

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
FACULDADE MINEIRA DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO
MESTRADO EM DIREITO PRIVADO

O IDOSO E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE:
uma abordagem civil-constitucional.

Juliano Junqueira de Faria

Belo Horizonte
2006

JULIANO JUNQUEIRA DE FARIA

O IDOSO E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE:
uma abordagem civil-constitucional.

Dissertação apresentada ao Programa de Pós Graduação em Direito, nível mestrado, da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do Título de Mestre em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Taisa Maria Macena de Lima

Belo Horizonte
2006

Juliano Junqueira de Faria

**O IDOSO E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE:
*uma abordagem civil-constitucional.***

Dissertação apresentada ao Programa de Pós Graduação em Direito, nível mestrado, da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, como requisito parcial para a obtenção do Título de Mestre em Direito.

Profa. Dra. Taisa Maria Macena de Lima (Orientadora) – PUC Minas

Profa. Dra. Silma Mendes Berti – UFMG

Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiúza – PUC Minas

Prof. Dr. André Cordeiro Leal (Suplente) – PUC Minas

*Dedico este trabalho a duas
pessoas que tanto amo e que estão
a querer exercer seus direitos de
idosos, dada a idade que possuem:
Sandro e Gilda, meus pais e
maiores incentivadores.*

*Também dedico este trabalho à
Liana, ao lado de quem pretendo
envelhecer e viver até os últimos
dias de minha vida.*

Agradeço à Profa. Dra. Taisa Maria Macena de Lima, minha orientadora, por toda a atenção e carinho com que aceitou o encargo da orientação.

Agradeço aos colegas e professores da PUC Minas, que me convenceram da importância do mestrado em nossa vida profissional.

Agradeço aos meus colegas de escritório, Fabrício e Felipe, que sempre me incentivaram e não se incomodaram em ter de suprir a minha ausência.

“Onde fosse possível vencer uma vez a velhice, seria possível vencê-la segunda, terceira e assim sucessivamente. Em última análise, não envelhecer é não morrer”

Edgard Morin

RESUMO

Diante do envelhecimento da população brasileira, o que se percebe pelo crescente aumento do número de pessoas residentes com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, optamos por realizar o presente trabalho com o objetivo de conhecer os direitos da personalidade como protetores dos vários atributos da pessoa humana, assegurando o seu ser no mundo e, bem assim, para constatar a sua aplicação às pessoas idosas. Após ampla pesquisa bibliográfica e documental, com o estudo de leis e de decisão judicial, chegamos à conclusão acerca da existência de uma cláusula geral de tutela e promoção personalidade no ordenamento jurídico brasileiro, a qual tem a sua origem no princípio da dignidade da pessoa humana, previsto como fundamento do Estado brasileiro pela Constituição da República de 1988. Ademais, especificamente quanto à pessoa idosa, verificamos a existência de uma legislação repetida, como resultado da impotência dos métodos de controle social em alcançarem o seu fim. Por fim, concluímos que a pessoa idosa faz-se titular de direitos da personalidade à maneira de qualquer outra pessoa submetida ao ordenamento jurídico brasileiro, sendo dispensável a repetida legislação protetora de referidos direitos, a não ser no que se refere às específicas situações atinentes à condição e qualidade própria das pessoas idosas.

Palavras-chave: idoso, personalidade, dignidade, direitos.

ABSTRACT

Considering the aging of the Brazilian population, which may be noticed as the increasing of resident people with age equal or superior to 60 (sixty) years old, the present work has the objective of understanding the rights of the personality and its application to the elders as a way of protection of the human person's several attributes, that assures their existence in the world. After wide bibliographical and documental review including studies of statute law and judicial decisions, it was reached that, in Brazilian Law, the principle of human being dignity has a general clause of protection and promotion of the personality, which can be foreseen as foundation of the Brazilian State after the 1988 Constitution of the Republic. Besides, the repeated legislation destined exclusively for the elders is a result of impotent methods of social control, and also, it is useless to reach its finality. Once stated that the elder has personality rights like any other person submitted to Brazilian Law, one may conclude that the repeated protecting legislation is only not dispensable at the specific point where it refers to some particular situations and conditions of the elders in their own quality.

Key words: senior, personality, dignity, rights.

LISTA DE ABREVIATURAS

CC – Código Civil Brasileiro

CR/88 – Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística

INSS – Instituto Nacional do Seguro Social

SUS – Sistema Único de Saúde

SUMÁRIO

1 – INTRODUÇÃO	11
2 – APONTAMENTOS SOBRE O ESTADO DE DIREITO	19
2.1 – O ESTADO DE DIREITO	20
2.1.1 – O Estado Liberal de Direito	22
2.1.2 – O Estado Social de Direito	23
2.1.3 – O Estado Constitucional	25
2.1.4 – O Estado Democrático	28
3 – A LEGISLAÇÃO POR PRINCÍPIOS	32
3.1 – A NORMATIVIDADE DOS PRINCÍPIOS	37
3.1.1 – O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana	43
4 – A PERSONALIDADE	52
4.1 – EXISTÊNCIA E DURAÇÃO DA PERSONALIDADE	59
4.2 – A CAPACIDADE	62
5 – OS DIREITOS DA PERSONALIDADE	65
5.1 – EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE	67
5.2 – NATUREZA JURÍDICA	72
5.3 – FONTES DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE	77
5.4 – CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE	80
5.5 – TIPIFICAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE	84
5.6 – A CLÁUSULA GERAL DE TUTELA E PROMOÇÃO DA PESSOA HUMANA	87
6 – O SISTEMA POSITIVO BRASILEIRO DE PROTEÇÃO DA PERSONALIDADE	93
6.1 – O SISTEMA LEGAL BRASILEIRO DE PROTEÇÃO AO IDOSO	97
6.1.1 – O Estatuto do Idoso	100
6.1.1.1 – <i>Do Direito à Prioridade</i>	102
6.1.1.2 – <i>Do Direito à Vida</i>	103
6.1.1.3 – <i>Do Direito à Liberdade</i>	104
6.1.1.4 – <i>Do Direito ao Respeito e à Dignidade</i>	106
6.1.1.5 – <i>Do Direito aos Alimentos</i>	107
6.1.1.6 – <i>Do Direito à Saúde</i>	108
6.1.1.7 – <i>Do Direito à Educação, Cultura, Esporte e Lazer</i>	110
6.1.1.8 – <i>Do Direito à Profissionalização e ao Trabalho</i>	112
6.1.1.9 – <i>Da Previdência Social</i>	113
6.1.1.10 – <i>Da Assistência Social</i>	114
6.1.1.11 – <i>Da Habitação</i>	115
6.1.1.12 – <i>Do Transporte</i>	116

7 – A REAFIRMAÇÃO DE DIREITOS DIANTE DA INSUFICIÊNCIA DOS INSTRUMENTOS DE CONTROLE SOCIAL	118
8 – ANÁLISE DE ALGUMAS SITUAÇÕES JURÍDICAS EM QUE SE DEPARA COM A QUESTÃO DO IDOSO	128
8.1 – O DIREITO DE PRIORIDADE	128
8.2 – O IDOSO E A SAÚDE	130
8.3 – A ATUAÇÃO DO IDOSO NO MERCADO DE TRABALHO	132
8.4 – A RESPONSABILIDADE FAMILIAR DO IDOSO	133
8.5 – A PENHORABILIDADE DO LAR DOS IDOSOS	135
8.6 – A INCONSTITUCIONALIDADE DO INCISO II DO ARTIGO 1.641 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002	138
9 – CONCLUSÕES	141
10 – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	147

1 – INTRODUÇÃO

O tema eleito guarda relação com os direitos da personalidade os quais, na vigência do Estado Democrático de Direito, tornam-se objeto de consideração sob uma ótica constitucional.

Versando sobre questões de Teoria Geral do Direito, este trabalho tem o seu objeto de pesquisa fixado nos direitos da personalidade e na sua titularidade por pessoas idosas. Busca-se definir o tratamento que deve ser dado aos direitos da personalidade de que possam ser titulares.

Justifica-se o tema ora proposto pela importância que assume a questão do idoso em nosso país. Em 2000, foi realizado o último censo demográfico no Brasil, pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística¹ (IBGE). O levantamento estatístico demonstrou a existência de uma população residente, àquela época, de 169.799.170 (cento e sessenta e nove milhões, setecentos e noventa e nove mil e cento e setenta) habitantes². Do total, mais de 14.000.000 (quatorze milhões) eram pessoas com idade acima dos 60 (sessenta) anos, o que corresponde a montante superior a 8% (oito por cento) da população residente à época.

¹ Censo, conforme definição de Aurélio Buarque de Holanda, é “o conjunto dos dados estatísticos dos habitantes de uma cidade, província, estado, nação, etc., com todas as suas características”. Segundo informação prestada pelo IBGE em seu endereço eletrônico (www.ibge.gov.br), “os censos populacionais constituem a única fonte de informação sobre a situação de vida da população nos municípios e localidades. As realidades locais, rurais ou urbanas, dependem dos censos para serem conhecidas e atualizadas”.

² Informação disponível no endereço eletrônico <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2000/tabelabrasil111.shtm>> Acesso em 30 nov. 2005.

O mesmo IBGE projeta para o ano de 2010 uma população brasileira no total de 196.834.086 (cento e noventa e seis milhões, oitocentos e trinta e quatro mil e oitenta e seis) habitantes e para o ano de 2020 uma população de 219.077.729 (duzentos e dezenove milhões, sessenta e sete mil, setecentos e vinte e nove) habitantes. Para as mesmas datas, está projetada uma população de habitantes maiores de sessenta anos no montante de 19.282.048 (dezenove milhões, duzentas e oitenta e duas mil e quarenta e oito) pessoas e 28.321.801 (vinte e oito milhões, trezentas e vinte e uma mil e oitocentas e uma) pessoas, respectivamente. Dessa forma, tem-se que, para 2010, projeta-se uma população de pessoas com idade superior a 60 (sessenta) anos correspondente a 9,8% (nove inteiros e oito décimos por cento) do total da população, enquanto que, para 2020, o número corresponde a 12,93% (doze inteiros e noventa e três centésimos por cento) do total. Para o ano de 2050, há uma projeção de 64.050.979 (sessenta e quatro milhões, cinqüenta mil e novecentas e setenta e nove) pessoas com mais de 60 (sessenta) anos para uma população total de 259.769.964 (duzentos e cinqüenta e nove milhões, setecentos e sessenta e nove mil, novecentos e sessenta e quatro) habitantes (IBGE, 2004), o que corresponde, em percentual, a 24,66% (vinte e quatro inteiros e sessenta e seis centésimos por cento).

A população brasileira, pelo que se demonstra, está envelhecendo. E o certo é que a velhice é uma fase natural da vida de toda e qualquer pessoa. Não há como fugir deste ciclo: nascimento, crescimento, envelhecimento e morte. Morrer prematuramente ou envelhecer – não existe alternativa.

Razões poderiam ser apresentadas para justificar o aumento populacional aqui referido, inclusive com a utilização de novos dados estatísticos. Argumentos

quanto à taxa de natalidade e à de mortalidade poderiam justificar a tendência. Não é esse, entretanto, o objeto que se propõe.

O que não se pode deixar de mencionar é que a expectativa de vida do cidadão brasileiro tomou o rumo ascendente. O progresso científico certamente contribuiu para tanto. O desenvolvimento tecnológico da agropecuária permitiu o acesso de grandes massas populacionais a alimentos de melhor qualidade. Os avanços científicos da tecnologia conduziram a novas noções de saneamento e higiene, à vacinação em massa, aos antibióticos, à descoberta do colesterol e dos benefícios da atividade física (VARELA, 2003). Novas técnicas da medicina de diagnóstico possibilitam a prevenção e cura de doenças em estágios iniciais. Tratamentos passam a existir para doenças até pouco tempo atrás tidas como incuráveis. Estas, possíveis causas do aumento da expectativa de vida do brasileiro.

Dados do IBGE também demonstram que, em 1991, a esperança de vida ao nascer do cidadão brasileiro era de 66,03 anos. A mesma esperança de vida chegou a 68,10 anos em 1998, passando a casa dos 71 anos em 2003. Ainda em sede de projeção, a esperança de vida ao nascer seria de 73,4 anos em 2010, 76,06 anos em 2020 e 81,29 anos em 2050 (IBGE, 2004).

O flagrante aumento do número de idosos residentes no Brasil, aliado ao crescente aumento da expectativa de vida do cidadão, exige que seja assegurada uma vida digna àqueles, bem como que, pelo simples fato de serem pessoas, sejam reconhecidos e garantidos todos os seus direitos.

O processo de envelhecimento faz parte das experiências do ser vivo. Os idosos estão aí. São presença certa em nossa vida pessoal, afetiva e intelectual. Conforme afirma Sônia de Amorim Mascaro,

estamos em constante sintonia com eles em nossa vida familiar e no trabalho e também por meio dos jornais, da televisão, do cinema, da literatura, da música, das artes. Podemos nos comover, nos emocionar e aprender com sua experiência e sua criatividade. Cada um deles nos transmite uma imagem pessoal e particular do que seja envelhecer. Muitas imagens são luminosas, vigorosas, expressando e traduzindo tranqüilidade, felicidade e sabedoria nessa fase da existência. Outras vezes nos defrontamos com imagens sombrias, tristes, refletindo uma situação de insegurança, carência e sofrimento. (MASCARO, 1998, p.9)

Num país como o Brasil, carregado de contrastes, envelhecer bem, com boa qualidade de vida, é ainda um privilégio (MASCARO, 1998, p.10). Basta atentar para as filas que se formam às portas do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), para que percebamos a situação degradante a que são relegados milhares e milhares de idosos em nosso país.

O envelhecimento, a vivência e a situação do idoso é marcadamente diferente se ele é rico ou pobre, se é saudável ou doente, se é dependente ou independente, se trabalha ou é aposentado, se mora em sua casa ou asilo, por exemplo. Um olhar à nossa volta faz com que constatemos a existência de muitos deles.

Há de se ter o cuidado com a terminologia aplicada. Não se deve confundir a figura do idoso com a do velho. O sujeito de direito não deve receber tratamento como se fosse uma determinada coisa. Arraigado está no seio de nossa sociedade o entendimento de que o vocábulo velho nos traz a idéia de algo obsoleto, gasto pelo uso ou significado que o valha.

Definir a idade em que o sujeito passa a ser considerado como idoso não é tarefa fácil. 50 (cinquenta), 60 (sessenta) ou 70 (setenta) anos, qual a idade do idoso? Em nossos dias, não é incomum encontrarmos pessoas que, aos 60 anos, são plenamente saudáveis, interessadas na vida e especialmente produtivas. É

possível, também, a notícia acerca de pessoas que, aos 80 (oitenta) anos, estão plenamente integradas na família e na sociedade. Por outro lado, é possível encontrarmos pessoas que, aos 50 (cinquenta) anos, encontram-se desgastadas, sofridas, doentes, que parecem possuir idade muitíssimo superior à que têm.

Para os fins do presente trabalho, optamos por considerar idoso aquela pessoa que possui idade superior a 60 (sessenta) anos, haja vista ser este o critério adotado pelo legislador, quando da edição da Lei Federal nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, que contém o Estatuto do Idoso³.

Toda e qualquer pessoa que mantenha vínculo com o ordenamento jurídico brasileiro é titular de direitos e garantias fundamentais. Dentre referidos direitos, encontram-se os direitos da personalidade. Relativamente à pessoa idosa, é a mesma objeto de específica proteção pela lei. Daí a necessidade de indagar se a pessoa idosa é titular de direitos da personalidade à maneira de qualquer outra pessoa, qual o conteúdo dos direitos dessa natureza cabíveis à pessoa idosa e, ainda, se a idade pode ser fator que delimite ou frustre o exercício de tais direitos ou mesmo a capacidade de seu titular. Esta é a problematização proposta.

Como hipótese, apresenta-se aquela segundo a qual as pessoas idosas são todas titulares de direitos da personalidade, os quais deverão ter seu exercício garantido. Esses, ainda, não sofrem alteração em seu conteúdo como decorrência da avançada idade de seu titular e, também, não podem ter seu exercício limitado ou frustrado em virtude dessa mesma idade. Ademais, cabe propor que sequer a capacidade do idoso pode ser molestada pelo fato de sua idade.

³ A Lei Federal nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, estabelece em seu artigo 1º: *“É instituído o Estatuto do Idoso, destinado a regular os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos”*.

Para tanto, utilizaremos como referencial teórico a concepção de Immanuel Kant acerca da dignidade humana. Como defende Kant (2002, p.68), ao ser humano, não há como ser atribuído um preço, mas dignidade, o que o torna insubstituível e causa da consideração de que deve ser considerado como um fim em si mesmo, e não como instrumento para a realização de fins outros. Por isso, o direito e Estado devem estar organizados em benefício dos indivíduos, sendo esses o fim último a ser alcançado, protegido e promovido.

Tal qual afirma Gustavo Tepedino, “*é imprescindível e urgente uma releitura do Código Civil e das leis especiais à luz da Constituição*” (TEPEDINO, 2001, p.1).

Necessário é estabelecer novos parâmetros para a definição de ordem pública, promovendo-se a releitura do direito civil à luz da Constituição. Como quer Tepedino, deve-se

privilegiar, insista-se ainda uma vez, os valores não patrimoniais e, em particular, a dignidade da pessoa humana, o desenvolvimento de sua personalidade, os direitos sociais e a justiça distributiva, para cujos atendimentos deve-se voltar a iniciativa econômica privada e as situações jurídicas patrimoniais. (TEPEDINO, 2001, p.22)

No presente trabalho, para o conhecimento, interpretação e delimitação dos direitos dos idosos, é indispensável que seja fixado o seu conteúdo, a fim de que suas relações, no dia-a-dia da sociedade, não sejam atingidas pela insegurança jurídica.

