uniões homoafetivas -, de *colisões de normas constitucionais e direitos fundamentais*- como, por exemplo, entre liberdade de expressão, de um lado, e direito ao reconhecimento e à não discriminação, de outro – e nas de *desacordo moral razoável*, como elemento argumentativo da construção justa. (Idem, p. 983).

Em regra, a presença da dignidade humana nas decisões judiciais como reforço argumentativo é vista com maior abundância na seara penal e processual penal. Porém, inúmeros casos importantes relacionados a outras matérias também respaldaram as decisões com fundamento no princípio da dignidade.

Dentre tantas situações, sobressaem os precedentes do Supremo Tribunal Federal referente às questões de direito à saúde, em que a finitude do orçamento público destinado à saúde obriga o judicante a adotar cautelas quanto à destinação destes recursos ao atendimento de uma pretensão judicial, pois, fazendo-se isso, retira o recurso de outros destinatários. Por tal motivo, faz-se necessário o juiz realizar a devida ponderação entre a vida, saúde e dignidade de uns contra a vida, a saúde e dignidade de outros.

O raciocínio empregado pelo Poder Judiciário em relação ao uso dos recursos financeiros da saúde é assim sintetizado por Barroso:

Os recursos públicos seriam insuficientes para atender às necessidades sociais, impondo ao Estado sempre a tomada de decisões difíceis. Investir recursos em determinado setor sempre implica deixar de investi-los em outros. De fato, o orçamento apresenta-se, em regra, aquém da demanda social por efetivação de direitos, sejam individuais, sejam sociais. Em diversos julgados mais antigos, essa linha de argumentação predominava. Em 1994, por exemplo, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, ao negar a concessão de medida cautelar a paciente portador de insuficiência renal, alegou o alto custo do medicamento, a impossibilidade de privilegiar um doente em detrimento de outros, bem como a impropriedade de o Judiciário “*imiscuir-se na política de administração pública*”.

Mais recentemente, vem se tornando recorrente a objeção de que as decisões judiciais em matéria de medicamentos provocam a *desorganização da Administração Pública*. [...] Quando há alguma decisão judicial determinando a entrega imediata de medicamentos, frequentemente o Governo retira o fármaco do programa, desatendendo a um paciente que o recebia regularmente, para entrega-lo ao litigante individual que obteve a decisão favorável. Tais decisões privariam a Administração da capacidade de se planejar, comprometendo a eficiência administrativa no atendimento ao cidadão. Cada uma das decisões pode atender às necessidades imediatas do jurisdicionado, mas, globalmente, impediria a otimização das possibilidades estatais no que toca à promoção da saúde pública (BARROSO, 2007, s/p.)

A dignidade humana também foi invocada para garantir direito à educação à criança, garantindo-lhe a matrícula na pré-escola. Nesse sentido: BRASIL, STF. Recurso Extraordinário n. 639337. Relator: Ministro Celso de Mello. Julg. 23/08/2011.

Além destes casos, em que a dignidade raramente foi utilizada como fundamento central da decisão, menos ainda teve seu conteúdo explorado, serão citados a seguir três outras situações seguintes, nas quais a dignidade humana e o sentido de sua existência foram o efetivo arrimo basilar para pautar a decisão.

2.2.2.1. Uniões homoafetivas

Com a evolução dos costumes, a família deixou de ter sua forma singular. A própria Constituição Federal de 1988, em seu artigo 226, enumera três espécies de famílias: as constituídas pelo casamento, pela união estável ou àquelas formadas por qualquer dos pais e seus descendentes (monoparentais).

Eis o teor do dispositivo constitucional em comento:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.
 § 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.
 § 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes (BRASIL, Constituição Federal de 1988).

A referida previsão inspirou o diploma civil, sancionado em 2002, que traz em seus textos normas relativas a estes novos arranjos familiares.

Não obstante a ampliação do reconhecimento legal do conceito de família, várias outras formas e maneiras de se constituir uma família existem e não foram abarcadas no texto constitucional e lei ordinária. O silêncio do legislador constituinte acerca dos demais modelos de família implica numa percepção turva da realidade. Fica a indagação: os modelos não contemplados pelo constituinte não podem ser vistas como entidades familiares, como, por exemplo, as uniões homoafetivas?

Segundo a doutrina, as situações enumeradas - em relação à conceituação de família e entidade familiar - pela norma Constitucional não é taxativa. Vejamos:

Os tipos de entidades familiares explicitamente referidos na Constituição brasileira não encerram *numerus clausus*. As entidades familiares, assim entendidas as que preenchem os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensibilidade, estão constitucionalmente protegidas, como tipos próprios, tutelando-se os efeitos jurídicos pelo direito de família e jamais pelos direitos das obrigações, cuja incidência degrada sua dignidade e das pessoas que as integram. (LÔBO, Revista brasileira de Direito de Família, 2002, n. 12).

A mudança conceitual da definição de família é decorrente de inúmeros fatores. Dentre tantos, é importante ressaltar a inserção da mulher no mercado de trabalho, a acessibilidade do divórcio, a independência da juventude, bem como a ausência da função reprodutiva da família.

Neste cenário, a nova ótica interpretativa acerca do reconhecimento da família está baseada por um elemento subjetivo: afetividade – pautado ou não na consanguinidade.

A doutrina cita os mais variados conceitos a respeito da matéria, mas sempre no intuito de ampliar o sentido do vocábulo. Nesse sentido:

A Constituição vigente, de 5 de outubro de 1988, deu maior amplitude ao conceito de família, abrangendo a família havida fora do casamento, com origem na união estável entre o homem e a mulher, bem como aquela composta por um dos progenitores e sua descendência, ou seja, a família monoparental. (RODRIGUES, 2004, p.4)

“Sob o ponto de vista do direito, a família é feita de duas estruturas associadas: os vínculos e os grupos. Há três sortes de vínculos, que podem coexistir ou existir separadamente: vínculos de sangue, vínculos de direito e vínculos de afetividade. A partir dos vínculos de família é que se compõem os diversos grupos que a integram: grupo conjugal, grupo parental (pais e filhos), grupos secundários (outros parentes e afins). (LÓBO, 2009. p. 2.)

Após relevante contribuição da psicanálise e outras ciências extrajurídicas sobre o que deve ser entendido por família, hoje a compreensão jurídica existente é de que a família é um fato cultural, suscetível de modificação do tempo e espaço, do qual caberá aos ordenamentos jurídicos fazer as adequações para regular e proteger direitos e deveres decorrentes destas relações.

Essa realidade transportou o objeto de tutela, enquanto instituição, para a pessoa humana. Via de consequência, a concepção de família passou a ser vista como um conjunto de relações mantidas por cada pessoa, com fundamentos variados, fundada em vínculos biológicos, civis ou de especial afetividade.

Dentro deste contexto, surgiu o debate acerca da possibilidade de ser reconhecida a união entre pessoas do mesmo sexo.

No Brasil não há legislação específica e nem mesmo previsão constitucional que trate das uniões homoafetivas. Contudo, a omissão legislativa não constitui expressa proibição destas relações. Ao revés, implica na necessidade de se buscar os meios para adequação à realidade dos fatos, a fim de oferecer subsídios para a efetivação da justiça.

É com base neste raciocínio que o Judiciário, com fundamento nos princípios gerais da Constituição Federal – sobretudo a dignidade humana -, vem reconhecendo direitos às uniões homossexuais, como entidade familiar.