O plano de trabalho será desenvolvido, principalmente, segundo a análise de doutrinas nacionais e estrangeiras a respeito da constitucionalização do Direito Civil, dos direitos da personalidade, da dignidade da pessoa humana e da pessoa idosa,

não nos furtando ao levantamento legislativo e jurisprudencial que tem por objeto a proteção do idoso.

À exceção da introdução e da conclusão, o trabalho compõe-se de outros 7 capítulos.

No Capítulo 2, faremos alguns apontamentos sobre o Estado de Direito, a fim de que possamos conhecer as condições de existência do Estado Democrático de Direito brasileiro, que possui como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana.

No Capítulo 3, apresentaremos a tendência hodierna de legislar por cláusulas gerais, discutindo a existência dos princípios como normas dotadas de eficácia e determinando o conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil, constituída sob a forma de Estado Democrático de Direito.

No Capítulo 4, trataremos da personalidade como bem juridicamente protegido, de sua existência e duração e da capacidade.

No Capítulo 5, discorreremos sobre os direitos da personalidade, abordando sua evolução histórica, sua natureza jurídica, as suas fontes, características, tipificação, assim como a cláusula geral de tutela e promoção da dignidade da pessoa humana.

No Capítulo 6, abordaremos o sistema positivo brasileiro de proteção da personalidade, perpassando pela Constituição da República de 1988, pelo Código Civil de 2002 e por outras leis infraconstitucionais atinentes à matéria, dentre as quais as de proteção aos direitos dos idosos e, especialmente, a Lei Federal nº 10.741 de 1º de outubro de 2003, que contém o Estatuto do Idoso.

No Capítulo 7, apontaremos a nossa posição quanto à constante reafirmação de direitos da personalidade.

Por fim, no Capítulo 8, analisaremos algumas situações jurídicas em que se depara com a questão do idoso, quais sejam, as relativas ao direito de prioridade, aos planos de saúde, à sua atuação no mercado de trabalho, à responsabilidade familiar, à penhorabilidade dos lares de idosos e à inconstitucionalidade do inciso II do artigo 1.641 do Código Civil de 2002.

2 – APONTAMENTOS SOBRE O ESTADO DE DIREITO

O Estado brasileiro constitui-se sob a forma de Estado Democrático de Direito. A Constituição da República de 1988, ao tratar dos princípios fundamentais em seu Título I, traz no artigo 1º:

Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em um Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I – a soberania;

II – a cidadania;

III – a dignidade da pessoa humana;

IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V – o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Para o fim pretendido pelo presente trabalho, é indispensável que se determine o alcance e conteúdo do Estado Democrático de Direito, já que o problema perpassa a dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito brasileiro.

Indubitável, conforme afirma Adilson de Oliveira Nascimento (2004, p.16) que um dado modelo de Direito é determinado pelo modelo de Estado adotado em determinada época.

O Estado Democrático de Direito, como afirmado por Marcelo Cattoni Andrade de Oliveira (2002, p.62), surge na segunda metade do século XX. Para o autor,

no esteio dos novos movimentos sociais, tais como o estudantil de 1968, o pacifista, o ecologista e os da luta pelos direitos das minorias, além dos movimentos contraculturais, que passam a eclodir a partir da segunda metade da década de 60, a “nova esquerda”, a chamada esquerda não estalinista, a partir de duras críticas ao Estado do Bem-Estar – denunciando os limites e o alcance das políticas públicas, as contradições entre capitalismo e democracia –, quanto ao Estado de socialismo real – a formação de uma burocracia autoritária, desligada das aspirações populares, cunha a expressão Estado Democrático de Direito. (OLIVEIRA, 2002, p. 62)

José Joaquim Gomes Canotilho fala da existência do Estado Constitucional. Segundo o autor português, *“qualquer que seja o conceito e a justificação do Estado – e existem vários conceitos e várias justificações – o Estado só se concebe hoje como Estado constitucional”* (CANOTILHO, 2002, p.92).

Como lembra Canotilho, o constitucionalismo procurou justificar um Estado submetido ao direito. Segundo suas palavras, *“tentou estruturar um Estado com qualidades”* (CANOTILHO, 2002, p.93). E, para que o Estado constitucional fosse identificado como um Estado com qualidades, deveria ser um Estado de Direito Democrático. Daí as duas qualidades do Estado Constitucional: Estado de direito e Estado democrático.

2.1 – O ESTADO DE DIREITO

Nascimento assevera que o ideário do Estado de Direito nasce no século XVIII, visando à superação do Estado Absolutista. Neste, o poder tinha a sua origem

no príncipe, onde estava centralizado. Essa centralização impunha restrições ao cidadão, “*que somente poderia demandar o Estado em busca de direitos privados, inexistindo qualquer garantia ou direito de natureza pública a beneficiá-lo*” (NASCIMENTO, 2004, p.21).

Diante da opressão absolutista, surgem movimentos que determinam o sepultamento daquele regime. O Movimento Iluminista tem seu lugar de destaque nessa fase da história. O poder é destituído de sua origem divina, passando a ser visto como vontade dos indivíduos, que se organizam em sociedade e criam o Estado⁴.

O Iluminismo foi o movimento intelectual europeu do século XVII, o chamado século das luzes. Caracterizava-se o movimento por defender a ciência e a racionalidade contra a fé, as superstições e os dogmas religiosos da idade média e, no plano político, as liberdades individuais e os direitos dos cidadãos, funcionando a razão como fonte do conhecimento (AMARAL, 2003a, p.67-68).

Para Francisco Amaral,

no campo jurídico, o racionalismo embasava a doutrina do direito natural, rectius, do jusracionalismo, que defendia a racionalização e a sistematização do direito, isto é, a reunião dos princípios e regras num corpo unitário e coerente, o sistema jurídico. A razão iluminista preconizava, assim, a idéia de sistema no direito, do que resultaram os códigos e as constituições do século XVIII e XIX. Diz-se, por isso, que a ligação do iluminismo com o jusracionalismo produziu a primeira onda de codificação moderna. Os códigos são a representação da sistematicidade do direito e levam ao desenvolvimento do pensamento sistemático na realização do direito. (AMARAL, 2003a, p.68)

⁴ Nascimento apresenta, como expoentes dessa linha de pensamento, Hobbes, Locke e Rousseau, que influenciaram a Revolução Americana de 1776 e a Revolução Francesa de 1789, dando origem ao constitucionalismo – principal característica do Estado de Direito.

2.1.1 – O Estado Liberal de Direito

Primeiramente, fala-se na existência de um Estado Liberal de Direito, que advém em oposição ao Estado Absolutista, firmando as suas características em contraposição ao modelo anterior.

Não mais era possível a convivência com o poder centralizado nas mãos do rei. A perspectiva individualista e burguesa exigia que fosse afastada dos negócios privados a intervenção estatal. O poder desloca-se para os cidadãos, que passam a eleger representantes para manejá-los. O ideário liberal determinava que o indivíduo fosse livre para agir e realizar suas opções fundamentais, esperando-se do Estado apenas que organizasse um exército para a defesa da sociedade e que assegurasse boa convivência interna entre a polícia e o Poder Judiciário – órgãos incumbidos de aplicar as leis. O Estado deveria ser um Estado absenteísta (NASCIMENTO, 2004, p.22).

Dessa evolução, surge a denominação Estado de Direito, visto que, para alcançar seus objetivos, a sociedade deveria organizar-se politicamente por normas previstas em uma Constituição, autolimitando os poderes estatais, e estabelecendo as garantias individuais. Nesse sentido, o Estado utiliza o Direito Positivo para garantir a certeza nas relações sociais, compatibilizando os interesses privados de cada um com o interesse de todos, deixando a felicidade ou a busca da felicidade nas mãos de cada indivíduo. (NASCIMENTO, 2004, p.23)

Historicamente, o Estado Liberal de Direito consegue romper com o antigo regime. O Estado passa a ter limites quanto à sua atuação, transformando-se “o súdito subserviente em cidadão” (NASCIMENTO, 2004, p.25). Politicamente,

estabelece-se a separação de poderes como forma de controle recíproco. Daí a tríplice divisão de poderes de Montesquieu: Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário⁵, coexistentes no sistema de freios e contra-pesos, o que impunha os limites à atuação do Estado, ao mesmo tempo em que funcionava como proteção aos direitos de liberdade individual.

2.1.2 – O Estado Social de Direito

Muito embora o regime do Estado Liberal tivesse determinado o rompimento com a ordem anterior, conforme apontado acima, o dito regime esgotou-se, sendo ineficaz para a satisfação de necessidades existentes no seio da sociedade.

A concepção liberal-individualista-burguesa excluía a maior parcela da população, que gozava de igualdade formal, e não de igualdade material, esta última, inatingível para os menos favorecidos, submetidos às normas do livre mercado e abstencionismo estatal, que os impossibilitava de vencer a força inercial social-classista a que estavam submetidos. (NASCIMENTO, 2004, p.25)

O Estado Liberal entra em crise, diante da sua impotência de implementar um estado de igualdade material. Não obstante estivesse consagrado um estado de

⁵ Anota Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira (1998, p.38-39) que, ao Poder Legislativo, cabia a elaboração das leis, principal fonte do direito, em obediência às limitações constitucionais. Por sua vez, ao Poder Judiciário, caberia resolver conflitos de interesses, quando provocado, enquanto que, ao Executivo, caberia implementar o direito, garantindo certeza e segurança jurídicas e sociais.

igualdade formal, os privilégios encontravam-se nas mãos da burguesia, que funcionava como classe dominante à subserviente classe proletária. O regime capitalista gerava a acumulação de capital pela burguesia, que impunha a subserviência da classe proletária⁶.

O modelo do Estado Social surge após a primeira guerra mundial, estando seu ideário representado pela Constituição do México de 1917 e pela Constituição de Weimar de 1919.

A sociedade passa a ser vista como uma sociedade conflituosa, em que vários grupos disputam para a satisfação de seus próprios interesses. Assim, não se aceita mais a neutralidade absenteísta do Estado Liberal, exigindo-se uma atuação pormenorizada do Estado no estabelecimento de pautas públicas de vida boa, através de intervenção econômica. Nascimento anota que o Estado intervém

com uma proposta de bem-estar social, que implica em manutenção artificial da livre concorrência e da livre iniciativa, compensando as desigualdades sociais pela prestação estatal de serviços e concessão de direitos sociais. O cidadão passa a ser cliente do Estado. (NASCIMENTO, 2004, p.27)

Nesse contexto, a Constituição torna a ser considerada como medida material da sociedade, prescrevendo programas políticos, procedimentos e competências.

Sob esse modelo, a separação de poderes é revista, vindo a ser considerados como funções do Estado.

⁶ Nascimento (2004, p.26) anota que, “em tese, qualquer um poderia ter ascensão social, confundida com um maior nível de felicidade individual. Todavia, a realidade mostrava que somente a burguesia, entendida como grupo social que acumulava o capital, poderia gozar de tais benesses. O afastamento (absenteísmo) estatal era fator proeminente neste estado de coisas, preponderando para o sistema de castas vigente”.

O poder executivo passa a ser dotado de instrumentos jurídicos intervencionistas, econômicos e sociais, em nome do interesse público. O legislativo fiscaliza a administração pública e a atuação econômica do Estado. O judiciário aplica o direito material vigente de modo construtivo. (NASCIMENTO, 2004, p.27)

Fala-se em Estado do Bem-Estar Social ou *Welfare State*. De uma situação de omissão dos poderes públicos, ou seja, absenteísta quanto à atividade individual privada, passa-se para uma situação na qual exige-se do Estado intervenção ativa no sentido de assegurar prestações aos cidadãos.

Há o reconhecimento de direitos sociais e direitos coletivos.

Ocorre que, sob esse modelo, o Estado tendeu ao paternalismo. O poder, que anteriormente encontrava-se nas mãos do rei e, posteriormente, nas mãos da burguesia, transmuda para o próprio Estado, o qual torna-se extremamente intervencionista.

2.1.3 – O Estado Constitucional

Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias corrobora os ensinamentos de Joaquim José Gomes Canotilho, afirmando que o Estado de Direito é um Estado Constitucional. Para o autor, tal ocorre

em consequência do marcante e crescente constitucionalismo desenvolvido a partir dos processos constituintes americano e francês, que consagraram o princípio de constitucionalidade da ordem jurídica, de sorte a justificar o surgimento de um Estado vinculado ao direito. (DIAS, 2003, p.7-8)

A expressão 'Estado de Direito', conforme Dias (2003, p.1), advém de construção germânica. Segundo afirma, a teoria do Estado de Direito teria surgido em contraposição ao que se poderia chamar de Estado de Polícia, cujas características centrais poderiam assim ser resumidas:

- o predomínio da idéia de soberania centrada no monarca;
- a extensão do poder soberano ao âmbito religioso, assim exercendo autoridade eclesiástica;
- a assunção pelo Estado, no plano teórico, da promoção do bem estar e da felicidade dos súditos, missão confiada ao soberano e
- a configuração do Estado desvinculada do moderno constitucionalismo, designando a expressão *polícia* a administração estatal interna (DIAS, 2003, p.2).

José Alfredo de Oliveira Baracho (1977, p.126) leciona que o Estado de Direito expressa a realidade do Estado moderno, modelada por um ideal de racionalização jurídica da vida.

Fala-se em racionalização da vida jurídica em virtude de ter sido o Estado de Direito idealizado pela doutrina alemã não como forma especial de Estado ou de governo, mas como o 'Estado da razão' ou o 'Estado do entendimento', "*ou seja, aquele no qual se governasse segundo a vontade geral, com o objetivo de se alcançar o melhor para todos os indivíduos*", como afirma Dias (2003, p.3). Daí estaria a concepção de Estado de Direito como Estado de Direito racional, realizador dos princípios da razão, preservando a vida em comum das pessoas.

Dias acaba por identificar os elementos configuradores do Estado de Direito, já no século XX, que se encontrariam assentados nas seguintes bases:

- no império da lei, esta compreendida como expressão da vontade geral, ato formalmente emanado da função legislativa, exercida com a participação indispensável de representantes do povo;
 - na divisão dos poderes do Estado, entendida esta divisão, todavia, como separação das funções do Estado (legislativa, governamental e jurisdicional);
 - na legalidade da administração pública, isto significando atuação do Estado segundo a lei e sob suficiente controle jurisdicional;
 - nos enunciados dos direitos e liberdades fundamentais dos indivíduos, reconhecidos sob garantia jurídico-formal e efetiva realização material.
- (DIAS, 2003, p.4-5)

Vigora, como leciona Canotilho (2002, p.97), o império da lei, que se estende inclusive ao soberano. O próprio Estado, nas relações com seus súditos, submete-se a um regime de direito, segundo o qual as suas atividades são reguladas por um conjunto de normas, *“umas determinando os direitos outorgados aos indivíduos, preservando-lhes a liberdade, outras estabelecendo previamente as vias e os meios que podem ser empregados visando à realização dos fins do Estado”* (DIAS, 2003, p.5).

Nesse sentido, Carré de Malberg, citado por Dias (2003, p.5), assevera que o Estado de Direito é aquele que, a um só tempo, no seu ordenamento jurídico, prescreve regras relativas ao exercício do poder pelo Estado e assegura aos indivíduos, como sanção dessas regras, o poder jurídico de atuarem perante um

órgão jurisdicional, com o propósito de obterem a anulação ou a revogação dos atos estatais que as tenham infringido.

É a partir desse momento que a Constituição passa a ser concebida como a lei do Estado e de seu poder. Simone Goyard-Fabre, citada por Dias (2003, p.8), afirma que *“em menos de dois séculos, a Constituição foi considerada a escritura do Poder”*.

O Estado atual é um Estado que se encontra submetido a normas, especialmente as constitucionais. O poder estatal encontra-se limitado por uma constituição. Impõem-se as idéias de ‘Estado submetido ao direito’, de ‘constituição como vinculação jurídica do poder’ e de ‘governo das leis, e não dos homens’ (CANOTILHO, 2002, p.98).

2.1.4 – O Estado Democrático

Como já referido por Canotilho (2002, p.93), o Estado constitucional não é e nem deve ser apenas um Estado de Direito. O Estado constitucional é um Estado com qualidades. E são qualidades o Estado de Direito e o Estado Democrático.

Neste momento, é necessário enfatizar que o Estado Constitucional deve estruturar-se como Estado Democrático de Direito, no qual a ordem de domínio encontra-se legitimada pelo povo (CANOTILHO, 2002, p.98).

A coexistência do direito com o poder no Estado constitucional deve organizar-se em termos democráticos. A democracia encontra-se consagrada como fonte de legitimação do exercício do poder, que tem origem no povo, e que em nome dele deve ser exercido. Trata-se da legitimação democrática do poder, através da aplicação do princípio da soberania popular. A democracia faz-se necessária, não devendo ser considerada como entrave ao exercício do poder estatal. Trata-se, na verdade, de elemento que vai legitimar o exercício daquele poder estatal, na medida em que o povo é o destinatário das atividades do Estado.

Segundo Canotilho,

se quisermos um Estado constitucional assente em fundamentos não metafísicos, temos de distinguir claramente duas coisas: (1) uma é a da legitimidade do direito, dos direitos fundamentais e do processo de legislação no sistema jurídico; (2) outra é da legitimidade de uma ordem de domínio e da legitimação do exercício do poder político. O Estado “impolítico” do Estado de Direito não dá resposta a este último problema: donde vem o poder. Só o princípio da soberania popular segundo o qual “todo o poder vem do povo” assegura e garante o direito à igual participação na formação democrática da vontade popular. Assim, o princípio da soberania popular concretizado segundo procedimentos juridicamente regulados serve de “charneira” entre o “Estado de direito” e o “Estado democrático” possibilitando a compreensão da moderna fórmula do Estado de direito democrático. (CANOTILHO, 2002, p.100)

É sob o modelo do Estado Democrático de Direito ou, como quer Canotilho, Estado Constitucional Democrático de Direito, que se encontra constituída a República Federativa do Brasil.

Há de estabelecer-se a conexão entre o Estado de Direito e a democracia. O Estado, submetido a um regime de direito – no qual as atividades do próprio estado são reguladas por um conjunto de normas em obediência a um princípio de legalidade, as funções estatais encontram-se separadas e destinadas a órgãos distintos e no qual são reconhecidos direitos e liberdades fundamentais dos

indivíduos na busca de efetiva igualdade material – não pode ser concebido em desarmonia com a soberania popular.

E é nesse contexto, mesmo, que se deve buscar conhecer o atual Estado brasileiro. Para tanto, indispensável a leitura do preâmbulo da Constituição da República de 1988, que assim está redigido:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.

Constata-se que a ordem estatal vigente, já no seu início, encontra-se determinada pela qualidade democrática. A vontade manifestada, quando da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 era a de instituição de um Estado Democrático. Despiciendo, a nosso ver, é afirmar que, além de democrático, estava-se diante da instituição de um Estado, também, de direito. Basta constatar que, ainda no preâmbulo já apresentado, fez-se consignar que é objetivo da nova ordem instituída garantir direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos da sociedade.

A qualidade democrática é retomada pelo próprio texto constitucional, como já mencionado, no artigo 1º da Constituição da República que, ao tratar dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, determina no seu parágrafo único que todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos da mesma Constituição.

Sob esse modelo democrático, ou melhor, de um Estado Constitucional Democrático de Direito, repita-se, foi instituída a República Federativa do Brasil, a qual possui como fundamento a dignidade da pessoa humana, conforme disciplinado pelo artigo 1º, inciso III, da Constituição da República de 1988.

Dessa forma, não há como a questão do idoso em nosso país deixar de ser apreciada sob essa perspectiva. Não há lugar para uma interpretação que não parta da Constituição da República.

3 – A LEGISLAÇÃO POR PRINCÍPIOS

Conforme lembra Gustavo Tepedino (2000, p.2), o Código Civil tem sua origem nas doutrinas individualista e voluntarista que estão consagradas pelo Código de Napoleão e incorporadas pelas legislações do século XIX. No Brasil, a tendência inspirou o legislador do Código Civil de 1916.

Àquela altura, o valor fundamental era o indivíduo. O direito privado tratava de regular, do ponto de vista formal, a atuação dos sujeitos de direito, notadamente o contratante e o proprietário, os quais, por sua vez, a nada aspiravam senão ao aniquilamento de todos os privilégios feudais: poder contratar, fazer circular as riquezas, adquirir bens como expansão da própria inteligência e personalidade, sem restrições ou entraves legais. Eis aí a filosofia do século XIX, que marcou a elaboração do tecido normativo consubstanciado no Código Civil. (TEPEDINO, 2001, p.2)

Falava-se que o Código Civil funcionava como a Constituição do Direito Privado, posto que almejava a completude, no sentido de ser destinado a regular todas as possíveis situações jurídicas em que se podia imaginar o indivíduo. Buscava-se garantir segurança, não no sentido de segurança quanto aos resultados a serem conseguidos, mas no sentido de que era certa a disciplina regulamentadora dos negócios, “quanto às regras do jogo” (TEPEDINO, 2001, p.3). “Os chamados riscos do negócio, advindos do sucesso ou insucesso das transações, expressariam a maior ou menor inteligência, a maior ou menor capacidade do indivíduo” (TEPEDINO, 2001, p.3).

Anota-se que a almejada era da segurança e da estabilidade entra em declínio, o que ocorre diante do processo de industrialização e do advento da Primeira Guerra Mundial, exigindo intervenção estatal na economia.

Diz Tepedino que, nesse contexto,

o Estado legislador movimenta-se então mediante leis extracodificadas, atendendo às demandas contingentes e conjunturais, no intuito de reequilibrar o quadro social delineado pela consolidação de novas castas econômicas, que se formavam na ordem liberal e que reproduziam, em certa medida, as situações de iniquidade que, justamente, o ideário da Revolução Francesa visava debelar. (TEPEDINO, 2001, p.4)

Tornou-se necessária a edição de leis extravagantes, de modo excepcional, episódico e casuísta, permitindo que fossem reguladas situações não previstas pelo Código Civil⁷.

Num passo seguinte, aquela legislação que se pretendia episódica e casuística passa a impor-se em virtude das variadas situações jurídicas suscitadas pela realidade econômica e, simplesmente, não lembradas pelo Código Civil⁸.

Fala-se de uma segunda fase do processo interpretativo, em que se revela a perda do caráter de exclusividade do Código Civil na regulação das relações patrimoniais privadas. Ao lado do Código Civil formava-se toda uma legislação

⁷ Gustavo Tepedino (2001, p.4-5) anota que, não obstante a legislação extravagante, o Código Civil “mantinha a fisionomia de ordenador único das relações privadas, e as leis extravagantes, se contrariavam os princípios do Código Civil, o faziam de maneira excepcional, de modo que não desmentiam o sentido de completude e de exclusividade pretendido pelo Código”. As leis extracodificadas corroboravam o papel constitucional do Código no que concerne às relações privadas, permitindo que situações não previstas pudessem ser reguladas excepcionalmente pelo Estado.

⁸ No Brasil, a partir dos anos 30, “robusto contingente de leis extravagantes que, por sua abrangência, já não se compadeceriam com o pretendido caráter excepcional, na imagem anterior que retratava uma espécie de lapso esporádico na completude monolítica do Código Civil. Cuida-se de uma sucessão de leis que disciplinam, sem qualquer caráter emergencial ou conjuntural, matérias não previstas pelo legislador”, conforme ensina Gustavo Tepedino (2001, p.5).

especial, destinada a regular novos institutos, surgidos com a evolução econômica. Tomou corpo um direito especial, paralelo ao direito comum estabelecido pelo Código Civil (TEPEDINO, 2001, p.6), através do qual o legislador brasileiro levou a cabo longa intervenção assistencialista em atenção à política do Estado do Bem-Estar.

Os novos fatos sociais dão ensejo a soluções objetivistas e não mais subjetivistas, a exigirem do legislador, do intérprete e da doutrina uma preocupação com o conteúdo e com as finalidades das atividades desenvolvidas pelo sujeito de direito.

Esse estado de coisas enseja uma abrangência cada vez menor do Código Civil, contrapondo-o à vocação expansionista da legislação especial. A partir do longo processo de industrialização que tem curso na primeira metade do século XX, das doutrinas reivindicacionistas e dos movimentos sociais instigados pelas dificuldades econômicas que realimentavam a intervenção do legislador, verifica-se a introdução, nas Cartas políticas e nas grandes Constituições do pós-guerra, de princípios e normas que estabelecem deveres sociais no desenvolvimento da atividade econômica privada. Assumem as Constituições compromissos a serem levados a cabo pelo legislador ordinário, demarcando os limites da autonomia privada, da propriedade e do controle dos bens. A constituição brasileira de 1946 é um bom exemplo dessa tendência, expressa nitidamente na Constituição italiana de 1948. (TEPEDINO, 2001, p.6-7)

Nesse sentido, as Constituições passam a definir princípios antes reservados ao Código Civil e ao império da vontade. É o que ocorre com a função social da propriedade, os limites da atividade econômica e a organização da família, como afirma Tepedino (2001, p.7). O Código Civil deixa de ser considerado como a Constituição do direito privado.

Deixa-se, à margem, a preocupação com o indivíduo, voltando-se as atenções para as atividades por ele desenvolvidas e os riscos dela advindos. Tornam-se preocupação “as atividades, seus riscos e impacto social” (TEPEDINO, 2001, p.7), assim como “a forma de utilização dos bens disponíveis, de maneira a assegurar resultados sociais pretendidos pelo Estado” (TEPEDINO, 2001, p.7).

Materializa-se, na legislação extracodificada, a intervenção do legislador na nova realidade vigente.

Vultosa legislação setorial, que não se limita a regular aspectos especiais de certas matérias mas, disciplina-as integralmente, assume importância. É o que ocorre com várias leis especiais como, por exemplo, o Estatuto da Criança e do Adolescente⁹, o Código de Defesa do Consumidor¹⁰, a Lei de Locações¹¹ e o recente Estatuto do Idoso¹², os quais integram textos de lei que não se limitam a apresentar normas de conteúdo material, mas também, não raras vezes, de cunho processual e de direito administrativo, estabelecendo, inclusive, critérios interpretativos.

A técnica legislativa nesse momento que, até mesmo, encontra-se consagrada pelo texto da Constituição da República Federativa de Brasil de 1988, tem como característica a apresentação de objetivos concretos. Para Tepedino (2001, p.9), trata-se de objetivos que estão muito além da simples garantia de regras estáveis para os negócios.

O legislador vale-se de cláusulas gerais, abdicando da técnica regulamentar que, na égide da codificação, define os tipos jurídicos e efeitos deles decorrentes. Cabe ao intérprete depreender das cláusulas gerais os comandos incidentes sobre as inúmeras situações futuras, algumas delas sequer alvitadas pelo legislador, mas que se sujeitam ao tratamento legislativo pretendido por se inserirem em certas situações-padrão: a tipificação taxativa dá lugar a cláusulas gerais, abrangentes e abertas. (TEPEDINO, 2001, p.9)

⁹ Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990.

¹⁰ Lei Federal nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.

¹¹ Lei Federal nº 8.245, de 18 de outubro de 1991.

¹² Lei Federal nº 10.741, de 1º de outubro de 2003.

Nesse contexto, como acima afirmado, insere-se o tratamento dispensado ao idoso, através da Lei Federal nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, que contém o Estatuto do Idoso.

Oportuno e indispensável é lembrar que o tratamento destinado ao idoso tem guarida em expressa previsão da própria Constituição da República¹³. Relembra-se que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, possuindo como fundamento a dignidade da pessoa humana. Ademais, estabelece o artigo 230 da mesma Constituição da República que:

Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando a sua participação na comunidade, defendendo a sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

Por estar incluída no Título I da Constituição da República de 1988 (Dos Princípios Fundamentais), fala-se em Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, como fundante da ordem jurídica brasileira.

E é na própria Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 que se depara com questão fundamental para o presente trabalho. Como lembrado por Maria Celina Bodin de Moraes,

nos Estados democráticos, é na esfera política que são reconhecidos os valores comuns e estabelecidos os princípios fundamentais. O Direito Constitucional representa o conjunto de valores sobre os quais se constrói, na atualidade, o pacto da convivência coletiva, função que já foi exercida pelos códigos civis. À diferença, porém, da codificação, redigida pelos juristas à luz dos valores de uma classe dirigente, os textos constitucionais, ao menos tendencialmente, são elaborados por um legislador democrático. Desse modo, ignorar os princípios constitucionais, ou interpretá-los à luz do

¹³ E aqui se faz a referência de que esse tratamento não deve ser dispensado somente ao idoso, mas a toda e qualquer pessoa submetida ao ordenamento jurídico brasileiro. Faz-se a menção ao idoso, entretanto, por ser a sua pessoa objeto do presente trabalho, conforme já determinado anteriormente.

código civil, como ainda hoje, sob considerações variadas, alguns têm feito, significa desconsiderar o princípio da democracia ou tentar escamoteá-lo com a idéia de uma “razão lógica”, de um cientificismo obrigatório, ou apenas subordinar-se à força da tradição. (MORAES, 2003, p.70-71)

Toda essa tendência legislativa impõe-se em atenção aos novos reclames do direito privado, que não se adequam mais a modelos anteriores. Maria Giselda Fernandes Novaes Hironaka, ao discorrer sobre as tendências do Direito Civil atual, afirma que

um percurso preambular, todavia, há de ser obrigatoriamente percorrido por quem quer que pressinta o reclamo de crise e de transformação do direito privado, neste alvorecer de um milênio, qual seja, aquele percurso que perpassa o indivíduo, que ultrapassa o sujeito de direito e se faz presente ao lado do verdadeiro centro epistemológico do chamado direito pós-moderno: o ser humano e sua dignidade, em prol da realização de sua condição de cidadão solidário. O individualismo liberal que triunfara no século anterior, por influência, ainda, do evolver oitocentista, cede lugar ao personalismo ético como valor político-social fundante e legitimador, e a pessoa humana passa a ser o ponto central do direito. (HIRONAKA, 2003, p.106-107)

3.1 – A NORMATIVIDADE DOS PRINCÍPIOS

Consta consolidado na teoria do direito o entendimento de que as normas jurídicas podem ser classificadas em duas categorias: princípios e regras.

São de Paulo Bonavides as seguintes palavras:

tendo ocorrido já tanto aquela maturidade do processo histórico como a sua evolução terminal – a que se reportou o conspícuo jurista – faz-se agora, de todo o ponto possível asseverar, a exemplo de Esser, Alexy, Dworkin e

Crisafulli, que os princípios são normas e as normas compreendem igualmente os princípios e as regras. (BONAVIDES, 2005, p.271)

Ana Paula de Barcellos lembra que

a concepção normativa da Constituição quer significar que todas as normas constitucionais são normas jurídicas. Nada obstante, quando se afirma que a Constituição é norma jurídica, ou mais que isso, que os princípios nela inscritos são espécies de normas, é preciso esclarecer com a precisão possível os conceitos utilizados. (BARCELLOS, 2002, p.31)

Ganha importância, para o presente trabalho, a definição de princípio como norma dotada de eficácia, haja vista, como já se afirmou, a elevação do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil.

Para Ana Paula de Barcellos,

antes mesmo de mergulhar na classificação das normas (seja com fundamento em sua estrutura lógico-lingüística ou em sua função no ordenamento), a moderna teoria da norma identifica como elemento essencial do direito em geral, e da norma jurídica em particular, a imperatividade dos efeitos propostos. Isto é: a capacidade de impor pela força, se necessário, a realização dos efeitos pretendidos pela norma ou de associar algum tipo de consequência ao descumprimento voluntário da norma, consequência essa capaz de impor, ainda que substitutivamente, a realização do efeito normativo inicialmente previsto ou um equivalente. É o que Karl Larenz qualifica como ordenação de vigência, característica típica de cada proposição jurídica. (BARCELLOS, 2000, p.164)

Não basta, somente, que se reverencie os princípios como bases ou pilares do ordenamento jurídico¹⁴. Necessário é que se promova o estudo do princípio como

¹⁴ Para Miguel Reale (1996, p.299-300), os princípios são “*verdades fundantes*” de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da práxis. Continua o Autor afirmando que “*os princípios gerais de direito são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas*”. Por sua vez, Silvio de Salvo Venosa (2004, p.164), afirma que a importância dos princípios

espécie do gênero norma¹⁵, a fim de que, diante de todo o sistema jurídico, possam ser definidos seu conteúdo e eficácia.

Adotaremos, como ponto de partida para a definição de princípio como categoria normativa, os ensinamentos de Humberto Ávila, que constrói a sua teoria partindo da tradicional distinção entre princípios e regras.

Seguindo da evolução doutrinária acima mencionada, Humberto Ávila (2005, p.55) afirma que *“os princípios remetem o intérprete a valores e a diferentes modos de promover resultados”*¹⁶.

Concorda-se com a afirmação de que os valores possuem avaliação subjetiva. Paulo Nader leciona que

o homem é um ser em ação, que elabora planos e dirige o seu movimento, com objetivo de alcançar determinados fins. A escolha desses fins não é feita por acaso, mas em função do que o homem considera importante à sua vida, de acordo com os valores que elege. A atividade humana, em última análise, é motivada por projetos que o homem constrói e de cada providência que toma.

A idéia de valor está vinculada às necessidades humanas. Só se atribui valor a algo, na medida em que este pode atender a alguma necessidade. (NADER, 2003, p.64)

“decorre do fato de serem idéias fundamentais e informadoras da organização jurídica do Estado. Numa ou noutra conotação, ressalta-se a importância dessa fonte”.

¹⁵ Segundo Norberto Bobbio (1997, p.158-159), *“a palavra princípios leva a engano, tanto que é velha a questão entre os juristas se os princípios gerais são normas. Para mim não há dúvida: os princípios gerais são normas como todas as outras. E esta é também a tese sustentada por Crisafulli. Para sustentar que os princípios gerais são normas, os argumentos são dois, e ambos válidos: antes de mais nada, se são normas aquelas das quais os princípios são extraídos, através de um processo de generalização sucessiva, não se vê por que não devam ser normas também eles; se abstraio da espécie animal obtenho sempre animais, e não flores ou estrelas. Em segundo lugar, a função para qual são extraídos e empregados é a mesma cumprida por todas as normas, isto é, a função de regular um caso”.*

¹⁶ No mesmo sentido tem-se Ricardo Luis Lorenzetti (1998, p.317), para quem *“Os princípios são normas que recepcionam valores, como tais não podem ser mais do que aspirações, cujo grau de concreção varia segundo os sistemas jurídicos, os períodos históricos e a relação com as regras”.*

Entretanto, não é porque os princípios façam referências a valores, que se torna impossível encontrar comportamentos que sejam indispensáveis, em decorrência mesmo da positivação daqueles valores. Daí a razão para Ávila (2005, p.56) afirmar que os princípios podem ser investigados de forma a exaltar-se os valores por eles protegidos, ou de forma a privilegiar o exame de sua estrutura, para neles encontrar um procedimento racional de aplicação.