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, no início dos anos 2000, construiu um novo perfil para o Direito da Família para incluir nesse quadro as relações homossexuais, consoante se pode aduzir do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul:

JUSTIFICAÇÃO JUDICIAL. CONVIVÊNCIA HOMOSSEXUAL. COMPETÊNCIA. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. 1. É competente a justiça estadual para julgar a justificação de convivência entre homossexuais, pois os efeitos pretendidos não são meramente previdenciários, mas também patrimoniais. 2. São competentes as varas de família, e também as câmaras especializadas em direito de família, para o exame das questões jurídicas decorrentes da convivência homossexual, pois, ainda que não constituam entidade familiar, mas mera sociedade de fato, reclamam, pela natureza da relação, permeada pelo afeto e peculiar carga de confiança entre o par, um tratamento diferenciado daquele próprio do direito das obrigações. Essas relações encontram espaço próprio dentro do direito de família, na parte

assistencial, ao lado da tutela, curatela e ausência, que são relações de cunho protetivo, ainda que também com conteúdo patrimonial. 3. É viável juridicamente a justificação pretendida, pois a sua finalidade e comprovar o fato da convivência entre duas pessoas homossexuais, seja para documentá-la, seja para uso futuro em processo judicial, onde poderá ser buscado efeito patrimonial ou até previdenciário. inteligência do art. 861 do CPC. Recurso conhecido e provido. 10 fls. (apelação cível nº 70002355204, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, julgado em 11/04/2001) (BRASIL, Tribunal de Justiça, Apelação Cível nº 70002355204, 2001).

Dez anos depois, o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4277, reconheceu a união estável entre duas pessoas do mesmo sexo.

Naquela ocasião, o ministro Ayres Britto argumentou que o artigo 3º, inciso IV, da CF/88 veda qualquer discriminação em virtude de sexo, raça, cor e que, nesse sentido, ninguém pode ser diminuído ou discriminado em função de sua preferência sexual. Portanto, “o sexo das pessoas, salvo disposição contrária, não se presta para desigualação jurídica”, sob pena de ofensa ao inciso IV do artigo 3º da Constituição Federal.

Na decisão, Britto destacou que:

[...] a Constituição Federal não faz a menor diferenciação entre a família formalmente constituída e aquela existente ao rés dos fatos. Como também não distingue entre a família que se forma por sujeitos heteroafetivos e a que se constitui por pessoas de inclinação homoafetiva. Por isso que, sem nenhuma ginástica mental ou alquimia interpretativa, dá para compreender que a nossa Magna Carta não emprestou ao substantivo 'família' nenhum significado ortodoxo ou da própria técnica jurídica (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.227/DF, 2011).

Os ministros Luiz Fux, Ricardo Lewandowski, Joaquim Barbosa, Gilmar Mendes, Marco Aurélio, Celso de Mello e Cezar Peluso, bem como as ministras Carmen Lúcia Antunes Rocha e Ellen Gracie acompanharam o entendimento esposado e decidiram no sentido de dar interpretação conforme a Constituição para excluir qualquer significado do artigo 1.723 do Código Civil, que impeça o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar.

Em reforço à decisão pretoriana, o Conselho Nacional de Justiça aprovou no dia 14 de maio de 2013 uma resolução que obriga todos os cartórios do país a celebrar casamentos entre pessoas do mesmo sexo.

O texto aprovado pelo CNJ proíbe as autoridades competentes de se recusarem a habilitar ou celebrar casamento civil ou, até mesmo, de converter união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo.

Eis o teor dos dispositivos da Resolução n. 175:

Art. 1º É vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo. Art. 2º A recusa prevista no artigo 1º implicará a imediata comunicação ao respectivo juiz corregedor para as providências cabíveis. Art. 3º Esta resolução entra em vigor na data de sua publicação.

Diante da análise argumentativa oposta na Suprema Corte e do teor da Resolução aprovada pelo Conselho Nacional de Justiça, é forçoso concluir que os novos relacionamentos, por constituírem algo ínsito ao ser humano, são tutelados pelo princípio constitucional da dignidade humana.

A atual concepção de família é plural, democrática e flexível, portanto, está sempre se reinventando, em constante mutação a cada momento e espaço, renovando-se, naturalmente, em face da sua própria estrutura cultural.

Hoje não há dúvida de que são os laços de afeto que unem as pessoas na constituição de uma vida em comum. E é esta realidade que se impõe e clama por soluções dentro do sistema jurídico. A homossexualidade é a expressão de preferência sexual e o Estado Democrático de Direito deve respeitá-la.

Assim, embora as uniões homoafetivas não se enquadrem nas previsões legais atinentes à definição de família, o que se deve ter em mente é que a afetividade vem sendo cada vez mais utilizada como fundamento para a obtenção de soluções mais justas e adequadas à tutela da dignidade humana dentro dos novos familiares.

2.2.2.2 Pesquisas com células-tronco embrionárias

O progresso da ciência na área de procriação artificial foi capaz de criar várias técnicas que dirimiram problemas de esterilidade até então consideradas pela sociedade como irreversíveis. Até que em 1998, a área da biomedicina festejava a descoberta das células-tronco embrionárias.

Naquele ano, pesquisadores americanos descobriram que era possível manipular células embrionárias pluripotentes humanas, popularmente conhecidas como células-tronco embrionárias.

No estudo foi possível constatar que estas células possuem uma grande capacidade de multiplicação, assim como de se diferenciar nas mais diversas espécies celulares integrantes do organismo humano, entre as quais incluem os neurônios, as células da pele, do sangue, músculo, cartilagem e outros (PEREIRA, Lygia de Veiga. 2006, p. 27).

Em virtude do crescente avanço tecnológico, cujas possibilidades sequer eram imaginadas na seara jurídica, a matéria passou a carecer de proteção legal.

No Brasil, a Lei de Biossegurança foi publicada com o objetivo de estabelecer normas de segurança e mecanismos de fiscalização no uso das técnicas de engenharia genética na construção, cultivo, manipulação, transporte, comercialização, consumo, liberação e descarte de organismos geneticamente modificados (BRASIL, 2005).

Não obstante a publicação do diploma legal, a Procuradoria-Geral da República ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510, com o propósito de impedir o prosseguimento deste estudo científico sob o argumento de ser inconstitucional o artigo 5º da citada Lei Federal, que permite a destruição de embriões congelados em clínicas de reprodução assistida para o uso das células-tronco embrionárias em pesquisas científicas.

Em 29 de maio de 2008, o Supremo Tribunal Federal, por maioria dos membros, julgou improcedente a ação. Na decisão o Relator, ministro Carlos Ayres Brito, fundamentou seu voto em dispositivos da Constituição Federal que garantem o direito à vida, à saúde, ao planejamento familiar e à pesquisa científica.

A ministra Cármen Lúcia, por sua vez, ressaltou que as pesquisas com células-tronco embrionárias não violam o direito à vida, mas ao contrário, pois contribuem para trazer condições mais dignas às pessoas. Nesse sentido:

A utilização de células-tronco embrionárias para pesquisa e, após o seu resultado consolidado, o seu aproveitamento em tratamentos voltados à recuperação da saúde, não agridem a dignidade humana constitucionalmente assegurada (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, 2008, s/p).

Nesse mesmo sentido, o então ministro Joaquim Barbosa citou que, em outros países, como a Espanha, Bélgica e Suíça, esse tipo de pesquisa é permitida com restrições semelhantes às já previstas na lei brasileira, como a obrigatoriedade de que os estudos atendam ao bem comum, que os embriões utilizados sejam inviáveis à vida e provenientes de processos de

fertilização in vitro e que haja um consentimento expresso dos genitores para o uso dos embriões nas pesquisas.

O ministro prosseguiu aduzindo que a proibição das pesquisas com células embrionárias, nos termos da lei, apenas “significa fechar os olhos para o desenvolvimento científico e os benefícios que dele podem advir”. (Idem).

Diante do cenário fático apresentado, é possível concluir que a decisão pretoriana é mais um exemplo da incidência do fenômeno de constitucionalização do direito, uma vez que o desenvolvimento de pesquisas científicas de células-tronco deve ocorrer desde que com o devido respeito aos ditames legais e princípios bioéticos, da vida e da dignidade humana, que devem prevalecer em qualquer tipo de intervenção humana.

2.2.2.3 Interrupção da gestação de fetos anencefálicos

A discussão acerca da possibilidade de interrupção da gestação de fetos anencefálicos é outro tema de difícil solução enfrentado pelo Supremo Tribunal Federal.

O artigo 124 do Código Penal criminaliza a prática do aborto, com exceção aos casos de estupro e de risco à vida da mãe. Nada diz acerca da interrupção da gravidez de feto anencéfalo.

Diante da omissão legislativa, a indagação acerca da possibilidade de interrupção da gestação de feto anencéfalo, sem que tal conduta fosse tipificada como aborto, foi ganhando força no cenário jurídico. Para responder a questão, era preciso analisar se, no caso de anencefalia, seria possível falar em proteção ao direito à vida do feto, uma vez que os estudos científicos comprovaram que a anomalia era incompatível com a vida extrauterina do nascituro, sendo irreversível e fatal na totalidade dos casos.

No país não havia nenhuma posição definitiva sobre o assunto, logo, a análise acerca da possibilidade de interrupção da gravidez era feita mediante autorização judicial e caso a caso. Até que em 11 de abril de 2012 a matéria foi objeto de apreciação pelo plenário da mais alta Corte de Justiça do país, após ajuizamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, em 2004, pela Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde (CNTS).

A justificativa para o ajuizamento da ação residia na tese de que obrigar a mulher a manter uma gravidez, ciente de que o feto não sobreviverá após o parto, gera ofensa ao princípio constitucional da dignidade humana e o direito à saúde, previstos na Constituição.

Ao proferir seu voto, o ministro Marco Aurélio – o primeiro a se manifestar - se referiu à questão como uma das mais importantes analisadas pelo Judiciário e ressaltou a importância de um pronunciamento do Supremo, levando em consideração os dados da Organização Mundial de Saúde, extraído dos anos de 1993 a 1998.

No entendimento do relator, a argumentação utilizada em defesa do anencéfalo, no sentido de que a manutenção da gestação era necessária porque os órgãos do feto poderiam ser doados, não merece subsistir, pois, em se tratando de fetos anencefálicos, é praticamente impossível viabilizar a doação de órgãos em virtude da existência de outras anomalias que impediriam a prática, além de ser uma prática proibida.

Além disso, o magistrado sustentou que forçar a mulher a manter uma gravidez apenas com o propósito de doar os órgãos do feto fere o princípio da dignidade da pessoa humana, pois seria tratá-la a partir de uma perspectiva utilitarista, de instrumento de geração de órgãos para doação.

O relator também rechaçou a ideia de que deve ser preservado o direito à vida ou garantias do indivíduo quando se trata de um ser natimorto, com possibilidade quase nula de sobreviver por mais de 24 horas.

O ministro afirmou ainda que o direito à vida de um feto que não tem chances de sobreviver não deve prevalecer sobre as garantias à dignidade da pessoa humana, à liberdade no campo sexual, à autonomia, à privacidade, à saúde e à integridade física, psicológica e moral da mãe, todas previstas na Constituição.

Confira-se um trecho do voto supracitado:

Cumpra-se à mulher, em seu íntimo, no espaço que lhe é reservado – no exercício do direito à privacidade –, sem temor de reprimenda, voltar-se para si mesma, refletir sobre as próprias concepções e avaliar se quer, ou não, levar a gestação adiante. Ao Estado não é dado intrometer-se. Ao Estado compete apenas se desincumbir do dever de informar e prestar apoio médico e psicológico à paciente, antes e depois da decisão, seja ela qual for (...). Não se trata de impor a antecipação do parto do feto anencéfalo. De modo algum. O que a arguente pretende é que ‘se assegure a cada mulher o direito de viver as suas escolhas, os seus valores, as suas crenças’. Está em jogo o direito da mulher de autodeterminar-se, de escolher, de agir de acordo com a própria vontade num caso de absoluta inviabilidade de vida extrauterina. Estão em jogo, em última análise, a privacidade, a autonomia e a dignidade humana dessas mulheres. Não de ser respeitadas tanto as que optem por prosseguir com a gravidez – por sentirem-se mais felizes assim ou por qualquer outro motivo que não nos cumpre perquirir – quanto as que preferam interromper a gravidez, para pôr fim ou, ao menos, minimizar um estado de sofrimento (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 54/DF. Rel. Min. Marco Aurélio. Julgamento em 11 e 12 abr 2004)

Por maioria de votos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal julgou procedente o pedido contido na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54, para declarar a inconstitucionalidade de interpretação segundo a qual a interrupção da gravidez de feto anencéfalo é conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, todos do Código Penal.

Indiscutivelmente, o resultado deste julgamento foi de extrema relevância para a sociedade brasileira, pois, solucionou a questão e pôs fim à controvérsia. Por consequência desta decisão, todas as gestantes de fetos anencefálicos tem o direito de interromper a gravidez, sem necessidade de autorização judicial para isso, pois esta conduta não foi tipificada como aborto.

A fim de regulamentar a decisão pretoriana, o Conselho Federal de Medicina emitiu a Resolução nº 1.989 (BRASIL, 2012), que dispõe sobre o diagnóstico de anencefalia para a antecipação terapêutica do parto. Segundo a resolução, a gestante tem o direito de decidir livremente sobre a conduta a ser adotada, sendo vedado ao médico impor sua autoridade para induzi-la a tomar qualquer decisão ou para limitá-la naquilo que decidir.

Dessa feita, a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em relação à matéria é uma das mais importantes da história da Corte e do Direito brasileiro, uma vez que reconhece a mulher como sujeito de direitos, respeitando a sua dignidade, privacidade, liberdade e a sua autonomia reprodutiva, além de garantir a ela o direito de conduzir sua vida segundo suas concepções pessoais, sem a imposição de qualquer conduta por parte do Estado.

2.2.2.4. O direito de não saber

Os limites acerca do direito de não saber também demandam uma análise mais aprofundada.

Isso porque a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, em 2012, quando do julgamento do Recurso Especial 1.195.995, firmou compreensão, com voto vencido da Ministra Nancy Andrighi, de que não a divulgação correta e verdadeira de dados médicos não requisitados para o próprio paciente não gera ofensa ao direito à intimidade e, portanto, não há se falar em indenização por danos morais.

O julgamento em comento se refere ao caso de um paciente que realizou exame de sangue devidamente solicitado por médico com objetivo de pesquisar a existência de vírus da Hepatite C (anti-HCV), mas o laboratório realizou exame diferente do que havia pedido e

constatou que o paciente havia contraído o vírus HIV. Diante de tal informação, o paciente ingressou com pedido de indenização pelo dano moral sofrido em virtude da violação à sua intimidade e, mais especificamente, da violação do direito de não saber sobre a existência daquela enfermidade específica em seu organismo.

O tema relacione-se, de modo remoto, com o direito à intimidade, a todos assegurado pela Constituição Federal, no inciso X do art. 5º: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” (BRASIL, Constituição Federal de 1988, *op. cit.*).

O artigo 21 do Código Civil também visa dar proteção à vida privada da pessoa: “A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma”. (BRASIL, Lei. 10.406/2002, *op. cit.*).

O direito à privacidade e, mais especificamente, à intimidade, refere-se à proteção da esfera privada ou íntima de uma pessoa e serve para protetor o indivíduo de ingerências externas, alheias e não requisitadas. Por esfera privada, entende-se ser: “aquele conjunto de ações, comportamentos, opiniões, preferências, informações pessoais, sobre os quais o interessado pretende manter um controle exclusivo” (RODOTÀ, 2008 *apud* MULHOLLAND, 2012).