Para o autor,

de um lado, podem-se analisar os princípios de modo a exaltar os valores por ele protegidos, sem, no entanto, examinar quais são os comportamentos indispensáveis à realização desses valores e quais são os instrumentos metódicos essenciais à fundamentação controlável da sua aplicação. Nessa hipótese privilegia-se a proclamação da importância dos princípios, qualificando-os como alicerces ou pilares do ordenamento jurídico. Mais do que isso, pouco.

De outro lado, pode-se investigar os princípios de maneira a privilegiar o exame da sua estrutura, especialmente para nela encontrar um procedimento racional de fundamentação que permita tanto especificar as condutas necessárias à realização dos valores por eles prestigiados quanto justificar e controlar sua aplicação mediante reconstrução racional dos enunciados e das decisões judiciais. Nessa hipótese prioriza-se o caráter justificativo dos princípios e seu uso racionalmente controlado. A questão crucial deixa de ser a verificação dos valores em jogo, para se construir na legitimação de critérios que permitam aplicar racionalmente esses mesmos valores. (ÁVILA, 2005, p.56)

Partindo para a caracterização dos princípios, Humberto Ávila (2005) apresenta critério para a sua dissociação das regras.

Segundo o *critério da natureza do comportamento prescrito*, afirma-se que as regras podem ser dissociadas dos princípios, tendo-se em vista a forma como prescrevem o comportamento. Para o autor, as regras são “*normas imediatamente descritivas*” (ÁVILA, 2005, p.63), na medida em que estabelecem obrigações, permissões e proibições mediante a descrição da conduta a ser adotada. Assim, acabam por ser normas mediatemente finalísticas, posto que estabelecem

indiretamente fins que são alcançados quando realizados os comportamentos que prescrevem como devidos.

As regras são normas cujo elemento frontal é o descritivo. Possuem, nas palavras de Humberto Ávila, caráter deôntico-deontológico:

deôntico, porque estipulam razões para a existência de obrigações, permissões ou proibições; deontológico, porque as obrigações, permissões e proibições decorrem de uma norma que indica “o que” deve ser feito. (ÁVILA, 2005, p.64)

Daí afirmar-se, como o faz Humberto Ávila, que as regras são *normas-do-que-fazer*, razão pela qual seu conteúdo diz respeito a uma ação (ÁVILA, 2005, p.64).

Em contraposição, são os princípios *“normas imediatamente finalísticas”*, uma vez que estabelecem um estado de coisas a ser alcançado, para o que se faz necessária a adoção de determinados comportamentos (ÁVILA, 2005, p.63). Prossegue o autor, afirmando que os princípios são normas cuja qualidade primeira é a determinação de um fim juridicamente relevante, enquanto que as regras possuem a qualidade primeira de prescrever um determinado comportamento.

Com efeito, os princípios estabelecem um estado ideal de coisas a ser atingido, em virtude do qual deve o aplicador verificar a adequação do comportamento a ser escolhido ou já escolhido para resguardar tal estado de coisas. Estado de coisas pode ser definido como uma situação qualificada por determinadas qualidades. O estado de coisas transforma-se em fim quando alguém aspira conseguir, gozar ou possuir qualidades presentes naquela situação (...) Enfim, os princípios, ao estabelecerem fins a serem atingidos, exigem a promoção de um estado de coisas – bens jurídicos – que impõe condutas necessárias à sua preservação ou realização. (ÁVILA, 2005, p.63)

Em virtude dessa sua qualidade própria, Humberto Ávila afirma que os princípios possuem um caráter deôntico-teleológico:

deôntico, porque estipulam razões para a existência de obrigações, permissões ou proibições; teleológico, porque as obrigações, permissões e proibições decorrem dos efeitos advindos de determinado comportamento que preservam ou promovem determinado estado de coisas. (ÁVILA, 2005, p.63-64)

Nesse sentido, os princípios podem ser caracterizados por descreverem um estado ideal de coisas que só será realizado se determinado comportamento¹⁷ for adotado, muito embora não esteja estabelecido qual seja esse comportamento. Por dizer respeito a um estado ideal de coisas, os princípios são *normas-do-que-deve-ser*, haja vista não estabelecerem (leia-se prescreverem) comportamentos a serem observados para que o fim seja atingido. Seu conteúdo diz respeito a um estado ideal de coisas.

Promovendo essa dissociação quanto ao critério da natureza do comportamento prescrito, Humberto Ávila arremata:

ambas as normas, contudo, podem ser analisadas tanto sob o ponto de vista comportamental quanto finalístico: as regras instituem o dever de adotar o comportamento descritivamente prescrito, e os princípios instituem o dever de adotar o comportamento necessário para realizar o estado de coisas; as regras prescrevem um comportamento para atingir determinado fim, e os princípios estabelecem o dever de realizar ou preservar um estado de coisas pela adoção de comportamentos a ele necessários. Por isso, a distinção é centrada na proximidade de sua relação, imediata ou mediata, com fins que devem ser atingidos e com condutas que devem ser adotadas. Isso permite que o aplicador saiba, de antemão, que tanto os princípios quanto as regras fazem referência a fins e a condutas; as regras prevêem condutas que servem à realização de fins devidos, enquanto que os princípios prevêem fins cuja realização depende de condutas necessárias. (ÁVILA, 2005, p. 64-65)

¹⁷ Ou, também, comportamentos.

Diante disso, deve-se compreender o princípio da dignidade da pessoa humana como determinante de um estado de coisas. O princípio impõe como fim a ser perseguido a dignidade da pessoa humana – e certamente não é à toa que a dignidade da pessoa humana encontra-se prevista como fundamento da República Federativa do Brasil – para o que se faz necessária a promoção de um estado de coisas que se realiza mediante a concretização de comportamentos não previstos.

Se as normas constitucionais são normas jurídicas – e o são: este é uma axioma a respeito do qual não se transige – compartilham elas ao menos do elemento mais essencial da normatividade: também elas pretendem produzir efeitos que deverão ser levados a cabo coativamente se necessário. (BARCELLOS, 2000, p.168)

3.1.1 – O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Como já exposto, fala-se na existência de um princípio da dignidade da pessoa humana, como fundante da República Federativa do Brasil.

Tal princípio, dotado da qualidade de norma constitucional, não deve ser entendido apenas como verdade fundamental a orientar a interpretação do sistema do direito. Deve, sim, ser entendido como norma jurídica em geral, produzindo determinados efeitos que haverão de ser garantidos, mesmo que coativamente, pela ordem jurídica.

Já se afirmou que *“dignidade da pessoa humana é uma locução tão vaga, tão metafísica, que embora carregue em si forte carga espiritual, não tem qualquer valia*

jurídica” (BARROSO, 1998, p.296). Tal entendimento, entretanto, não deve prevalecer. Necessário é que se determine o significado da dignidade da pessoa humana, a fim de que se possa determinar os efeitos pretendidos pela norma.

Segundo informa Antônio Junqueira de Azevedo (2002, p.3), a utilização da expressão ‘dignidade da pessoa humana’ no mundo do direito é fato histórico recente. O autor anota que a expressão em causa surgiu pela primeira vez¹⁸, no contexto em que hoje está sendo usada, em 1945, no preâmbulo da Carta das Nações Unidas¹⁹.

Não obstante, é consenso teórico no mundo atual o valor essencial do ser humano, que deve ser reconhecido como centro e fim do direito. Nos dizeres de Ana Paula de Barcellos,

¹⁸ A respeito das várias previsões legislativas acerca da dignidade da pessoa humana, ver: NOBRE JÚNIOR, Edílson Pereira. O direito brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v.219, p.237-251, jan-mar. 2000.

¹⁹ A Carta das Nações Unidas foi assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, após o término da Conferência das Nações Unidas sobre Organização Internacional, entrando em vigor a 24 de outubro daquele mesmo ano. Assim consta do preâmbulo de referida carta: *“Nós, os povos das nações unidas, resolvidos a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que por duas vezes, no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direito dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas, e a estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do direito internacional possam ser mantidos, e a promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de uma liberdade ampla. E para tais fins, praticar a tolerância e viver em paz, uns com os outros, como bons vizinhos, e unir as nossas forças para manter a paz e a segurança internacionais, e a garantir, pela aceitação de princípios e a instituição dos métodos, que a força armada não será usada a não ser no interesse comum, a empregar um mecanismo internacional para promover o progresso econômico e social de todos os povos, resolvemos conjugar nossos esforços para a consecução desses objetivos. Em vista disso, nossos respectivos Governos, por intermédio de representantes reunidos na cidade de São Francisco, depois de exibirem seus plenos poderes, que foram achados em boa e devida forma, concordaram com a presente Carta das Nações Unidas e estabelecem, por meio dela, uma organização internacional que será conhecida pelo nome de Nações Unidas”.*

ainda que tal consenso se restrinja muitas vezes apenas ao discurso ou que essa expressão, por demais genérica, seja capaz de agasalhar concepções as mais diversas – eventualmente contraditórias –, o fato é que a dignidade da pessoa humana, o valor do homem como um fim em si mesmo, é hoje um axioma da civilização ocidental, e talvez a única ideologia remanescente. (BARCELLOS, 2002, p.103-104)

E é em Kant que se deve buscar as bases para a concepção da dignidade. Para Kant (2002, p. 68), o ser humano é dotado de dignidade enquanto tal, ou seja, enquanto ser humano.

Thomas Hill, citado por Gláucia Correa Retamozo Barcelos Alves (2002, p. 221), afirma que *“a doutrina kantiana da dignidade da pessoa humana se inscreve na tradição cristã que atribui a cada ser humano um valor primordial, independentemente de seu mérito individual e de sua posição social”*.

Kant, na busca de justificação e demonstração do imperativo categórico, assevera que o homem e, de uma maneira geral, todo o ser racional, existe como fim em si mesmo, e não como meio arbitrário de uma ou outra vontade. Dessa forma, em todas as ações, tanto nas que se dirigem ao homem mesmo, como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele sempre há de ser considerado como fim (KANT, 2002, p.68).

Segundo Kant,

os seres cuja existência depende, não em verdade da nossa vontade, mas da natureza, têm, contudo, se são seres irracionais, apenas um valor relativo como meios e por isso se chamam coisas, ao passo que os seres racionais se chamam pessoas, porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, quer dizer como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, por conseguinte, limita nessa medida todo o arbítrio (e é um objeto de respeito). Estes não são portanto meros fins subjectivos cuja existência tenha para nós um valor como efeito de nossa acção, mas sim fins objectivos, quer dizer coisas cuja existência é em si

mesma um fim, e um fim tal que se não pode pôr nenhum outro em seu lugar em relação ao qual essas coisas servissem apenas como meios; porque de outro modo nada em parte alguma se encontraria que tivesse valor absoluto; mas se todo o valor fosse condicional, e por conseguinte contingente, em parte alguma se poderia encontrar um princípio prático supremo para a razão. (KANT, 2002, p.68-69)

Para Kant, os seres racionais mantêm-se relacionados por meio de leis comuns o que caracteriza o que convencionou chamar de reino. Nesse *reino* ou, conforme quer Maria Celina Bodin de Moraes (2003, p.81), mundo social, existem duas categorias de valores: o preço e a dignidade.

São de Kant as seguintes palavras:

no reino dos fins, tudo tem ou um preço, ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode-se pôr em vez dela outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade. (KANT, 2002, p.77)

Além disso, considera Kant: *“aquilo porém que constitui a condição só graças à qual qualquer coisa pode ser um fim em si mesma, não tem somente um valor relativo, isto é um preço, mas um valor íntimo, isto é dignidade”* (KANT, 2002, p.77), tida como um valor incondicional e incomparável.

Isso leva-nos a concluir que a dignidade caracteriza o homem como ser racional, dotado de vontade e que deva ser considerado como fim em si mesmo, jamais podendo ser considerado como meio para a consecução de fins outros.

Comungamos das lições de Maria Celina Bodin de Moraes (2003, p.81), para quem o preço manifesta um valor exterior, ou seja, de mercado, representando interesses particulares, enquanto que a dignidade representa um valor interior e de interesse geral.

Lembrando Kant (2002, p.77), tem-se que somente as coisas que possuam preço podem ser substituídas por outras equivalentes. O homem, ao contrário, por ser dotado de dignidade, não admite substituição. Não pode ser considerado mercadoria ou mero instrumento para a realização de fins outros.

A concepção da dignidade como um valor absoluto faz com que o ser humano seja considerado o fim último a ser alcançado, exatamente por ser humano. Nada mais do que isso. Tanto particulares, quanto o próprio Estado, devem pautar as suas ações pelo respeito a essa condição.

Nas palavras de Ana Paula de Barcellos,

o homem é um fim em si mesmo – e não uma função do Estado, da sociedade ou da nação – dispondo de uma dignidade ontológica. O Direito e o Estado é que deverão estar organizados em benefício dos indivíduos. (BARCELLOS, 2002, p.107)

E a dignidade, como tal, não admite qualificações. O homem, como ser humano, deve ter a sua dignidade promovida. O Homem, por ser homem, deve ser respeitado como tal. Isso faz com que a dignidade de uma pessoa independa de seu *status* social, do cargo que ocupa, da sua popularidade, de sua utilidade para outros²⁰. Torna-se impossível a afirmativa de que um ser humano possua mais dignidade do que outro. Aquele que tem dignidade não tem preço e, por não possuir preço, não pode ser mensurado (ALVES, 2002, p. 221-222).

²⁰ Gláucia Retamozo Alves (2002, p. 215-218) fala da concepção hobbesiana de pessoa, para quem esta última seria definida em razão de seu papel social, o que atualmente poderia ser denominado de “*identidade estatutária*”. Segundo Alves, essa forma de se conceber a pessoa apresenta forte resquício medieval, já que a pessoa é vista como um ator social. Além do mais, “*atenta contra a dignidade humana, à medida em que impede o homem de se desenvolver na sua plenitude, como que amputando sua dimensão íntima, sua identidade pessoal, que é substituída pela identidade estatutária*”.

No século XX, a Segunda Guerra Mundial é apontada como momento especialmente marcante no que tange à concepção da dignidade da pessoa humana. A barbárie do nazismo revela os horrores a que eram levados seres humanos. Determinada política de governo assumia e defendia o extermínio de milhares de pessoas como se essas não possuíssem nenhum valor em si.

Hanna Arendt (1999, p.34) observa o tratamento dispensado aos judeus, donde verifica-se um certo desprezo pela compreensão do valor inerente ao ser humano. Ao apresentar o julgamento de Adolf Eichman, acusado de cometer crimes contra o povo judeu, crimes contra a humanidade e crimes de guerra durante o período do regime nazista e principalmente durante o período da 2ª Guerra Mundial, Hanna Arendt lembra de episódio ocorrido no outono de 1941, seis meses depois de a Alemanha ter ocupado a parte sérvia da Iugoslávia. Segundo afirma,

o Exército vinha sendo infernizado pela guerra de guerrilha desde então, e as autoridades militares decidiram resolver dois problemas de um só golpe, fuzilando cem judeus e ciganos para cada soldado alemão morto. Sem dúvida nem os judeus nem os ciganos eram guerrilheiros, mas, nas palavras do funcionário civil do governo militar, um certo Staatsrat Harald Turner, “os judeus já estavam ali no campo [mesmo]; afinal, eles também são sérvios, e, além disso, têm de desaparecer”. (ARENDR, 1999, p.34)

É no contexto do pós-guerra que se consagra a dignidade da pessoa humana nos vários ordenamentos jurídicos. Diversos países introduziram em suas Constituições a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado que se criava ou recriava (BARCELLOS, 2002, p.109).

Tomemos de exemplo as Constituições²¹ Italiana, Alemã e Portuguesa, como lembrado por Antônio Junqueira de Azevedo (2002, p.4).

A Constituição italiana de 1947 expressa em seu artigo 3º, 1ª parte:

Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei sem distinção de sexo, raça, língua, religião, opinião política e condições pessoais e sociais.

A Constituição alemã de 1949 estabelece em seu artigo 1.1:

A dignidade do homem é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público.

Por fim, a Constituição portuguesa de 1976, que prevê em seus artigos 1º e 13, 1ª alínea:

Art. 1º. Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Art. 13. Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei.

Ademais de todo o exposto, necessária é a referência à Declaração Universal dos Direitos do Homem, proclamada pela Resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948, que faz referência à dignidade do homem em várias oportunidades:

²¹ Os textos originais das constituições de diversos países, dentre os quais os aqui mencionados, podem ser acessados através do endereço eletrônico <<https://www.planalto.gov.br/legisla.htm>>.

Preâmbulo

Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo,

(...)

Considerando que os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla,

(...)

Artigo I

Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade.

Artigo XXII

Toda pessoa, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade.

Artigo XXIII

- 1. Toda pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego.*
- 2. Toda pessoa, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho.*
- 3. Toda pessoa que trabalhe tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana, e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social.*
- 4. Toda pessoa tem direito a organizar sindicatos e neles ingressar para proteção de seus interesses.*

Possível, portanto, é a conclusão, sem olvidar as disposições constantes da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a favor da consagração do princípio da dignidade humana, tanto no plano interno quanto no plano internacional: o homem deve ser considerado fim em si mesmo.

O princípio da dignidade humana impõe a realização de um estado de coisas. E esse estado de coisas nada mais é do que a realização do homem enquanto homem, enquanto ser humano, posto ser ele o fim almejado. Daí o por que da impossibilidade de pretender seja o homem um instrumento a serviço do Estado.