Sobre o assunto, é interessante anotar que o acesso e a divulgação de dados pelas novas tecnologias e pela propagação da utilização da rede mundial de comunicação (internet) desencadeou o aumento exponencial de exposição de informações pessoais, situação que permite a tutela da privacidade ser vista como o direito de controle sobre dados pessoais.

Neste contexto, Mulholland (2012) disserta que o direito à privacidade possui três concepções distintas: o direito de ser deixado só, o de ter controle sobre a circulação dos dados pessoais e o direito à liberdade das escolhas pessoais de caráter existencial, da onde se extrai o direito de não querer conhecer informação relacionada à sua condição existencial.

Nesse sentido:

Essa seria a esfera de proteção mais estrita da privacidade, porquanto protege o direito de uma pessoa de não saber como consequência da tutela ampliada de dados sensíveis “destinados para dentro”. Assim, “a privacidade de ser considerada também como o ‘direito de manter o controle sobre suas próprias informações e de determinar a maneira de construir sua própria esfera particular’” (S. Rodotà), reconhecendo-se às pessoas “auto-determinação informativa” e a realização plena de sua liberdade existencial.

Reconhecido o direito de não saber, modifica-se a forma de conceber a privacidade. O poder de controlar as informações que dizem respeito à pessoa, que é a definição mais atualizado do *right of privacy*, manifesta-se também como poder *negativo*, ou seja, como direito de excluir da própria esfera privada uma determina categoria de informações não desejada. Daí porque se referir ao direito de não saber como consequência da proteção do direito à intimidade. (Idem, p. 3).

A despeito da abrangência quanto à incidência do direito à privacidade, no caso, o colegiado, por maioria, entendeu que o cidadão não teria direito subjetivo de não saber que é soropositivo, pois esta prática configuraria indevida sobreposição de um direito individual sobre o direito à vida e ao interesse público.

Para melhor compreensão dos fundamentos que respaldaram o voto vencedor, imperiosa a transcrição de trechos do julgamento:

[...] II - Sob o prisma individual, o direito de o indivíduo não saber que é portador do vírus HIV (caso se entenda que este seja um direito seu, decorrente da sua intimidade), sucumbe, é suplantado por um direito maior, qual seja, o direito à vida, o direito à vida com mais saúde, o direito à vida mais longa e saudável;

III - Mesmo que o indivíduo não tenha interesse ou não queira ter conhecimento sobre a enfermidade que lhe acomete (seja qual for a razão), a informação correta e sigilosa sobre seu estado de saúde dada pelo Hospital ou Laboratório, ainda que de forma involuntária, tal como ocorrera na hipótese dos autos, não tem o condão de afrontar sua intimidade, na medida em que lhe proporciona a proteção a um direito maior;

IV - Não se afigura permitido, tampouco razoável que o indivíduo, com o desiderato inequívoco de resguardar sua saúde, após recorrer ao seu médico, que lhe determinou a realização de uma série de exames, vir à juízo aduzir justamente que tinha o direito de não saber que é portador de determinada doença, ainda que o conhecimento desta tenha se dado de forma involuntária. Tal proceder aproxima-se, em muito, da defesa em juízo da própria torpeza, não merecendo, por isso, guarida do Poder Judiciário;

V - No caso dos autos, o exame efetuado pelo Hospital não contém equívoco, o que permite concluir que o abalo psíquico suportado pelo ora recorrente não decorre da conduta do Hospital, mas sim do fato de o recorrente ser portador do vírus HIV, no que o Hospital-recorrido, é certo, não possui qualquer responsabilidade;

VI - Sob o enfoque do interesse público, assinala-se que a opção de o paciente se submeter ou não a um tratamento de combate ao vírus HIV, que, ressalte-se, somente se tornou possível e, certamente, mais eficaz graças ao conhecimento da doença, dado por ato involuntário do Hospital, é de seu exclusivo arbítrio. Entretanto, o comportamento destinado a omitir-se sobre o conhecimento da doença, que, em última análise, gera condutas igualmente omissivas quanto à prevenção e disseminação do vírus HIV, vai de encontro aos anseios sociais;

VII - Num momento em que o Poder Público, por meio de exaustivas campanhas de saúde, incentiva a feitura do exame anti HIV como uma das principais formas de prevenção e controle da disseminação do vírus HIV, tem-

se que o comando emanado desta augusta Corte, de repercussão e abrangência nacional, no sentido de que o cidadão teria o direito subjetivo de não saber que é soropositivo, configuraria indevida sobreposição de um direito individual (que, em si não se sustenta, tal como demonstrado) sobre o interesse público, o que, data maxima venia, não se afigura escorreito;

VII - Recurso Especial improvido.

(BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recursos Especial n. 1195995/SP. Rel. Ministra Nancy Andrighi, Rel. p/ Acórdão Ministro Massami Uyeda. Julgado em 22/03/2011)

A ministra Nancy Andrighi proferiu voto no sentido contrário, sintetizando seus fundamentos nos seguintes termos:

é possível a condenação de hospital ao pagamento de indenização por dano moral a paciente na hipótese de equívoco cometido por preposto do hospital que realizou exame diverso do autorizado, com a consequente descoberta e comunicação de ser o paciente portador do vírus HIV, porque, ainda que a informação não tenha sido divulgada a terceiros, trata-se de indevida invasão na esfera privada do paciente, investigação abusiva da vida alheia, conduta negligente que viola a intimidade, sendo a responsabilidade do hospital objetiva pelos atos de seus prepostos (Idem).

Frente à situação exposta, Mulholland (2012) trouxe em seu artigo comentários sobre a decisão plenária no intuito de reforçar a ideia de que a decisão da ministra que não se sagrou vencedora foi a mais escorreita.

Isso porque, segundo a autora, não há se falar em ponderação entre direito à vida e direito à intimidade, visto que a proteção do direito à intimidade, enquanto direito de não saber, não gera factualmente a violação do direito à vida. Ou seja, o direito à intimidade não está, concretamente, em rota de colisão com o direito à vida.

A autora deduziu, ainda, que o argumento de proteção do interesse público é falacioso, pois desconsidera a proteção à autonomia existencial de cada indivíduo em detrimento da formação de um Estado de vigilância no qual as pessoas passariam a se submeter a testes de saúde a fim de conhecer todas as suas condições clínicas e as reais possibilidades de ocasionar lesão a direito de outras pessoas.

Por fim, Mulholland observou que o fato de uma pessoa ter a informação de que é soropositiva não significa que ela necessariamente irá procurar tratamento e tampouco que ela vai tomar as devidas precauções para proteger a saúde das outras pessoas.

Destaca-se, em reforço, que embora a informação divulgada seja verdadeira, a sua divulgação não foi requisitada pelo médico, nem foi querida pelo paciente, motivo pelo qual se

conclui que o dano decorre da violação do direito à intimidade do indivíduo e não da existência da doença.

Portanto:

[...] O dano não é a tristeza decorrente do conhecimento do paciente ser portador de vírus HIV. O dano se caracteriza pela violação de intimidade do paciente pela divulgação de informação não requerida. Não se está a discutir se o conhecimento da contaminação com vírus HIV gera dor ou sofrimento. Está a se afirmar que a divulgação de informação não requisitada gera a violação da intimidade da pessoa. A relação agora não é mais negativa, no sentido de impedir que outros acessem minhas informações, mas positiva, no sentido de não ter a pessoa a obrigação de ter o pleno conhecimento de sua situação de saúde. (Idem, p. 6).

Sem ter a pretensão de esgotar o assunto e nem formar juízo de convicção sobre o caso posto a julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça, é possível concluir das considerações expostas que respeitar o direito de não saber do paciente, quando este assim o desejar e expressar é a medida mais razoável para que não se configure abusos.

Esta medida, embora sequer tenha sido objeto de discussão na situação em testilha, parece ser a medida mais razoável a ser acolhida pelo mundo jurídico e medida de consideração e respeito a todo ser humano.

2.3 A Constitucionalização na Responsabilidade Civil

A constitucionalização do direito também alcançou a seara da responsabilidade civil, visto que a sistemática do direito de ressarcir deixou de centrar a sua tutela no direito de propriedade para a dignidade da pessoa humana, a solidariedade social e a justiça distributiva.

A doutrina aponta que a mudança dos rumos da responsabilidade civil teve a influência de pelo menos quatro fatores, intrinsecamente interligados, quais sejam: econômico, tecnológico, moral e ideológico (MARANHÃO, 2012, s/p).

O fator econômico se deve a substituição da economia fundada exclusivamente na agricultura por outra baseada na indústria, que impulsionou a produção e distribuição de produtos em grande monta, potencializando sobremaneira o risco de dano em escala coletiva. A revolução industrial gerou o fenômeno de massificação das relações e, por conseguinte, o declínio de lítios essencialmente individualizados em detrimento de lides de massa.

O aspecto tecnológico está intimamente ligado ao fator econômico. Visto que:

se o desenvolvimento do maquinismo fez surgir a indústria, mudando a base econômica do País, trouxe como consequência os acidentes de trabalho. O progresso científico fez aparecer um sem-número de inventos encheu as ruas de veículos que, se, por um lado, facilitam a vida em sociedade, por outro, dão causa a um brutal número de acidentes de trânsito diariamente. O crescimento da população, com milhões de pessoas migrando do interior para os grandes centros em busca de trabalho, levou ao caos os sistemas de transportes urbanos. (MARANHÃO, op. cit. *apud* CAVALIERI FILHO, 2006, p. 154).

O fator moral surgiu com o aumento do número de acidentes que impossibilitou a identificação do culpado da origem daquele dano, o que culminou na criação da teoria do risco, que está intimamente ligado à ideia de que a vítima não poderia ficar à mercê do dano causado pelos efeitos da introdução do maquinismo na vida cotidiana do homem. Com isso, além da culpa subjetiva, a reparação também passa a ser feita na ordem objetiva.

De acordo com a teoria objetiva, não é necessária a comprovação da culpa do agente para que ele seja obrigado a reparar o dano causado, uma vez que a responsabilidade é presumida pela lei. Via de consequência, aquele que causou um dano a terceiro tem a obrigação de repará-lo diante da comprovação da conduta humana, onexo causal e o dano, tornando-se, assim, despidiendase da demonstração da culpa (GONÇALVES, 2007, p. 30).

A crescente objetivação da responsabilidade civil é fruto do profundo sentimento de justiça e de equidade que passou a trespassar a matéria. Isso se deve ao fator ideológico, que se apresenta pela defesa dos direitos do homem estatuidos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, sobretudo no tocante à blindagem da dignidade humana. Essa valorização do homem no texto constitucional gerou uma profunda reestruturação dos próprios princípios basilares da responsabilidade civil. O que era antes voltado à recomposição do patrimônio da vítima, passou a ser visto como objeto de preservação da pessoa e de sua existência digna.

Nesse sentido:

Alterou-se o *locus* da responsabilidade civil, que antes tinha um lugar secundário no direito das obrigações e passou a ser um dos fenômenos sócio-jurídicos mais importantes da contemporaneidade, inclusive galgando *status* constitucional, dentre o elenco de direitos e de garantias fundamentais, haja vista que o art. 5º, incisos V e X (direito à indenização por dano moral e material), cumulado com o art. 1º, inciso III (dignidade da pessoa humana), todos da Constituição de 1988, possibilitaram a plena reparação por danos morais e materiais em face da violação à dignidade da pessoa humana, princípio este que alterou o paradigma de todo o direito privado, impondo a prevalência das

relações existenciais sobre as patrimoniais. Esta primazia promoveu o deslocamento do foco da responsabilidade civil da pessoa causadora do dano para a tutela da vítima de dano injusto. (LEAL, 2014. p. 461).

Essa mudança axiológica sobre o conteúdo da responsabilidade é causa do fenômeno da constitucionalização do direito civil, senão vejamos:

Hodiernamente, a chamada linha civil-constitucional é proeminente na interpretação dos Códigos Civis ocidentais. O direito civil-constitucional destaca o fato de que não pode haver norma jurídica que não seja interpretada à luz da Constituição. Dois princípios, em geral, são destacados pela literatura jurídica como nucleares para a sustentação de qualquer interpretação da responsabilidade civil, quais sejam, os princípios da *dignidade da pessoa humana* e o da *solidariedade social*. (FEIO, 2014. p. 443).

O projeto de uma sociedade livre, justa e solidária, advinda com a nova Constituição, rompeu com a tradição liberal clássica, que defendia a livre iniciativa em detrimento dos homens e seu *habitat*, para trazer no epicentro do conteúdo jurídico o respeito a toda comunidade humana, mormente no cenário dos novos problemas com que o direito contemporâneo lida, tais como: a tecnologia nuclear, a biotecnologia e nanotecnologia.

A responsabilidade objetiva, ou seja, aquela que dispensa a comprovação de culpa, no âmbito do direito civil, é um bom exemplo de efetivação do princípio da solidariedade social como argumento basilar ao reconhecimento e aplicação do direito da vítima.

Portanto, a nova concepção da responsabilidade civil serve para conferir a máxima eficácia ao texto constitucional a fim de dar cabal cumprimento às aspirações de transformação social.

Mas isso não causou um impacto positivo a todos os intérpretes no tocante às consequências advindas da tutela ilimitada do objeto tutelado: a pessoa humana. Para Gustavo Tepedino (2009, p. 407), por mais que seja louvável a ampliação do dever de reparar, este alargamento traz um risco imensurável de desnaturar a finalidade e os elementos da responsabilidade civil. Torna-se, assim, indispensável a busca de balizas fundadas em princípios e valores constitucionais que sirvam para unificar o sistema de responsabilidade, discriminando os danos ressarcíveis e reconhecendo a irreparabilidade de outros danos.

Para Maria Celina Bodin de Moraes:

As radicais transformações sofridas pela responsabilidade civil nos últimos tempos fizeram com que seus pressupostos tradicionais fossem descartados ou mitigados e substituídos por novos e assistemáticos critérios, não tendo sido tal processo, porém, acompanhado do necessário esclarecimento teórico-científico acerca de seus conteúdos.

A doutrina, de fato, tem falhado na elaboração dogmática dos novos critérios de responsabilidade civil e a jurisprudência, premida pelas necessidades impostas pela realidade social, vem desempenhando a tarefa por conta própria, criando um universo discricionário e, não raro, incoerente (MORAES, 2013, *apud* LEAL, 2014, p. 482).

Nesse cenário, cabe ao intérprete buscar um ponto de equilíbrio, que se situa entre os limites da inviabilização da tutela à transposição dos limites do ideal de segurança jurídica. Sem embargo da dificuldade apresentada, ao intérprete não é permitido abster das situações violadoras de um direito subjetivo, pois, a responsabilidade civil, sob a ótica da dogmática constitucional, apresenta-se como mecanismo de proteção do princípio da dignidade humana.

3 REFLEXOS DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO NAS NORMAS DE DIREITO PRIVADO

Como acontece em toda mudança, a inserção constitucional dos fundamentos de validade jurídica das normas que regulam as relações entre particulares geraram – e ainda geram – impactos positivos e negativos no ordenamento jurídico do território brasileiro.