Exige-se a preservação dos direitos inerentes à dignidade humana, seja por particulares, seja pelo próprio Estado. Todos os comportamentos necessários à efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana devem ser levados a feito, mesmo que expressamente não previstos em outra norma. A busca da realização desse estado de coisas, ou seja, da realização da dignidade, deve ser alçada à prioridade, seja do próprio Estado, seja de particulares.

4 – A PERSONALIDADE

Inerente à noção de pessoa²² está a de personalidade, possuindo como um de seus atributos a capacidade de se ser sujeito de direitos e deveres. A personalidade dá a um ente o estado de pessoa, tornando-o capaz e passível de exercer a titularidade de direitos e deveres.

É comum na doutrina a definição de personalidade como a aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações, como faz Caio Mário da Silva Pereira (1997, p.141).

Lembra Francisco Amaral (2003, p.217) que o elemento subjetivo das relações jurídicas são os sujeitos de direito identificados como quem participa da relação jurídica, na qualidade de titular de direitos e deveres. Nessa esteira, qualificar-se-iam como sujeitos de direito as pessoas físicas ou naturais, ou seja, as pessoas humanas, e as pessoas jurídicas.

No que tange às pessoas naturais, a personalidade seria uma qualidade inerente ao ser humano, que o torna passível de exercer a titularidade de direitos e deveres.

A possibilidade de alguém participar de relações jurídicas decorre de uma qualidade inerente ao ser humano, que o torna titular de direitos e deveres. Essa qualidade chama-se personalidade jurídica, e os que a têm, pessoas.

Pessoa é o homem ou entidade com personalidade, aptidão para a titularidade de direitos e deveres. (AMARAL, 2001, p.218)

²² Ressalte-se que aqui se poderia referir à pessoa, tanto a natural quanto a jurídica. Entretanto, é certo que o presente trabalho tem como objeto de trabalho apenas a pessoa natural ou física.

Estabelece o Código Civil brasileiro de 2002, em seu artigo 1º, que *“toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”*.

Referido dispositivo da lei, conforme ensina Maria de Fátima Freire de Sá, *“representa o pórtico da legislação civil dos povos modernos”* (2003, p.13).

O vocábulo pessoa vem do latim *persona*, significando a máscara composta de lâminas metálicas na altura da boca, com a qual os atores participavam dos espetáculos teatrais e religiosos, a fim de fazerem ecoar a sua voz com mais força. Segundo Arnaldo Rizzardo, *“o verbo personare exprimia ecoar, ressoar a voz ou eclodir mais nítida a voz”* (2005, p.137). Posteriormente, o termo haveria evoluído para um conteúdo diverso, passando a palavra a ser usada como sinônimo de personagem que alguém encampava no teatro²³. Seguindo, o termo passou a referir-se ao próprio indivíduo, ou àquele que encenava. Este é o conceito que se firmou, permanecendo ainda hoje, significando o ser humano nas suas relações sociais e jurídicas (AMARAL, 2003, p.219).

Nas palavras de Miguel Reale,

o símile é feliz, pois a “pessoa” é a dimensão ou veste social do homem, aquilo que o distingue e o “presenta” e projeta na sociedade, para que ele possa ser, de maneira autônoma, o que corresponde às virtualidades de seu ser individual. Pessoa é, por outras palavras, a dimensão atributiva do ser humano, ou seja, a qualificação do indivíduo como ser social enquanto se afirma e se correlaciona no seio da convivência através de laços ético-jurídicos. (REALE, 1996, p.227)

²³ J. M. Leoni Lopes de Oliveira, citado por Rizzardo (2005, p.137), pontifica que, *“na confrontação entre homem e pessoa, segundo o Direito romano, nota-se que a noção de homem é biológica, enquanto a idéia de pessoa está intimamente ligada à máscara de teatro... Pois bem, essa qualidade atribuída ao homem é o seu status, donde o seguinte conceito: persona est homo consideratus cum suo statu (a pessoa é o homem considerado com seu status)”*.

Ocorre que a concepção de pessoa, entretanto, nem sempre foi a que se apresenta. Para o Direito Romano, a expressão personalidade só poderia ser utilizada – e aqui se faz referência ao ser dotado de personalidade – aos indivíduos que reunissem os três *status*, a saber: *status libertatis*, *status civitatis* e *status familiae*²⁴. Isso significaria dizer que o reconhecimento da personalidade exigia que o indivíduo fosse livre, ou seja, não escravo, cidadão, ou seja, não estrangeiro, e chefe de família.

Os escravos, por exemplo, não possuindo liberdade, viam-se tolhidos de quaisquer direitos. Eram considerados coisas, podendo, via de consequência, serem negociados e até mortos, pelo que não se lhes reconheciam a personalidade. (TEIXEIRA, 2000, p.10)

Nem todos os homens possuíam a condição de titulares de direitos. “*Havia grande distância entre ser escravo e ser homem livre*” (SÁ, 2003, p.13). Em Roma, só os cidadãos eram livres. Não por serem homens, mas sim por serem cidadãos. Segundo ressalta Sá (2003, p.13), somente aqueles que tinham poderes para deliberar em assembléia, votando e resolvendo os problemas em nome da polis, é que podiam exercer direitos na ordem privada. “*O status libertatis era uma decorrência do status civitatis*” (REALE, 1996, p.224).

Em Roma, a qualidade de pessoa era dada ao indivíduo em razão do elemento político. A liberdade só era possível a quem possuísse a condição de cidadania.

No que tange à família, Miguel Reale (1996, p.225) ensina que era a mesma uma entidade complexa, ético-política, na qual o *pater familias* exercia um feixe de

²⁴ Francisco Amaral (2003, p.219) observa, ainda, que o atributo personalidade dependia, ademais, de requisitos físicos, como: nascimento com vida, separação do ventre materno e forma humana.

poderes ou funções. Dentro dessa unidade política, nem todos possuíam igual liberdade. Apenas o chefe da entidade familiar é que tinha liberdade para adquirir bens e deles dispor, constituindo o seu patrimônio e desenvolvendo-o. Os demais partícipes da família eram submissos ao *pater familias*.

Através de longa evolução histórica, os homens foram emancipando-se dos grupos a que pertenciam. Esse processo é denominado por Reale (1996, p.225) de integração social. A sociedade, primitivamente amorfa – no sentido de que apresenta poucas diferenças internas – vai aos poucos se transformando. A divisão do trabalho impõe-se e, com o crescer da civilização, a cada homem corresponde uma certa tarefa, ou situação (REALE, 1996, p.225).

Maria de Fátima Freire de Sá (2003, p.14) pontua que esse processo provocou, por sua vez, a ocorrência de dois fenômenos complementares: 1) a atribuição progressiva de poderes autônomos e iguais aos indivíduos como tais e 2) a constituição de uma estrutura jurídica superior capaz de garantir essa autonomia.

Após todo esse processo evolutivo, proclama-se a liberdade e a igualdade de todos os homens, como aconteceu com a Revolução Francesa, culminando-se com a edição de normas como aquela constante do já referido artigo 1º do Código Civil brasileiro, representando o termo pessoa o homem dotado de capacidade jurídica, na condição já exposta.

Francisco Amaral (2003, p.219) lembra que a evolução doutrinária apresenta duas concepções quanto à personalidade: a naturalista e a formal. Para a concepção naturalista, todos os indivíduos são dotados de personalidade, considerada inerente à condição humana, como atributo essencial do ser humano dotado de vontade, liberdade e razão. Segundo essa concepção, indispensável é a

presença de um elemento material, exigindo-se, tratando-se de pessoa individual, que o ser humano nasça com vida para ser pessoa de direito (SÁ, 2003, p.15-16)²⁵.

Já para a concepção formal, a personalidade é atributo jurídico, não coincidindo pessoa e homem. Pessoa não seria o ser humano dotado de razão, mas simplesmente o sujeito de direito criado pelo direito objetivo.

Para Amaral,

com uma visão mais atualizada, pode-se dizer que pessoa traduz a qualificação jurídica da condição natural do indivíduo, em uma transposição do conceito ético de pessoa para a esfera do direito privado, e no reconhecimento de que são inseparáveis as construções jurídicas da realidade social, na qual se integram e pela qual se justificam. (AMARAL, 2003, p.219-220)

A concepção formal é defendida por Hans Kelsen para quem a ordem jurídica atribui ao homem personalidade. Segundo Kelsen,

também se diz que o homem tem personalidade, que a ordem jurídica empresta ao homem personalidade, e não necessariamente a todos os homens. Os escravos não são pessoas, não têm qualquer personalidade jurídica. A teoria tradicional não nega que pessoa e homem são dois conceitos distintos, se bem que pense também poder afirmar que, segundo o direito moderno, diferentemente do que sucedia com o direito antigo, todos os homens são pessoas ou têm personalidade jurídica.

Em que consiste o fato de que a teoria tradicional caracteriza com a afirmação de que a ordem jurídica empresta ao indivíduo ou a certos indivíduos a personalidade jurídica, a qualidade de ser pessoa? Nada mais nada menos que na circunstância de a ordem jurídica impor deveres e conferir direitos aos indivíduos, quer dizer: no fato de fazer a conduta dos indivíduos conteúdo de deveres e direitos. “Ser pessoa” ou “ter personalidade jurídica” é o mesmo que ter deveres jurídicos e direitos subjetivos. (KELSEN, 1996, p.192)

²⁵ Maria de Fátima Freire de Sá (2003, p.15) afirma que essa concepção tem como um de seus defensores Alberto G. Spota.

Segundo Sá, “de acordo com o sentido formal, o conceito jurídico de pessoa não se traduz por intermédio do homem como realidade psicofísica, mas como construção jurídico-normativa” (2003, p.15). Conforme Kelsen, a qualidade de pessoa no homem não representa uma necessidade lógica, bastando lembrar o regime de escravidão.

César Fiuza (2004, p.115) assevera ser a personalidade um atributo jurídico. Justifica seu posicionamento pela circunstância de, no passado, terem existido seres humanos a quem o ordenamento jurídico não conferia essa qualidade, bem como pelo fato de serem dotados de personalidade entes não humanos, a quem se designa como pessoas jurídicas.

No mesmo sentido tem-se Marco Aurélio da Silva Viana para quem a personalidade, como atributo jurídico,

é reconhecido a todos os componentes da espécie humana, pouco importando as suas condições pessoais. Tanto a tem o indivíduo com plena consciência de vontade como aquele destituído desta, por exemplo, o louco ou a criança. Ela é uma criação social, que decorre da necessidade de pôr em movimento o aparelho jurídico, e que, por via de conseqüência, é modelada pela ordem jurídica. (VIANA, 2004, p.123)

Comungamos do entendimento de que a personalidade é atributo jurídico, dependente da ordem legal que lhe determina a existência, a forma, a extensão e a força ativa.

Todo homem, atualmente, tem aptidão para desempenhar na sociedade um papel jurídico, como sujeito de direitos e obrigações. Sua personalidade é institucionalizada num complexo de regras declaratórias das condições de sua atividade jurídica e dos limites a que se deve circunscrever. O conhecimento dessas normas interessa a todo o direito privado, porque se dirige à pessoa humana considerada na sua aptidão para agir juridicamente. (GOMES, 1996, p.141).

Daí porque Maria de Fátima Freire de Sá enfatiza que

a personalidade do homem situa-o como ser autônomo, conferindo-lhe a dimensão de natureza moral. A personalidade, no plano jurídico, é o conjunto de faculdades e de direitos em estado de potencialidade, que dá ao ser humano a aptidão para ter direitos e obrigações. (SÁ, 2003, p.16)

Ocorre que não só por esse enfoque é que a personalidade deve ser apreciada²⁶. Torna-se necessário, então, trazer à baila os ensinamentos de Pietro Perlingieri (2002, p.155), que apresenta uma segunda acepção para personalidade, distinta da que até aqui se mencionou. Para o autor italiano, na categoria do ser, a tutela da pessoa deve ser apresentada como valor unitário, dado o seu fundamento representado pela unidade da pessoa. Isso leva Perlingieri a concluir que

a personalidade é, portanto, não um direito, mas um valor (o valor fundamental do ordenamento) e está na base de uma série aberta de situações existenciais, nas quais se traduz a sua incessantemente mutável exigência de tutela. (PERLINGIERI, 2002, p.155-156)

A concepção de Perlingieri leva-nos a concluir pela necessária consideração do conjunto de características e atributos da pessoa humana, que a torna objeto de proteção por parte do ordenamento jurídico, devendo-se considerar o conjunto unitário, dinâmico e evolutivo dos bens e valores essenciais da pessoa humana, no

²⁶ Lembra Rizzardo (2005, p.141) que, “num plano mais psicológico, filosófico, ou até sociológico, o termo ‘personalidade’ compreende o conjunto de qualidades da pessoa, distinguindo-a das outras. Revela o caráter de cada pessoa, suas virtudes, a áurea que lhe dá a performance própria, o perfil que a torna única no universo dos seres humanos, o modo de ser de alguém. Diz-se, neste conteúdo, que um indivíduo revela sua personalidade forte, autoritária. ‘Personalidade’ quer dizer também a evidência de uma qualificação externa da pessoa, alguém importante em determinado setor, uma celebridade em assunto técnico ou cultural, como um autor que se qualifica de uma personalidade em direito público, em medicina, na informática”. Não é sobre essa acepção, entretanto, que se trabalha a temática.

seu aspecto moral, físico e intelectual. Sob esse ângulo, a pessoa há de ser tutelada das agressões que afetam a sua personalidade (TEPEDINO, 2001, p.27).

Nesse segundo sentido, a personalidade associa-se à expressão do ser humano, traduzido como valor objetivo, que ocupa o centro do ordenamento jurídico como bem protegido. Segundo assevera Rafael Garcia Rodrigues,

trata-se do reconhecimento da personalidade como valor ético emanado do princípio da dignidade da pessoa humana e da consideração pelo direito civil do ser humano em sua complexidade. Logo, podemos afirmar que a personalidade não se resume à possibilidade de ser titular de direitos e obrigações, ou seja, ao conceito abstrato de pessoa próprio do ideário oitocentista, importando no reconhecimento de direitos que tocam somente ao ser humano, expressão da própria existência. (RODRIGUES, 2003, p.3)

A personalidade, nesse contexto, acaba por ser concebida pelo conjunto de atributos da pessoa humana, guardando relação com o próprio ser da pessoa, valor em si mesmo, que exige plena atividade no sentido da concretização e efetivação da dignidade da pessoa humana.

4.1 – EXISTÊNCIA E DURAÇÃO DA PERSONALIDADE

A personalidade no ordenamento jurídico brasileiro tem o termo inicial de sua existência fixado com o nascimento com vida do ser humano. É a disposição do artigo 2º do Código Civil brasileiro de 2002, *verbis*:

Art. 2º. A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.

A lei marca o nascimento da criança com vida para que se tenha por atribuída a personalidade ao ser humano recém-nascido. Verificando-se o nascimento e o início da vida²⁷, tem-se por adquirida a personalidade.

Problema existe quanto à personalidade jurídica do nascituro.

É expressa a lei brasileira, como visto, quanto à atribuição de personalidade. Possui personalidade a criança que nasce com vida, não a possuindo o feto, antes do nascimento. Entretanto, a lei resguarda os direitos do nascituro²⁸ que vier a nascer com vida, desde o momento da sua concepção. O natimorto não adquire personalidade.

Mesmo estando clara a opção legislativa brasileira, o assunto não é pacífico. Caio Mário da Silva Pereira (1997, p.145) anota que, no direito anterior brasileiro, Teixeira de Freitas²⁹ sustentava o início da personalidade em momento anterior ao nascimento, no que teria sido seguido por Clóvis Beviláqua que, em seu Projeto, no

²⁷ Tem-se entendido que o início da vida verifica-se com a entrada de ar nos pulmões daquele que nasceu. Como anota Caio Mário da Silva Pereira, *“viveu a criança que tiver inalado ar atmosférico, ainda que pereça em seguida. Desde que tenha respirado, viveu: a entrada de ar nos pulmões denota a vida, mesmo que não tenha sido cortado o cordão umbilical, e a sua prova far-se-á por todos os meios, como seja o choro, os movimentos e essencialmente os processos técnicos de que se utiliza a medicina legal para a verificação de ar nos pulmões”* (1997, p.146). *“Não é necessária a separação do cordão umbilical, nem a aptidão vital, porque o ar nos pulmões prescinde do rompimento do cordão umbilical. Não tem qualquer importância que a separação do corpo da mãe tenha-se procedido naturalmente ou com auxílio de arte cirúrgica. Não se reclama, outrossim, a forma humana, ou a viabilidade, nem influencia o fato de o parto ter-se dado a termo ou fora do tempo”* (VIANA, 2004, p.124).

²⁸ Nascituro é o que está por nascer, mas já concebido no ventre materno.

²⁹ Maria de Fátima Freire de Sá (2001, p.31) anota que o artigo 16 do Esboço de Teixeira de Freitas trazia que *“todos os entes suscetíveis de aquisição de direitos são pessoas”*. Segundo a autora, a menção a entes não se deu por acaso, vez que não há como formar a síntese de toda a existência das pessoas, sem que se as classifique de entes, pois, além da idéia de ser humano, não há outra superior, senão a de ente. Ademais, continua dizendo que, para Teixeira de Freitas, dois mundos devem ser reconhecidos: o visível e o ideal. Por conseguinte, as pessoas ou são de existência visível ou de existência ideal, sendo certo que podem adquirir direitos e contrair obrigações pelo modo e forma que o código determinar.

artigo 3º, fez constar que *“a personalidade civil do ser humano começa com a concepção, sob a condição de nascer com vida”*. No direito comparado, como demonstra Francisco Amaral (2003, p.223), o Código Civil argentino, o venezuelano, o mexicano, o peruano e o suíço seguiram a tese apresentada por Teixeira de Freitas.

Quanto à extinção da personalidade, tem-se a dizer que a mesma termina com a morte, que põe fim à existência da pessoa natural, nos exatos termos do artigo 6º do Código Civil brasileiro.

Art 6º. A existência da pessoa natural termina com a morte; presume-se esta, quanto aos ausentes, nos casos em que a lei autoriza a abertura da sucessão definitiva.

A personalidade é um atributo do homem e o acompanha por toda a sua vida. Cessando a existência da pessoa natural com a morte, cessa também, nesse momento, a personalidade.

Segundo Sá, *“a personalidade termina com a morte, que põe fim à categoria dos direitos personalíssimos e intransmissíveis, enquanto que os patrimoniais passam aos herdeiros”* (2003, p.18). Segundo a mesma autora, com a morte da pessoa termina a sua vontade e, assim, a sua manifestabilidade (2003, p.18). Destarte, segundo a sistemática adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro, todo ser humano é pessoa, da hora em que nasce até o momento em que falece.

4.2 – A CAPACIDADE

O Direito brasileiro considera que todos os homens têm aptidão para desempenhar, na sociedade, um papel jurídico como sujeito de direitos e obrigações. A personalidade, como atributo jurídico, tem sua medida na capacidade. Os sujeitos de direito precisam de capacidade para ter e exercer direitos e para contrair deveres. Entretanto, para obter a medida da personalidade, faz-se necessário distinguir capacidade *de direito* da capacidade *de fato*, como aduz Orlando Gomes (1996, p.165). Daí porque Maria de Fátima Freire de Sá, citando Henri de Page, para quem a capacidade é a aptidão de uma pessoa a praticar um ato jurídico, afirma que *“a capacidade civil de uma pessoa é a sua aptidão para ser sujeito de direitos e de obrigações, e, de outro lado, a aptidão para exercer esses direitos e cumprir essas obrigações”* (2003, p.18-19).

Nos dizeres de César Fiuza (2004, p.121), aquela aptidão inerente a cada pessoa para que possa ser sujeito ativo ou passivo de direitos e obrigações pode ser meramente potencial ou efetiva. Se for apenas potencial, teremos a capacidade de direito, que pode ser definida, segundo o autor, como *“o potencial inerente a toda pessoa para o exercício dos atos da vida civil”* (2004, p.121).

A capacidade de direito, costumeiramente, confunde-se com a personalidade³⁰, na medida em que se afirma que toda pessoa é capaz de ser titular de direitos e obrigações. Todos os homens, sem exceção, possuem a capacidade de direito, como potencial para exercer os atos da vida civil. Assim, possuiriam a

³⁰ Segundo Caio Mário da Silva Pereira (1997, p.142), é a personalidade uma *“aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações”*.

capacidade civil o recém-nascido, bem como o maior acometido de deficiência mental.

O mesmo não ocorre com a capacidade de fato. Se é verdade que todos, sem exceção, possuem a capacidade de direito, isso não quer dizer que todos possam exercer os atos da vida civil.

A capacidade de fato deve ser entendida como a aptidão legal para a prática de certos atos ou para o exercício de direitos. A capacidade de fato condiciona-se à capacidade de direito, não sendo concebida sem esta. Porém, a recíproca não é verdadeira, pois pode-se ter capacidade de direito sem a capacidade de fato. Ter direito não significa poder exercê-lo. A impossibilidade de exercício traduz-se tecnicamente por incapacidade.

A capacidade de fato é, assim, *“o poder efetivo que nos capacita para a prática plena de atos da vida civil”* (FIUZA, 2004, p.121).

É relativamente à capacidade de fato que se classifica as pessoas naturais em absolutamente incapazes, relativamente incapazes e capazes.

São absolutamente incapazes³¹ os menores de dezesseis anos, os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil e os que, mesmo por causa transitória, não puderem expressar sua vontade.

Por outro lado, são relativamente incapazes³² os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos, os ébrios habituais, os viciados e os que, por deficiência

³¹ A regulamentação legislativa encontra-se no artigo 3º do Código Civil brasileiro de 2002.

³² A regulamentação legislativa encontra-se no artigo 4º do Código Civil brasileiro de 2002.

mental, tenham o discernimento reduzido, os excepcionais sem desenvolvimento mental completo e os pródigos, podendo nesse rol ser incluído, ainda o silvícola.

Quanto à capacidade de exercício, não há muito o que se falar. A qualificação das pessoas capazes ocorre por exclusão, aí se incluindo os maiores de dezoito anos e, bem assim, os emancipados³³.

³³ A emancipação é instituto jurídico que acarreta a cessação da incapacidade para os menores, nos termos do artigo 5º, parágrafo único, do Código Civil brasileiro de 2002.

5 – OS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Na forma ensinada por Orlando Gomes, como direitos da personalidade “*compreendem-se os direitos considerados essenciais à pessoa humana, que a doutrina moderna preconiza e disciplina, a fim de resguardar a sua dignidade*” (1996, p.149).

São, portanto, direitos que têm por objeto os bens e valores essenciais da pessoa, no seu aspecto físico, moral e intelectual, atinentes à tutela da pessoa humana e considerados essenciais à sua dignidade e integridade.

Sua razão de ser está na necessidade de uma construção normativa que discipline o reconhecimento e a proteção jurídica que deve ser outorgada à pessoa enquanto tal.

Não é fácil encontrar harmonia quanto à designação. Carvalho Fernandes, citado por Francisco Amaral, expressa que

a teoria dos direitos da personalidade é de formação relativamente recente e, embora tenha sido objeto de largos estudos nos últimos tempos, constitui ainda hoje matéria muito polêmica quanto ao seu conceito, quanto à sua natureza, quanto ao seu âmbito e até quanto a questões mais singelas como a sua própria designação. Vários autores têm proposto outras designações, como direitos à personalidade, direitos essenciais ou direitos fundamentais, direitos sobre a própria pessoa, direitos individuais e direitos personalíssimos; contudo, a designação que se mostra com maior aceitação é a de direitos de personalidade ou da personalidade. (CARVALHO FERNANDES apud AMARAL, 2003, p.254)

A paternidade da nomenclatura mais adotada – ou seja, direitos da personalidade – atribui-se a Otto von Gierke. Em 1895, Gierke escrevera seu

Deutsches Privatrecht, obra na qual haveria sido enunciado, pela primeira vez, um direito geral de personalidade, como atesta Ludwig (2002, p.278). Traduzido do alemão, Gierke é citado por Ludwig nos seguintes termos:

direitos da personalidade *chamamos aqueles que garantem a seu sujeito o domínio sobre um setor da própria esfera de personalidade. (...) Os direitos da personalidade diferenciam-se, como direitos privados especiais, do direito geral da personalidade, que consiste numa reivindicação geral, garantida pelo ordenamento jurídico, de contar como pessoa. O Direito da personalidade é um direito subjetivo e deve ser observado por todos. (GIERKE apud LUDWIG, 2002, p.278)*

Gierke mostrou-se forte defensor dos direitos da personalidade, chegando a afirmar que o direito privado, ao invés de priorizar noções outras, deve trazer sempre em seu centro o conceito de personalidade³⁴.

De fato, a personalidade resume-se no conjunto de caracteres do indivíduo, afirmando Maria de Fátima Freire de Sá que se trata “*de um bem, no sentido jurídico, sendo o primeiro bem pertencente à pessoa, sua primeira utilidade*” (SÁ, 2003, p.23). Lado outro, os direitos da personalidade abarcam as faculdades jurídicas cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa humana e, bem assim, a sua projeção no mundo exterior (SÁ, 2003, p.23).

Marco Aurélio da Silva Viana (2004, p.164), assevera que os direitos da personalidade asseguram às pessoas bens fundamentais, que são os diversos aspectos da própria pessoa, protegendo-a de práticas atentatórias à sua dignidade e ao seu direito de ser no mundo.

³⁴ Trata-se, conforme anota Marcos de Campos Ludwig, de posicionamento assumido por Gierke, quando do discurso lido em 1899 perante a Associação dos Jurisconsultos de Viena, sob o título *Die soziale Aufgabe des Privatrechts* (2002, p.279).

Aqui, ressalte-se, não se cuida da personalidade em sua acepção puramente técnico-jurídica, como capacidade de se ter direitos e contrair obrigações. Daí porque Viana afirma que, *“em apertada síntese, é possível dizer que se cuida do direito ao respeito devido ao indivíduo como ser humano e como integrante do grupo social. É o direito de ser”*. (2004, p.164). E conclui o autor:

os direitos da personalidade asseguram à pessoa humana o direito de ser. Para tanto, é indispensável que se reconheça ao indivíduo o respeito à individualidade, à integridade física e moral. Para que qualquer um de nós possa participar do tráfico social, não nos pode ser negado o direito de protegermos e defendermos os valores que resultam das projeções físicas e psíquicas de cada um de nós como pessoa humana. São bens cuja tutela implica na própria sobrevivência de nossa individualidade, que nos põe em pé de igualdade diante dos outros membros da sociedade, como resposta ao conjunto dos atributos humanos.

Os direitos da personalidade palmilham esse terreno, desenvolvendo a proteção dos atributos que são inerentes à condição humana. (VIANA, 2004, p.167)

5.1 – EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

É consenso na doutrina que a categoria dos direitos da personalidade é fruto de elaborações doutrinárias recentes, da segunda metade do século XIX. Nos primórdios da civilização ocidental, entretanto, é possível identificar marcos históricos relevantes.

Como afirmado por Francisco Amaral, o código de Hamurabi já estabelecia sanções para o caso de ofensa à integridade física ou moral do ser humano

(AMARAL, 2003, p.255). É o que se verifica de seus parágrafos 195, 196, 197 e 202, por exemplo³⁵.

No direito grego, partia-se da idéia de *hybris* (excesso, injustiça), para justificar a proteção à personalidade, diante da possibilidade da sanção penal punitiva. A proteção da personalidade existia em função de três idéias centrais: repulsa à injustiça, vedação de toda e qualquer prática de atos de excesso de uma pessoa contra a outra e proibição de atos de insolência contra a pessoa humana, como afirmado por Elimar Szaniawski (2005, p.25).

Em Roma, a personalidade dizia respeito apenas àqueles que reuniam em si o *status libertatis*, o *status civitatis* e o *status familiae*.

Naquela época, eram desconhecidas formas protetivas da personalidade individual. Maria de Fátima Freire de Sá (2003, p.22) assinala que, segundo a maioria dos autores, no direito romano não se cuidava da proteção dos direitos da personalidade. A sua tutela ocorria através de manifestações isoladas.

Os romanos taxavam as lesões pessoais físicas de injúria, a qual posteriormente teve seu conteúdo ampliado para toda ofensa aos direitos pessoais do homem, compreendido em suas esferas física, moral e psíquica (TEIXEIRA, 2000, p.15). O remédio processual para protegê-los, nessa hipótese, era a *actio iniuriarum*.

³⁵ 195º - Se um filho espanca seu pai se lhe deverão decepar as mãos.

196º - Se alguém arranca o olho a um outro, se lhe deverá arrancar o olho.

197º - Se ele quebra o osso a um outro, se lhe deverá quebrar o osso.

202º - Se alguém espanca um outro mais elevado que ele, deverá ser espancado em público sessenta vezes, com o chicote de couro de boi.

Posteriormente, com a *Lex Cornelia*, surge a proteção ao domicílio. A *Lex Aquilia* surge para viabilizar a tutela da integridade física e a *Lex Fabia* como meio para a defesa de direitos inerentes à personalidade (TEIXEIRA, 2000, p.16).

No século XIII, a Magna Carta, de João Sem-Terra, editada para fazer frente ao absolutismo dos detentores do poder, já apresenta preocupação com os direitos da pessoa humana. Com ela tem lugar a proteção contra a prepotência e os abusos de autoridade, sendo o berço do *habeas corpus* (VIANA, 2004, p.161).

A proteção da pessoa humana, reconhecida pelo Estado, é consagrada por ocasião do liberalismo, que se desenvolveu na Inglaterra, no final do século XVII. Como pontua Fiuza (2004, p.158), a porta de entrada dos direitos da personalidade foi o Direito Público, procurando dar proteção ao homem, principalmente diante do Poder. Daí as várias declarações que se sucederam na história, podendo ser lembradas a já mencionada Magna Carta (1215), o *Bill of Rights* (1689), a Declaração Americana (1776) e a Declaração Francesa (1789).

O destaque e o desenvolvimento da preocupação com o ser humano devem ser creditados, especialmente, ao cristianismo, ao jusnaturalismo e ao iluminismo (FIUZA, 2004, p.158). Com o cristianismo, o homem passa a ser valorizado individualmente, já que a salvação anunciada não era só individual como dependia de uma decisão pessoal.

A mensagem de Cristo enfatizava não apenas o indivíduo em si, mas também o valor do outro, despertando os sentimentos de solidariedade e piedade para com a situação miserável do próximo, que estarão na base das considerações acerca dos direitos sociais e do direito a condições mínimas de existência. (BARCELLOS, 2002, p.104-105)

O jusnaturalismo buscava demonstrar que, por sua própria natureza, o homem fazia-se merecedor de tutela de direitos que têm por objeto os bens e valores essenciais da sua pessoa.

O movimento iluminista, como anota Barcellos (2002, p.106), foi o responsável por desalojar a religiosidade do centro do sistema de pensamento, substituindo-a pelo próprio homem, dotado de razão. O desenvolvimento teórico do humanismo acabaria por redundar em um conjunto de conseqüências relevantes para o desenvolvimento da idéia de dignidade da pessoa humana, como a preocupação com os direitos individuais do homem e o exercício democrático do poder.

Ponto culminante de toda essa evolução ocorre com o fim da Segunda Guerra Mundial. A revelação dos horrores da Segunda Grande Guerra transtornou completamente as convicções até então existentes. Como ressalta Barcellos (2002, p.108), a terrível facilidade com que milhares de pessoas abraçaram a idéia de que o extermínio puro e simples de seres humanos podia consistir em uma política de governo válida ainda choca.

Agrega-se a isso a assustadora verificação de Hannah Arendt de que, na Segunda Guerra, as próprias vítimas (a autora se refere especialmente aos judeus) perderam em boa medida a compreensão do valor inerente à vida humana, daí a prática comum pela qual os próprios líderes das comunidades judaicas negociavam a libertação de judeus mais importantes ou letrados em troca de judeus "comuns", como se aqueles valessem mais do que estes. (Barcellos, 2002, p.108)

Como já afirmado, a reação à barbárie do nazismo e dos facismos em geral levou, no pós-guerra, à consagração da dignidade da pessoa humana no plano internacional e interno como valor máximo dos ordenamentos jurídicos e princípio

orientador da atuação estatal e dos organismos internacionais. Diversos países cuidaram de introduzir em suas Constituições a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado que se criava ou recriava, juridicizando, com estatura constitucional, o valor humanidade.

No segundo pós-guerra, a tutela da personalidade tem sido fortemente associada ao tema dos direitos invioláveis da pessoa, afirmado nos principais documentos internacionais sobre direitos humanos fundamentais, tais como: a Declaração Universal da ONU (1948), a Convenção Européia dos Direitos do Homem (1950), o Pacto Internacional sobre Direitos Humanos e Cíveis (1966) e a Carta de Direitos Fundamentais da União Européia (2000), que contêm expressas exigências à proteção da personalidade humana, como corroborado por Francisco Amaral (2003, p.251).

Fiuzza (2004, p.158) pondera que, nesse contexto, com a evolução do capitalismo industrial, a massificação, o desenvolvimento da tecnologia, principalmente da biotecnologia, a perspectiva muda. O Estado Liberal é substituído pelo Estado Social intervencionista, protetor do mais fraco. Os direitos da personalidade passam a integrar a esfera privada, protegendo o indivíduo, sua dignidade, contra a ganância dos mais fortes. Ao lado desse prisma privatístico, continua a subsistir o público, em socorro do indivíduo contra o Estado.

Tudo isso contribui para o desenvolvimento da teoria acerca dos direitos da personalidade, chegando-se a falar na existência de uma cláusula geral de proteção da dignidade e promoção da personalidade humana.

5.2 – NATUREZA JURÍDICA

Ao longo de sua evolução histórica, os direitos da personalidade tiveram fortes opositores. Existem as teorias negativistas e as teorias afirmativas.

Dentre os negativistas, encontram-se defensores como Friedrich Karl Von Savigny, Jellineck, Enneccerus e Von Thur, tal qual demonstrado por Fiuza (2004, p.158). Para eles, a personalidade, identificando-se com a titularidade de direitos, não poderia ser o seu objeto. A pessoa não poderia ser objeto de direitos, uma vez que é seu sujeito. Segundo observou Gustavo Tepedino (2001, p.25), *“tratar-se-ia de contradição lógica”*. Para Savigny, citado por Teixeira (2000, p.17), o reconhecimento dos direitos da personalidade implicaria no poder da pessoa de dispor de si mesma, chegando-se ao absurdo de se justificar o suicídio. Já para Jellineck, citado por Tepedino (2001, p.25), a vida, a saúde e a honra não se enquadrariam na categoria do *ter*, mas do *ser*, o que os tornaria incompatíveis com a noção de direito subjetivo, predisposto à tutela das relações patrimoniais e, em particular, do domínio.