Dentre os destaques positivos, a constitucionalização do Direito Civil foi responsável pela invasão axiológica da constituição na esfera privada das relações, trazendo para o direito civil os valores do texto constitucional, tais como a previsão da função social, não só da propriedade, mas também do contrato e família, interferindo na autonomia privada, construindo uma nova ordem jurídica, consonante com os fundamentos e objetivos fundamentais da Constituição (BARROSO, 2009, p. 368 *apud* TEPEDINO, 2009, p. 4).

Isso porque a Constituição de 1988 elegeu o princípio fundamental da dignidade humana como fundamento da República, bem como pôs os princípios da solidariedade social, da redução das desigualdades, da erradicação da pobreza como valores fundamentais da sociedade.

Nesse cenário, o que o fenômeno de constitucionalização propõe é a releitura das normas de direito privado à luz dos valores constitucionais assinalados, como caminho único a ser seguido para a realização do projeto de sociedade traçado no texto constitucional.

Esta compreensão - de que os princípios constitucionais são normas aplicáveis indireta ou diretamente às relações privadas - é indispensável para reconhecer que o direito civil não está situado em um campo jurídico guiado por valores próprios e autônomos, mas se insere no ordenamento jurídico uno e indivisível.

O redirecionamento do direito civil em um ordenamento jurídico unitário exige uma interpretação jurídica sistemática, que não se limita a mera subsunção do fato à norma. É necessário que o jurista se mostre comprometido com a aplicação de todo o ordenamento jurídico a cada caso em concreto, em busca permanente pela máxima realização dos seus valores fundamentais.

Em outras palavras, o direito civil constitucional:

[...] não aprisiona o intérprete na literalidade da lei, como pretendia a escola da exegese com seu exacerbado positivismo, nem o deixa livre para criar o direito a partir dos seus próprios instintos e opiniões, como propõem a escola do direito livre e o direito alternativo. Reconhece-lhe um papel criativo, mas sempre vinculado à realização dos valores

constitucionais. É certo que a transposição desses valores, enunciados em termos genéricos, ao caso concreto exigirá uma compreensão histórico-social e até mesmo cultural, que é, por definição, relativa, mas que, sendo necessariamente motivada, será passível de controle, discussão e revisão em perspectiva técnica, com base em um parâmetro mais seguro (os valores consagrados no texto constitucional) que o mero sentimento de justiça ou concepção de mundo de cada intérprete. Com isso, o direito civil constitucional assegura que a interpretação jurídica será exercida com propósito unitário, vinculado aos valores fundamentais de cada sociedade, e não aos interesses e opiniões de cada um. Garante, ademais que o jurista não atuará de modo isolado, empregando técnicas formais para aplicar certo dispositivo legal a uma situação fática qualquer, indiferente ao que o ordenamento projeta para a sociedade como um todo. (SCHREIBER, 2016, p. 14).

Portanto, a metodologia civil constitucional se preocupa em redirecionar os institutos de direito civil à realização dos valores constitucionais, sobretudo a dignidade humana e a solidariedade. Toda esta revolução destina-se a promover a supressão dos modelos jurídicos ultrapassados, para assegurar a autonomia pessoal em face da realidade contemporânea.

Mas para garantir que o intérprete decida em conformidade com o conteúdo de normas e princípios fundados em valores culturais e sociais, emanados no ordenamento jurídico, a fundamentação argumentativa ganha importância. Pois é por meio da fundamentação que se verifica os argumentos que levaram o intérprete a encontrar os parâmetros para compreender a decisão. Serve para exercer o controle final dos motivos que levaram o intérprete a tomar determinada decisão.

Esta nova exigência:

[...] significa que a derrubada do limite externo, formal, que restringia o intérprete – o dogma da subsunção – não implica a consagração do arbítrio, mas sim a imposição de um limite interno, metodológico: a exigência de fundamentação das decisões judiciais. A ampliação da área de liberdade conferida aos magistrados, em comparação com a tradição de nossa história jurídica, impõe uma atenção maior às justificativas invocadas para essas decisões.

Toda essa reformulação do processo de interpretação exige, portanto, o mais sincero respeito ao disposto no art. 93, IX, da Constituição, que determina que “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade (...)”. Essa norma constitucional – como não poderia deixar de ser – não é uma mera formalidade judiciária, mas uma norma que se torna pular central dessa nova metodologia de interpretação e aplicação do direito. (TERRA, 2016, p. 45).

Com base nas considerações expostas, a doutrina aponta que as características principais da constitucionalização do direito civil seriam: a preponderância das situações existenciais frente às patrimoniais, a preocupação com a historicidade e a relatividade na interpretação-aplicação das normas jurídicas, a prioridade da função dos institutos jurídicos em relação a sua estrutura e, por fim, a aplicação direta dos princípios constitucionais às relações entre particulares (MORAES, 2014).

Assim, é possível verificar que a constitucionalização do direito civil aproximou o estudo das relações privadas sob o prisma dos ideais sociais emanados no texto constitucional, conferindo, assim, uma nova personalidade ao direito privado.

A compreensão de que as atividades entre particulares são regidas por um complexo normativo uno e indivisível fortalece a tutela das garantias individuais da pessoa humana, bem como evita a fragmentação da estrutura normativa.

Atualmente, já não é mais possível analisar e compreender o direito civil constitucional sem considerar, em uma visão geral do sistema normativo nacional, os ditames da Constituição Federal de 1988.

A Carta Política deixou de ser apenas um instrumento de limitação aos poderes do Estado e passou a regulamentar as normas utilizadas para um fim maior, qual seja: harmonia e a paz social.

Não se pode olvidar que a Constituição está no topo da pirâmide hierárquica, logo, todo o restante das normas se submetem a seus princípios e normas. Em virtude deste viés constitucional, além de respeitar o princípio da hierarquia das normas, a legislação ordinária, ao respeitar os ditames do texto constitucional, é elevada a um patamar superior, passando a regular e fornecer respostas para os inúmeros conflitos existentes nos grupos sociais, equilibrando os desejos e necessidades da sociedade.

Nesta nova sistemática não cabe ao jurista apenas interpretar as normas conforme a Constituição, mas reconhecer e garantir que o conteúdo axiológico descrito na Carta Política seja aplicado diretamente às relações jurídicas, trazendo concretude à Constituição da República. Pois:

O principal objetivo desta metodologia é obter a máxima realização dos valores constitucionais na seara das relações privadas, atribuindo a eles uma primazia substancial na interpretação e na aplicação do Código e das leis especiais. Cada conflito de interesses deverá ser resolvido com base na análise integral do ordenamento jurídico, observando-se particularmente os seus princípios fundamentais, e não com base apenas

em um único artigo de lei ou estritamente a partir das normas de Direito Privado. (TEFFÉ; CHEDIEK. op. cit, p. 192).

Neste ínterim, em uma interpretação atualizada e completa do direito civil constitucional, podemos assegurar que ele encaminha para tratar não apenas dos negócios jurídicos celebrados entre os particulares, mas também para orientar e a relação entre os particulares e o Estado.

Por outro lado, a colocação dos princípios constitucionais ao mesmo lado das regras, que são dotadas de maior grau de concreção e menor abstração, confere um poder excessivo ao juiz, capaz de invadir a esfera da autonomia do legislador ordinário.

Esta preocupação é refletida no texto publicado pelo jurista Anderson Scheriber (2016, p. 21), cujo trecho é digno de transcrição:

[...] o legislador se vale cada vez mais de cláusulas gerais, conceitos jurídicos indeterminados e outras normas de conteúdo aberto, que permitem atribuir alguma disciplina normativa às situações novas e imprevisas. Isso sem falar no recurso cada vez mais frequente dos princípios. Nesse cenário, compete ao civilista evitar que essas normas de enunciado aberto sejam convertidas em argumentos de ocasião, para justificar de modo puramente retórico as convicções pessoais das partes ou do julgador. O resultado disso seriam decisões incoerentes e um clima generalizado de insegurança e descrédito em relação ao sistema jurídico.