Diante desse raciocínio, e sendo impossível o direito de alguém sobre si mesmo, os direitos da personalidade não poderiam ser concebidos como direitos subjetivos, mas *“meros reflexos do direito objetivo, donde ser concedida uma certa proteção jurídica a determinadas radiações da personalidade”* (TEPEDINO, 2001, p.26). A proteção limitava-se à reação contra a lesão.

Em outras palavras, não se considerava a proteção jurídica da personalidade revestida dos característicos do direito subjetivo, limitando-se

à reação do ordenamento contra a lesão – o dano injusto –, através do mecanismo da responsabilidade civil. Daí decorreriam situações objetivas, não já o direito subjetivo, figura jurídica autônoma e preestabelecida pela lei ou pela vontade das partes, que assegura poderes ao titular não apenas para protegê-lo contra lesões, mas para que possa dispor livremente do próprio direito. (TEPEDINO, 2001, p.26)

Os negativistas sofreram a oposição daqueles³⁶ que afirmavam a existência dos direitos da personalidade. E a razão está em que a personalidade, como visto acima, pode ser concebida sob dupla ótica.

Primeiramente, concebida a personalidade como atributo da pessoa humana, que a habilita a ser sujeito de direitos e obrigações, ter-se-ia a personalidade como capacidade, indicativa da titularidade das relações jurídicas. Foi o que Gustavo Tepedino (2001, p.27) designou como ponto de vista estrutural – atinente à estrutura das situações jurídicas subjetivas – em que a pessoa, tomada em sua subjetividade, identifica-se como o elemento subjetivo das situações jurídicas.

Sob essa acepção, ou seja, a subjetiva, não há como se admitir que a personalidade seja objeto do direito. Enquanto sujeito, a pessoa não pode ser objeto da relação em que é titular.

Em contrapartida, a personalidade pode ser concebida como o conjunto de características e atributos da pessoa humana, considerada como objeto de proteção por parte do ordenamento jurídico. Trata-se da concepção objetiva, como quer Fiuza (2004, p.159), da qual se deve partir no estudo dos direitos da personalidade.

³⁶ Dentre os afirmativistas estão Puchta, Windscheid e Ferrara, lembrados por César Fiuza (2004, p.159), Francesco Carnelutti e Adriano de Cupis, citados por Gustavo Tepedino (2001, p.27) e, entre nós, os próprios Fiuza e Tepedino, San Tiago Dantas, Orlando Gomes, Limongi França e Goffredo Telles Junior.

Gustavo Tepedino, discorrendo sob a dupla acepção em que pode ser considerada a personalidade, assim se expressa sobre a segunda delas, por nós aqui tratada:

considerada, ao revés, como valor, tendo em conta o conjunto de atributos inerentes e indispensáveis ao ser humano (que se irradiam da personalidade), constituem bens jurídicos em si mesmos, dignos de tutela privilegiada. (TEPEDINO, 2001, p.27)

E não se trata de entendimento isolado. San Tiago Dantas, citado por Tepedino, já lecionava:

a palavra personalidade está tomada, aí, em dois sentidos diferentes. Quando falamos em direitos da personalidade, não estamos identificando aí a personalidade como capacidade de ter direitos e obrigações; estamos então considerando a personalidade como um fato natural, como um conjunto de atributos inerentes à condição humana; estamos pensando num homem vivo e não nesse atributo especial do homem vivo, que é a capacidade jurídica em outras ocasiões identificada como personalidade. (DANTAS, apud TEPEDINO, 2001, p.27)

E continua o autor:

quer dizer que a palavra personalidade pode ser tomada em duas acepções: numa acepção puramente técnico-jurídica, ela é a capacidade de ter direitos e obrigações e é, como muito bem diz Unger, o pressuposto de todos os direitos subjetivos e, numa outra acepção, que se pode chamar de acepção natural, é o conjunto de atributos humanos, e não é identificável com a capacidade jurídica. Aquele pressuposto pode perfeitamente ser o objeto das relações jurídicas. (DANTAS, apud TEPEDINO, 2001, p.28)

A partir dessa segunda concepção é que se define os direitos da personalidade como direitos subjetivos passíveis de proteção pelo ordenamento jurídico.

Como já apresentado alhures, Orlando Gomes define os direitos da personalidade como *“direitos considerados essenciais à pessoa humana, que a doutrina moderna preconiza e disciplina, a fim de resguardar a sua dignidade”* (1996, p.149).

Para Adriano de Cupis, os direitos da personalidade são

direitos subjetivos cuja função relativamente à personalidade é especial, constituindo o minimum necessário e imprescindível ao seu conteúdo. Por outras palavras, existem certos direitos sem os quais à personalidade restaria uma susceptibilidade completamente irrealizada, privada de todo o valor concreto: direitos sem os quais todos os outros direitos subjetivos perderiam todo o interesse para o indivíduo – o que equivale a dizer que, se eles não existissem, a pessoa não existiria como tal. São esses os direitos essenciais, com os quais se identificam precisamente, os direitos da personalidade. (DE CUPIS, 1961, p.17)

Para Limongi França, como *“Direitos da Personalidade dizem-se as faculdades jurídicas cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim as suas emanações e prolongamentos”* (FRANÇA, 1971, p.404).

Nesse sentido, lembram César Fiuza (2004, p.159) e Gustavo Tepedino (2001, p.29) que, a partir da última década de 50, a doutrina passou a admitir a existência dos direitos subjetivos atinentes à personalidade.

Estando certo que os direitos da personalidade são direitos subjetivos, necessário determinar se esses direitos incidem sobre a própria pessoa, já que todo homem é considerado como unidade física e moral, ou sobre parte ou algumas partes dela ou, ainda, se incidiriam sobre objeto externo, fora da pessoa, sendo obrigação da sociedade o respeito a eles.

A esse respeito, pronuncia-se Maria de Fátima Freire de Sá:

A corrente que denomina os direitos de personalidade de direitos sobre a própria pessoa afirma que todo homem é considerado como unidade física e moral, daí a expressão romana ius in se ipsum, sendo certo que o objeto dos direitos sobre a própria pessoa diz respeito a uma manifestação determinada da personalidade humana, física ou moral.

Há quem prefira enxergar os direitos de personalidade como direitos sobre os atributos ou manifestações essenciais daquela. Os adeptos desta linha de raciocínio tecem críticas à primeira corrente aqui mencionada, ao fundamento de que se afigura impossível uma pessoa ser, ao mesmo tempo, sujeito e objeto de direito.

A terceira corrente que procura negar a concepção de que os direitos de personalidade seriam direitos sobre a própria pessoa surgiu na Alemanha, denominada teoria dos direitos sem sujeitos. Para ela, como o próprio nome diz, existiriam apenas objetos de direito, sem o respectivo sujeito. Esta concepção encontra-se superada. Diga: direito sem sujeito exclui atividade. É só objeto. Não poderia ser nem a pura norma. (SÁ, 2003, p.26-27)

Diante desse contexto – dessa necessidade de identificar um objeto de direito externo ao sujeito, tal qual ocorre com o objeto do direito de crédito e o objeto do direito de propriedade, figuras próprias dos direitos subjetivos patrimoniais – torna-se necessária a distinção entre as utilidades juridicamente protegidas e o dever geral de abstenção que cabe à coletividade, de não atentar contra essa utilidade (FIUZA, 2004, p.160).

Segundo Orlando Gomes,

em direito, toda utilidade, material ou não, que incide na faculdade de agir do sujeito, constitui um bem, podendo afigurar como objeto de relação jurídica, porque sua noção é histórica, e não naturalística. Nada impede, em consequência, que certas qualidades, atributos, expressões ou projeções da personalidade sejam tuteladas pelo ordenamento jurídico como objeto de direitos de natureza especial. (GOMES, 1996, p.151)

Assim, arremata o jurista baiano, afirmando que a personalidade não é o objeto dos direitos subjetivos aqui mencionados,

visto que, sendo pressuposto de todos os direitos, em si mesma não é um direito e, muito menos, objeto de qualquer relação. Reclamam em manifestações especiais de suas projeções, consideradas dignas de tutela jurídica, principalmente no sentido de que devem ser resguardadas de qualquer ofensa, por necessária sua incolumidade ao desenvolvimento físico e normal do homem. (GOMES, 1996, p.151)

Como nos ensina Fiuza (2004, p.160), a personalidade é composta de atributos como a vida, a honra, o nome. Os direitos da personalidade são, assim, decorrentes desses atributos, visando à proteção e à promoção da pessoa humana e da sua dignidade. A pessoa humana tem o direito a ser respeitada e protegida em todas as suas manifestações dignas de tutela jurídica, seja na sua esfera privada e íntima, seja na qualidade de partícipe da vida em sociedade.

5.3 – FONTES DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

A doutrina do Direito Natural contrapõe-se à doutrina do Direito Positivo em diversos campos do direito. No que tange aos direitos da personalidade, não poderia ser diferente.

Para os jusnaturalistas, os direitos da personalidade sempre existiram, antecedendo ao Estado e às normas positivadas, competindo àquele somente reconhecer a sua existência.

Diz Fiuza (2004, p.161) que os direitos da personalidade nasceram num momento favorável ao Direito Natural, prevalecendo as idéias jusnaturalistas quando das primeiras declarações de direitos, no século XVIII³⁷.

A Revolução Francesa, na esteira do jusnaturalismo, por intermédio da Declaração dos Direitos do Homem e dos Cidadãos, reconhece que o ser humano como tal é titular de direitos, que reduz aos seguintes: igualdade, liberdade, segurança, propriedade e resistência à opressão. Opera-se uma reação contra as restrições impostas pelo regime feudal, desenvolve-se, desde então, a noção dos direitos humanos, que passa para os textos constitucionais. (VIANA, 2004, p.159)

Para os jusnaturalistas, a pessoa humana deveria ser concebida como anterior e superior à sociedade, impondo-se, dessa forma, ao direito. O homem era a origem e a razão de ser da lei e do direito.

Historicamente, a prevalência do Direito Natural como fonte dos direitos da personalidade justifica-se, como anotado por Gustavo Tepedino. Não há, entretanto, como se concordar com essa posição nos dias de hoje.

A concepção dos direitos da personalidade teve sua gênese ligada, inicialmente, às teorias jusnaturalistas, como forma de proteção do homem contra o arbítrio do totalitarismo e, de forma geral, do poder público. Daí a concepção desses direitos como direitos inatos, invulneráveis, portanto, ao arbítrio do Estado-legislador. (TEPEDINO, 2001, p.38)

Hodiernamente, diante do Estado Democrático de Direito, tal posição não tem como prevalecer.

³⁷ No mesmo sentido tem-se Norberto Bobbio, para quem “os direitos do homem nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares, para finalmente encontrarem a sua plena realização como direitos positivos universais” (1992, p.30).

Como afirmado em capítulo anterior, o Estado Democrático de Direito surge em contraposição a contexto político diverso, no qual o poder encontrava-se centralizado.

Buscou-se uma forma de governar segundo anseios da vontade geral, almejando-se alcançar o melhor para todos os indivíduos. O próprio Estado, nas relações com seus súditos, submete-se a um regime de direito, segundo o qual as suas atividades são reguladas por um conjunto de normas.

Como visto, sendo a personalidade atributo jurídico, os direitos a ela inerentes, que objetivam proteger as suas emanções, também são resultantes do direito positivo. Os direitos do homem, para que encontrem uma tutela efetiva, devem encontrar o seu fundamento na norma positivada, exatamente por ser o direito positivo que estabelece o fundamento da personalidade.

A norma jurídica, a bem dizer, é produto histórico, fruto de ilações políticas, sociais, religiosas e ideológicas, sendo impossível a existência de um direito aistórico, imutável e constante (FIUZA, 2004, p.162). Assim, fora de um determinado contexto histórico, não há como estabelecer um bem jurídico superior, já que a sua própria compreensão depende de condicionantes históricas.

É Gustavo Tepedino quem lembra que,

em nome da vida e da liberdade, inúmeros contingentes humanos já foram sacrificados, invariavelmente sob fundamentos éticos, religiosos e políticos que, invocados pelos Estados, pretendem justificar guerras, genocídios, apartheid e outras formas de discriminação social, sexual, étnica e cultural. (TEPEDINO, 2001, p.40)

No Estado Democrático de Direito, o Direito Positivo funciona como fonte dos direitos da personalidade, evitando abusos cometidos por quem, ainda que com

base em valores outros, viesse a violar garantias individuais e sociais estabelecidas democraticamente. É o direito positivo quem preserva a pessoa humana e a sua dignidade.

Se assim não fosse, não haveria como os jusnaturalistas explicar as diversas posições tomadas ao longo do espaço e do tempo relativamente à pessoa humana. Com fundamento num valor natural e único, não teriam como justificar absurdos como penas corporais, mutilações de mulheres e penas de morte, por exemplo, institucionalizados em países pelo mundo.

5.4 – CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Considerados os direitos da personalidade como direitos subjetivos, pode-se dizer, seguindo os ensinamentos da melhor doutrina, que são gerais, absolutos, necessários e vitalícios, intransmissíveis, irrenunciáveis, extrapatrimoniais, imprescritíveis, impenhoráveis e de relativa disponibilidade.

São os direitos da personalidade dotados da característica da generalidade visto que referidos direitos são naturalmente concedidos a todos, pelo simples fato de estarem vivos ou pelo simples fato de ser, como afirma Tepedino (2001, p.33).

Absolutos, porque podem ser opostos a toda a coletividade, ou seja, *erga omnes*, implicando em um dever geral de abstenção, ou seja, obrigação negativa para o afastamento de qualquer ato prejudicial.

Haja vista a sua inerência à pessoa, são vitalícios e necessários. Nascem com a pessoa³⁸ – e por isso são inatos –, perdurando até o momento de sua morte³⁹. Ademais, são direitos necessários à própria existência da pessoa como ser dotado de dignidade, haja vista buscarem tutelar emanções da personalidade. Estão sempre presentes e não podem faltar, a fim de que o homem exerça o seu direito de ser.

A intransmissibilidade impede que o titular do direito seja substituído por outro, exatamente por serem inerentes à pessoa de seu titular. Dessa forma, os direitos da personalidade são intransmissíveis por ato entre vivos ou *causa mortis*⁴⁰.

Também por tutelar emanções da personalidade, os direitos da personalidade são irrenunciáveis, permanecendo na esfera de seu titular, independentemente de sua vontade. Segundo Sá (2003, p.32), *“no exato momento*

³⁸ Gustavo Tepedino chega a enfatizar que os direitos da personalidade poderiam ser considerados inatos apenas pelo fato de nascerem com a pessoa humana, segundo a disciplina do direito positivo – e não como algo superior e anterior ao direito e ao Estado – pelo que referida classificação estaria despida de qualquer conotação jusnaturalista (2001, p.42). No mesmo sentido, tem-se Silma Mendes Berti, para quem os direitos da personalidade são inatos ou originários, na medida em que *“nascem com o homem e se diferenciam daqueles que lhes são atribuídos depois do nascimento. Ao Estado cabe apenas reconhecê-los e dar-lhes proteção. Deve-se, entretanto, ressaltar que a característica dos direitos inatos, que nascem com o homem, como sempre se afirmou, diante da crescente aceitação pela doutrina civil moderna da teoria concepcionista que marca o início da vida e da personalidade do ser humano, desde o momento da concepção, está a reclamar um reexame. Os direitos da personalidade preexistem ao nascimento do indivíduo e têm origem contemporânea à origem do seu titular, sujeito de direito, desde o momento da concepção”* (2000, p. 239-240).

³⁹ Embora a personalidade cesse com a morte, vem-se afirmando, para depois dela, a permanência de um certo número de interesses e dos direitos respectivos, como: direito à sepultura e à sua proteção, o direito ao cadáver e ao seu destino, o direito à imagem que ‘era’, o direito à imagem do cadáver, o direito ao nome, o direito moral do autor, etc. O Código Civil de 2002, em seu artigo 12, determina que *“pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei. Parágrafo Único: Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral, até o quarto grau”*.

⁴⁰ Carlos Alberto Bittar (1992, p.12-13) ressalta que alguns direitos da personalidade produzem efeitos para após a morte, como ocorre com o direito ao corpo ou à parte dele, à imagem e com o direito moral do autor. Segundo afirma, esse direitos são, sob certos aspectos, transmissíveis por sucessão *mortis causa*, cabendo aos sucessores promover a sua defesa.

em que o indivíduo nasce, passa a adquirir esses direitos e, ainda que queira, não pode fazer cessar essa existência”.

Quanto à extrapatrimonialidade, afirma-se que os direitos da personalidade não podem ser objeto de avaliação pecuniária, o que não quer significar a impossibilidade de existência de efeitos de cunho patrimonial, relativos aos direitos da personalidade. É o que se dá, por exemplo, com as conseqüências de ordem financeiras advindas da exploração de um direito de imagem ou de um direito autoral e, bem assim, da indenização pecuniária eventualmente fixada em virtude da ofensa a um direito de personalidade como, por exemplo, o dano moral advindo da lesão à integridade física da pessoa.

O tempo não tem o condão de atingir os direitos da personalidade, razão pela qual tais direitos são imprescritíveis. As pretensões e ações que deles derivam não deixam de existir caso o seu titular delas não se utilize, permanecendo inerte em sua defesa. Da mesma forma, os direitos da personalidade não são adquiridos com o curso do tempo.

Em razão das características acima elencadas, especialmente do caráter necessário e vitalício, da intransmissibilidade, da irrenunciabilidade e da extrapatrimonialidade, são os direitos da personalidade impenhoráveis, sendo impossível a sua alienação para a satisfação de crédito de terceiro.