Outros juristas também dissertam sobre o risco da superação da formalidade do método da subsunção na aplicação das normas gerar insegurança e arbitrariedade. Nesse sentido:

De fato, o cenário aterrador com que nos confronta a jurisprudência contemporânea é de decisões que, às vezes até mesmo sob o pretexto da abertura do sistema pela Constitucionalização e da aplicação dos princípios, mais parecer realizar o que vem sendo chamado banalização ou mesmo “carnavalização” do Direito. (KONDER. 2016, p. 40).

Dessa forma, a constitucionalização do direito civil apresenta três consequências de cunho negativo, a saber: banalização do uso dos princípios fundamentais, sobretudo a dignidade humana, como razão de decidir; a insegurança jurídica e a conferência de poder excessivo ao juiz, legitimando-o a invadir a tradicional esfera da autonomia privada a seu bel prazer, invocando princípios de elevado grau de abstração para justificar decisões de cunho pessoal.

Não obstante a crítica apresentada, também há na doutrina quem considere que isso seja mais uma vantagem do processo de constitucionalização:

[...] a principal crítica que se faz à aplicação principiológica é a insegurança causada pela utilização excessiva de conceitos considerados vagos e muito

amplios. Como sua principal fonte é a abstração (vale dizer, a generalização de regras implícitas no sistema), sua característica de vagueza em relação à hipótese fática e à situação jurídica subjacente revela-se uma vantagem, pois permite sua aplicação a um número aberto e indeterminado de situações concretas, fazendo com que a interpretação sistemática seja mais compacta e, portanto, mais coesa.

A vagueza e a ambiguidade intrínsecas às normas jurídicas não são na realidade ampliadas pela utilização dos princípios; ao contrário, é a identificação dos princípios que as justificam que fornece a segurança jurídica. Como sustentou Luigi Lombardi, a ambiguidade intrínseca às normas jurídicas diminui quando, ao se aplicar-interpretar uma regra jurídica, aplica-se juntamente o princípio geral que serve a justificá-la (com o ônus argumentativo da justificação). O papel que os princípios exercem como *ratio* (razão) em cada interpretação-aplicação jurídica é o que garante a coerência entre elas. (MORAES, 2014. p. 1.008).

Esse quadro revela que a interpretação das normas conforme a doutrina alusiva ao direito civil contemporâneo é um verdadeiro desafio, pois, o aplicador do direito não se deve deixar seduzir, em meio à imensidão do conteúdo normativo, a resolver uma controvérsia pelo simplismo de uma norma específica ou de um único artigo de lei. Ao revés, deve solucioná-la “à luz do inteiro ordenamento jurídico, e, em particular, de seus princípios fundamentais, considerados como opções de base que o caracterizam” (PERILINGIERI, s/d. p. 5, *apud* SCHERIBER, 2016, p. 21).

Por outro lado, o civilista contemporâneo deve ter cautela quanto à utilização de normas de enunciado aberto como argumentos para justificar determinada decisão. Visto que as cláusulas gerais, conceitos jurídicos indeterminados e outras normas jurídicas de conteúdo aberto podem ser utilizados mais facilmente para encobrir convicções de cunho pessoal das partes ou do julgador.

Não se descarta que a metodologia civil constitucional reclama a aplicação de princípios constitucionais, mas esta aplicação deve ocorrer de modo técnico e criterioso, pois: “a invocação velhaca dos valores constitucionais nada tem de civil constitucional: é patifaria intelectual, que, longe de privilegiar, esvazia a densidade das normas fundantes do ordenamento jurídico brasileiro” (SCHERIBER, *op. cit.*, p. 23).

Portanto, a metodologia do direito civil contemporâneo deve se equilibrar entre estes dois extremos. Não se pode limitar ao legalismo restrito, sob pena de se transformar em mero reproduzidor de normas cada vez mais específicas e numerosas, nem deve se ater apenas ao subjetivismo jurídico que impede uma unidade de ação.

Em outros termos, o direito civil constitucional exprime um “positivismo ético”, que, sem renunciar ao comando normativo, busca a sua existência na primazia dos valores consagrados no texto constitucional (Idem, p. 23).

Dentro dessa perspectiva a nova metodologia do direito civil visa reconstruir este ramo do direito com vista a garantir o efetivo desenvolvimento do ser humano e servir de instrumento de proteção em suas mais essenciais manifestações, diante da supressão dos modelos jurídicos ultrapassados.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O novo direito constitucional, também conhecido por neoconstitucionalismo desenvolveu-se na Europa, ao longo da segunda metade do século XX, e, no Brasil, com o advento da Constituição Federal de 1988, que é fruto da concepção pós-positivista e é responsável por reconhecer a força normativa da Constituição.

A constitucionalização do direito irradiou os valores, princípios e regras consagrados na Constituição por todo o ordenamento jurídico. Esse fenômeno também permitiu a aplicabilidade direta da Constituição nas mais diversas situações, assim como possibilitou declarar a inconstitucionalidade das normas incompatíveis com a Carta Constitucional e, sobretudo, a interpretação das normas infraconstitucionais de acordo com as diretrizes emanadas na Constituição, a fim de conformar o seu sentido e alcance.

Paralelo ao processo de constitucionalização, o aumento do anseio social por justiça e a ascensão institucional do Poder Judiciário provocaram, no Brasil, um aumento significativo de casos que podem ser chamados de ativismo judicial.

Esse fato potencializa a importância do debate, na teoria constitucional, acerca do equilíbrio que deve haver entre supremacia constitucional, interpretação judicial da Constituição e processo político majoritário. O cenário atual reforça o papel do Supremo Tribunal Federal, sobretudo em razão da crise de legitimidade que passam os Poderes Legislativo e Executivo.

Portanto, é indubitável que o atual Direito Civil Contemporâneo é constitucionalizado, detém forte viés social e despatrimonializante. Causa principal dessa mudança axiológica é a colocação do princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil (artigo 1º, inciso III), no epicentro do ordenamento jurídico, gerando, por conseguinte, a constante humanização de todos os seus institutos relacionados as relações civis.

Em virtude deste viés constitucional, além de respeitar o princípio da hierarquia das normas, a legislação ordinária, ao respeitar os ditames do texto constitucional, é elevada a um patamar superior, passando a regular e fornecer respostas para os inúmeros conflitos existentes nos grupos sociais, equilibrando os desejos e necessidades da sociedade.

Nesta nova sistemática não cabe ao jurista apenas interpretar as normas conforme a Constituição, mas reconhecer e garantir que o conteúdo axiológico descrito na Carta Política seja aplicado diretamente às relações jurídicas, trazendo concretude à Constituição da República.

A invocação do princípio da dignidade humana para regular as ações entre particulares visa a proteger os chamados direitos de personalidade. De fato, o atual Código Civil de 2002, ao cuidar desses tais direitos, ainda que de forma tímida, optou por normas capazes de proteger a dignidade humana.

Enfim, a necessidade de tutelar a dignidade humana e os direitos de personalidade faz com que a norma constitucional seja vista e percebida enquanto uma genuína cláusula aberta de promoção dos ideais sociais emanados no texto constitucional.

A doutrina aponta que as características principais da constitucionalização do direito civil seriam: a preponderância das situações existenciais frente às patrimoniais, a preocupação com a historicidade e a relatividade na interpretação-aplicação das normas jurídicas, a prioridade da função dos institutos jurídicos em relação a sua estrutura e, por fim, a aplicação direta dos princípios constitucionais às relações entre particulares (MORAES, 2014).

Assim, é possível verificar que a constitucionalização do direito civil aproximou o estudo das relações privadas sob o prisma dos ideais sociais emanados no texto constitucional, conferindo, assim, uma nova personalidade ao direito privado.

Não obstante, o jurista deve ter cautela na adoção imoderada dos valores constitucionais, sob pena de incorrer em banalização do uso dos princípios fundamentais, como razão de decidir; insegurança jurídica e conferência de poder excessivo ao juiz, legitimando-o a invadir a tradicional esfera da autonomia privada a seu bel prazer, invocando princípios de elevado grau de abstração para justificar decisões de cunho pessoal.

O aplicador do direito não se deve deixar seduzir, em meio à imensidão do conteúdo normativo, a resolver uma controvérsia pelo simplismo de uma norma específica ou de um único artigo de lei. Ao revés, deve solucioná-la em conformidade com todo o ordenamento jurídico, e, em particular, de seus princípios fundamentais.

Portanto, a metodologia do direito civil contemporâneo deve se equilibrar entre estes dois extremos. Não se pode limitar ao legalismo restrito, sob pena de se transformar em mero reproduzidor de normas cada vez mais específicas e numerosas, nem deve se ater apenas ao subjetivismo jurídico que impede uma unidade de ação.

REFERÊNCIAS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. NBR 6023: Informação e Documentação - Referências - Elaboração. Rio de Janeiro: ABNT, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo**. In: JUSTO, Direito Civil Constitucional e outros estudos em homenagem ao Prof. Zeno Veloso. São Paulo: Método, 2014.

_____. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf>>. Acesso em: 14 jun. 2017.

_____. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito**. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7547>>. Acesso em: 15 jul. 2017.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 19 jun.2017.

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 7 jun. 2017.

_____, Superior Tribunal de Justiça. Recursos Especial n. 1195995/SP. Rel. Ministra Nancy Andrighi, Rel. p/ Acórdão Ministro Massami Uyeda. Julgado em 22 mar. 2011

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 23452. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 16 de setembro de 1999.

_____. ADPF n. 54/DF. Rel. Min. Marco Aurélio. Julgamento em 11 e 12 abr. 2004.

_____. Recurso Extraordinário nº 351750/RJ. Relator: Ministro Marco Aurélio. Relator p/ Acórdão: Ministro Carlos Britto. Brasília, 17 de março de 2009.

CASSIUS, Árbitro. **Arremesso de anão – Dignidade humana x Direito de trabalhar**. Disponível em: <<http://cassiuschess.blogspot.com.br/2013/03/arremesso-de-anao-dignidade-humana-x.html>>. Acesso em: 9 jun. 2017.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 6. ed. Salvador: JusPODIVM, 2012.

DIÓGENES JUNIOR, José Eliaci Nogueira. **Aspectos gerais das características dos direitos fundamentais**. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,aspectos-gerais-das-caracteristicas-dos-direitos-fundamentais,37841.html#_ftn2>. Acesso em 3 jun. 2017.

DUQUE, Marcelo Schenk. **Curso de Direitos Fundamentais: Teoria e Prática**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FACHIN, Luiz Edson. **Responsabilidade civil contemporânea no Brasil: notas para uma aproximação**. Disponível em: <<https://www.fachinadvogados.com.br/artigos/FACHIN%20Responsabilidade.pdf>>. Acesso em 13 jul. 2017.

FEIO, Kleber. **Uma breve apresentação da responsabilidade civil objetiva genérica no Código Civil Brasileiro de 2002**. In: JUSTO, Direito Civil Constitucional e outros estudos em homenagem ao Prof. Zeno Veloso. São Paulo: Método, 2014, p. 890/899.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

HEUSELER, Denise; LEITE, Gisele. **A ótica contemporânea do Princípio da Dignidade Humana**. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9364>. Acesso em 28 jun. 2017.

KONDER, Carlos Nelson. **Distinções Hermenêuticas da Constitucionalização do Direito Civil**. In: In: TERRA, Aline de Miranda Valverde. **Direito Civil Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2016.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 2.

LOPES, Miotto Lucas. **Eu Não Quero Saber! Uma Defesa Do Direito De Não Saber Como Independente do Direito à Privacidade**. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br:8080/portal/conteudo/eu-nao-querer-saber-uma-defesa-do-direito-de-nao-saber-como-independente-do-direito-a>>. Acesso em 19 jun. 2017.

MARANHÃO, Ney Stany Moraes. **Responsabilidade civil contemporânea: influência constitucional e novos paradigmas**. Disponível em: <

<http://egov.ufsc.br:8080/portal/conteudo/responsabilidade-civil-contempor%C3%A2nea-influ%C3%Aancia-constitucional-e-novos-paradigmas>> acesso em 13 jul. 2017.

MATTAR, José Marques. **A Dignidade da Pessoa Humana como fundamento do Estado Democrático de Direito**. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/rede-23-julho-2010-joaquim-mattar.pdf>> acesso em 2 mai. 2017.

MORAES, Alexandre. **Os 10 anos da Constituição Federal**. São Paulo: Atlas, 1999, p. 178

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Perspectivas a partir do Direito Civil-Constitucional**. In: JUSTO, Direito Civil Constitucional e outros estudos em homenagem ao Prof. Zeno Veloso. São Paulo: Método, 2014.

MULHOLLAND, Caitlin. **O Direito de não saber como decorrência do direito à intimidade** – Comentário ao REsp 1.195.995. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 1, n. 1, jul.-set./2012. Disponível em: <<http://civilistica.com/direito-de-nao-saber/>>. Acesso em 19 jun. 2017.

NEGREIROS, Teresa. **Teoria do Contrato: Novos Paradigmas**. 1ª edição, Renovar, Rio de Janeiro, 2001. 552 p.

PASTRE, Daniel Fernando. **Efeitos da Constitucionalização do Direito Privado na Interpretação dos Contratos: Análise Doutrinária e Jurisprudencial**. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9945>. Acesso em 7 jun. 2017.

PEREIRA, Lygia da Veiga. **Células-tronco embrionárias e clonagem terapêutica**. In: ZAGO, Marco Antônio; COVAS, Dimas Tadeu (Org.). *Células-tronco: a nova fronteira da medicina*. São Paulo: Atheneu, 2006.

REALE, Miguel. **O novo Código Civil e seus críticos**. Disponível em <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/ncc/nccc.htm>>. Acesso em 2 mai. 2017.

_____. **Projeto de Código Civil: Velho ou não?** Disponível em: <<http://www.mundonotarial.org/velho.html>>. Acesso em 4 jul. 2017.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: direito de família**: volume 6 – 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

TAVARES, André Ramos. **Aspectos Constitucional-Civis do Direito Fundamental à Imagem**. In: JUSTO, Direito Civil Constitucional e outros estudos em homenagem ao Prof. Zeno Veloso. São Paulo: Método, 2014.

_____. **Curso de Direito Constitucional**, São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

TEFFÉ, Chiara Antonia Spadacci de; CHEDIEK, Juliana da Silva Ribeiro Gomes. **A aplicação da metodologia do Direito Civil Constitucional na realidade jurídica brasileira: os exemplos do direito de não saber e das famílias simultâneas**. In: TERRA, Aline de Miranda Valverde. Direito Civil Constitucional. São Paulo: Atlas, 2016.

VAZ, Paulo Junio Pereira. **Judicialização de direitos fundamentais e ativismo judicial: o STF e o direito à vida, uma análise da ADPF 54 à luz da nova "summa divisio" constitucionalizada no Brasil**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 21, n. 4692, 6 mai 2016. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/34797>>. Acesso em: 19 jun. 2017.