Por fim, afirma-se que os direitos da personalidade são dotados de relativa disponibilidade. Aqui, não se trata do poder de disposição como transferência de titularidade⁴¹, mas sim como a possibilidade do titular dar uma aplicação, finalidade

⁴¹ Francisco Amaral (2003, p.252) anota que os direitos de personalidade são indisponíveis, porque insuscetíveis de alienação, não podendo o titular a eles renunciar ou até limitá-los, salvo nos casos previstos em lei.

ou emprego a direito da sua personalidade. Vânia Siciliano Aieta (2001, p.301-307) lembra de questões atinentes ao corpo humano como a doação de órgãos⁴², a esterilização voluntária⁴³, a interrupção da gravidez nos casos em que exista risco de vida para a mulher⁴⁴ e as operações voluntárias para troca de sexo.

Por seu turno, Taisa Maria Macena de Lima (2002, p. 143-161), discute a licitude do contrato que tem por objeto a locação de barriga para gestação⁴⁵, em decorrência do progresso tecnológico no que concerne às técnicas de reprodução artificial. Para a autora:

conquanto se encontrem constitucionalmente previstos o princípio da intangibilidade da dignidade do ser humano e o direito à integridade do corpo humano, é lícito e possível o negócio jurídico de disposição do próprio corpo. A indisponibilidade do direito ao próprio corpo – que compõe o leque dos direitos da personalidade – não é absoluta. (LIMA, 2002, p.147)

Segundo afirma Lima (2002, p.147-148), nada impede a existência e legalidade do contrato, derogando-se os princípios fundantes do direito à integridade do corpo humano⁴⁶.

⁴² A doação de órgãos é permitida e regulamentada em nosso país pela Lei Federal nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997.

⁴³ A esterilização voluntária encontra-se prevista pela Lei Federal nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996.

⁴⁴ A esse respeito, tem-se que o Código Penal brasileiro, em seu artigo 128, inciso I, considera impunível a interrupção da gravidez no caso do chamado aborto necessário, também conhecido como aborto terapêutico, quando não há outro meio de salvar a vida da gestante.

⁴⁵ Também conhecida como gestação de substituição ou maternidade de sub-rogação, consiste em que uma mulher gesta em seu útero óvulo fertilizado de outra mulher, que, por alguma razão, não consegue engravidar (LIMA, 2002, p. 145).

⁴⁶ Segundo demonstra AIETA (2001, p.308-309) são requisitos para a derrogação dos princípios fundantes do direito à integridade do corpo humano o consentimento e informação, o interesse legítimo, a gratuidade e o anonimato. No caso em apreço, tem-se que pelos requisitos do consentimento e informação, além da manifestação pelas partes, faz-se necessário o prévio conhecimento das conseqüências de seus atos, levando-se a candidata à gestante a ter plena consciência de que estará renunciando à maternidade e o casal de que deverá aceitar a criança ainda que ela não seja saudável. O interesse legítimo revela-se pelo direito de ter filhos, inclusive fazendo-se uso de novos métodos reprodutivos como a inseminação artificial, expressamente prevista pelo novo Código Civil, em seu artigo 1.597. A gratuidade, por sua vez, não impede o pagamento das despesas da gestante com roupas, medicamentos, alimentação, etc, sendo apenas vedado o

Nesse sentido, não há como falar que os direitos da personalidade sejam indisponíveis. Há de admitir-se a sua disponibilidade como nos casos acima e naqueles outros de cessão do direito de imagem para fins de publicidade e de disposição do próprio corpo para depois da morte⁴⁷.

5.5 – TIPIFICAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Consagrada a concepção dos direitos da personalidade como direitos subjetivos, o problema encontra-se quando da sua tipificação. Duas correntes distintas existem quanto a essa tipificação, sendo elas: a monista e a pluralista.

Para a corrente monista, os direitos da personalidade formam uma unidade. Nessa esteira, não haveria direitos de personalidade, mas um único direito de personalidade, com vários desdobramentos e individual tratamento legislativo. Assim, ao falar o legislador em um direito à vida, à honra e à saúde, por exemplo, não se estaria fazendo referência a vários direitos de personalidade, mas em desdobramentos de um único direito de personalidade (FIUZA, 2004, p.162).

Segundo leciona Tepedino, os monistas argumentam que

pagamento a título de lucro. Repousa esse requisito nos bons sentimentos, desencorajando o proveito do corpo humano e evitando a profissionalização da questão. Por fim, o requisito do anonimato impõe-se como regra geral, dadas as condições pessoais das partes envolvidas. Na gestão de substituição, entretanto, nem sempre é possível, haja vista a existência de sinais exteriores (LIMA, 2002, p. 147-148).

⁴⁷ O novo Código Civil brasileiro traz autorização expressa nesse sentido, conforme se verifica de seu artigo 14, segundo o qual “*é válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte*”.

a pessoa humana é um valor unitário e que os seus interesses relativos ao ser, mesmo se dotados de características conceituais próprias, apresentam-se substancialmente interligados. Disso resultaria que as diversas normas atinentes à tutela da personalidade, disseminadas pelo Código Civil, Código Penal, e leis especiais, mais que constituírem direitos autônomos, representariam a disciplina específica de alguns aspectos particulares de sua tutela, da qual seriam o concreto desenvolvimento. (TEPEDINO, 2001, p.43)

Conclui o Autor, citando Giorgio Giampiccolo:

não existem direitos da personalidade; existe um direito da personalidade: um direito único, com conteúdo indefinido e diversificado (como indefinido e diversificado é, em outro campo, o conteúdo do domínio), que não se identifica com a soma de suas múltiplas expressões individualmente protegidas por normas particulares. (GIAMPICCOLO, apud TEPEDINO, 2001, p.43)

Já para os pluralistas, os direitos da personalidade são vários, haja vista que distintas são as necessidades do ser humano. A cada necessidade ou exigência específica corresponderia um direito da personalidade, que receberia proteção específica.

Embora a pessoa seja una, suas necessidades são diversas. A necessidade de viver é diferente da necessidade de viver com honra; a necessidade de um nome é diferente da necessidade de viver com saúde e assim por diante. Assim, diante das diversas necessidades, temos diversos bens para satisfazê-las. Daí os diferentes direitos da personalidade, considerados bens jurídicos, de natureza incorpórea. (FIUZA, 2004, p.163)

A dualidade estabelecida pelos monistas e pluralistas não se encontra imune a críticas. Uma e outra possuem os seus fundamentos na concepção de direitos da personalidade como direitos subjetivos de caráter patrimonial. Daí porque tratarem

os direitos da personalidade como instrumento de tutela de caráter ressarcitório e de tipo dominical.

Tanto a teoria pluralista dos direitos de personalidade, também chamada tipificadora, quanto a concepção monista, que aviltra um único direito geral e originário da personalidade, do qual todas as situações jurídicas existenciais se irradiam, ambas as elaborações parecem excessivamente preocupadas com a estrutura subjetiva e patrimonialista da relação jurídica que, em primeiro lugar, vincula a proteção da personalidade à prévia definição de um direito subjetivo; e que, em segundo lugar, limita a proteção da personalidade aos seus momentos patológicos, no binômio dano-reparação, segundo a lógica do direito de propriedade, sem levar em conta os aspectos distintivos da pessoa humana na hierarquia dos valores constitucionais. (TEPEDINO, 2001, p.53-54)

A tutela da personalidade, considerada valor juridicamente protegido, exige não apenas que sejam afastadas as agressões aos seus atributos, mas que se busquem meios de promover a pessoa humana, considerada em qualquer situação jurídica de que participe. *“Há de se estabelecer uma cláusula geral de tutela da personalidade, que eleja a dignidade e a promoção da pessoa humana como valores máximos do ordenamento, orientando toda a atividade hermenêutica”* (FIUZA, 2004, p.164).

Para Gustavo Tepedino,

(...) no caso brasileiro, em respeito ao texto constitucional, parece lícito considerar a personalidade não como um novo reduto de poder do indivíduo, no âmbito do qual seria exercido a sua titularidade, mas como valor máximo do ordenamento, modelador da autonomia privada, capaz de submeter toda a atividade econômica a novos critérios de validade.

Nesta direção, não se trataria de enunciar um único direito subjetivo ou classificar vários direitos da personalidade, senão, mais tecnicamente, de salvaguardar a pessoa humana em qualquer momento da atividade econômica, quer mediante os específicos direitos subjetivos (previstos pela Constituição e pelo legislador especial – saúde, imagem, nome, etc.), quer como inibidor de tutela jurídica de qualquer ato patrimonial ou extrapatrimonial que não atenda à realização da personalidade. (TEPEDINO, 2001, p.47)

Concebidos os direitos da personalidade como direitos subjetivos, há de se buscar distanciá-los de uma concepção patrimonial, para que a sua tutela seja integral, e não apenas setorial e insuficiente. Qualquer tentativa de se manter a proteção à personalidade apenas no sentido de se afastar eventual violação ou ameaça acaba por deixar ao desamparo referidos direitos, haja vista a necessidade de sua proteção por forma outra, inclusive de cunho promocional. A pessoa humana necessita de que a ela seja resguardado o direito de livremente desenvolver a sua personalidade.

5.6 – A CLÁUSULA GERAL DE TUTELA E PROMOÇÃO DA PESSOA HUMANA

Na Alemanha, designada por Alexandre dos Santos Cunha como pátria-mãe da teoria da personalidade, a dignidade da pessoa humana teve amplo desenvolvimento teórico e jurisprudencial (CUNHA, 2002, p.245).

O pós-guerra representou momento de profunda reflexão, no qual buscava-se construir soluções ao Estado totalitário.

Após a derrota na Primeira Guerra Mundial, a Alemanha viu surgir o regime nacional socialista, com a ascensão do Partido Nacional-Socialista dos Trabalhadores Alemães, dirigido por Adolf Hitler. Marcos de Campos Ludwig (2002, p.280) pontifica que, de 1924 a 1929, impulsionados por uma certa recuperação

econômico-financeira do país, os nazistas foram ganhando vulto político, o que culminou com a implantação do regime totalitário na década de 30 e a supressão dos partidos políticos, a dissolução de sindicatos, a cassação do direito de greve, fechamento de jornais de oposição, estabelecimento de censura à imprensa, implantação de polícia política, perseguição de judeus, etc.

A sociedade era reconhecida como a única realidade. “O indivíduo era considerado mero apêndice, como se privado de vida própria” (LUDWIG, 2002, p.283). Luciano de Campos (2002, p.283) aponta que, com a promulgação da Lei do Cidadão do Reich, em 15 de setembro de 1935, extirpa-se o conceito de pessoa do ordenamento jurídico alemão e adota-se em seu lugar a noção de cidadão do Reich, nos termos do § 2º de referida lei:

Cidadão do Reich é apenas o nacional de sangue alemão ou afim, que com o seu comportamento demonstre que está disposto e apto a servir com lealdade ao povo e ao Reich alemães.

Em 1945, com o fim da Segunda Guerra Mundial e nova derrota da Alemanha, procurou-se superar a doutrina jurídica nacional-socialista, com a pregação de uma perspectiva axiológica e humanista do Direito, baseada na dignidade da pessoa humana.

A Lei Fundamental de Bonn de 1949, enquanto expressão dessa fase, consagrou a intangibilidade da dignidade do homem, bem como reconheceu o livre desenvolvimento de sua personalidade, como o fim de toda a ordem jurídica (CUNHA, 2002, p.246). “Em vigorosa oposição ao totalitarismo nacional-socialista do passado, concede especial relevo aos direitos fundamentais, compreendidos como direitos imanentes a todo e qualquer ser humano” (LUDWIG, 2002, p.286),

estabelecendo um conceito de pessoa intangível tanto Estado quanto pelos outros membros da sociedade.

A necessidade de proteção do ser humano, enquanto pessoa, fez surgir a doutrina do direito geral de personalidade que exigia que não fosse à pessoa outorgada uma tutela de cunho negativista, no sentido de afastar qualquer agressão que a ela se dirigisse. Necessário, também, seria promover a pessoa enquanto tal, possibilitando-lhe o livre desenvolvimento de sua personalidade em qualquer situação na qual se encontrasse.

Nesse sentido, leciona César Fiuza:

em outras palavras, os direitos da personalidade, mesmo considerados direitos subjetivos, não podem ser comparados aos modelos clássicos de direitos subjetivos pessoais ou reais. Tampouco se deve moldurá-los em situações-tipo, reprimindo apenas sua violação. Também será inconsistente a técnica de agrupá-los em um único direito geral de personalidade, se o objetivo for o de superar o paradigma clássico, baseado no binômio lesão-sanção. Há de se estabelecer uma cláusula geral de tutela da personalidade, que eleja a dignidade e a promoção da pessoa humana como valores máximos do ordenamento, orientando toda a atividade hermenêutica. (FIUZA, 2004, p.164)

No direito brasileiro, muito embora inexista previsão expressa sobre o direito geral de personalidade, é possível falar acerca de sua presença.

A prioridade conferida à cidadania e à dignidade da pessoa humana (art. 1º, I e III, CF), fundamentos da República, e a adoção do princípio da igualdade substancial (art. 3º, III) ao lado da isonomia formal do art. 5º, bem como a garantia residual estipulada pelo art. 5º, § 2º, CF, condicionam o intérprete e o legislador ordinário, modelando todo o tecido normativo infraconstitucional com a tábua axiológica eleita pelo constituinte. (TEPEDINO, 2001, p.47)

A análise dos dispositivos iniciais da Constituição da República Federativa do Brasil revela os valores eleitos pelo constituinte para existência de nosso Estado. A

fundamentação do Estado Democrático de Direito brasileiro na dignidade da pessoa humana, aliada ao objetivo fundamental de erradicação da pobreza e da marginalização, com a redução das desigualdades sociais, à igualdade e à não-exclusão de outros direitos decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição de 1988, permitem a configuração de uma cláusula geral de tutela e promoção da dignidade humana, tomada como valor máximo do ordenamento, como leciona Tepedino (2001, p.48).

O direito do final deste século marca-se pelo reconhecimento da necessidade de tutela dos valores existenciais da pessoa humana, outrora relegados a uma proteção indireta, quando existente. Efetivamente, o direito – todo o direito – é valorativo: determinada comunidade, em determinado momento histórico, elege certos valores que pretende dignos de proteção, que se dá através do ordenamento jurídico regente da vida em sociedade.

No âmbito do direito privado deixa-se atrás a velha concepção do patrimonialismo, marcante nas codificações que praticamente atravessaram este século. O direito civil deixa de ser marcado pela propriedade, contrato, testamento e família. Uma contemporânea visão do direito procura tutelar não apenas estas figuras, mas deve tutelar certos valores tidos como merecedores de proteção: a última ratio do direito é o homem e os valores que traz encerrados em si.

[...]

Neste sentido revolta-se o direito contra as concepções que o colocavam como mero protetor de interesses patrimoniais, para postar-se agora como protetor direto da pessoa humana. Ao proteger (ou regular) o patrimônio, se deve fazê-lo apenas e de acordo com o que ele significa: suporte ao livre desenvolvimento da pessoa. (EROULTHS JÚNIOR apud FIUZA, 2004, p.166-167)

Daí o porque de afirmar, portanto, que o homem deve receber proteção tanto em suas relações existenciais, como em suas relações patrimoniais, seja em relação ao Poder Público, seja em relação aos particulares, devendo ser promovido em sua dignidade. Nesse contexto, importante ressaltar as lições do Prof. César Fiuza, para quem uma correta apreciação do tema exige a dispensa do termo 'proteção', haja vista que o mesmo carrega consigo a noção de situações patológicas, em que o homem sofre danos à sua personalidade. Segundo o autor, o melhor seria falar-se

em tutela, *“abrangendo tanto as situações patológicas quanto todas as demais. Daí a denominada cláusula geral de tutela (não apenas de proteção) da personalidade”* (FIUZA, 2004, p.167).

O homem, de carne e osso, ocupa o centro do ordenamento jurídico, devendo a proteção de sua dignidade e o desenvolvimento e realização de sua personalidade através de uma função promocional ser preocupação de todos nós.

Francisco José Ferreira Muniz e José Lamartine Corrêa de Oliveira, já nos idos de 1980, verificaram a necessidade de o ordenamento jurídico adotar uma visão personalista da pessoa humana, pois a mesma não poderia ser aceita como um dado da realidade externa com a qualidade de objetos, da forma que a tem uma árvore ou um animal. Isso porque o ser humano não é um dado apenas ontológico que radique no plano do ser, mas também axiológico, de forma que *“ser e valor estão intimamente ligados, em síntese indissolúvel, eis que o valor está, no caso, inserido no ser”* (OLIVEIRA; MUNIZ, 1980, p.16).

Diante da constatação de que o homem possui a sua dignidade simplesmente porque é, não se podendo conceber o ser humano sem o seu valor próprio, é que se faz necessária a função promocional de sua dignidade e de sua personalidade.

Finalizando, não há como deixar de ressaltar a diferença entre a concepção monista dos direitos da personalidade e a chamada cláusula geral de tutela da personalidade.

Como visto, a teoria monista considera que os direitos da personalidade formam uma unidade, não se podendo falar na existência de vários direitos da personalidade, mas um único direito de personalidade, com vários desdobramentos

e individual tratamento legislativo. Diante da violação do direito, o ordenamento jurídico deferiria a tutela ao ofendido.

Já segundo a cláusula geral de tutela da personalidade, a personalidade seria um valor maior da sociedade, diante da constatação de que a pessoa é um fim em si mesmo e não meio ou instrumento para a consecução de fins outros, o que exige o seu respeito, seja diante da proteção de sua dignidade, seja diante da promoção do ser humano.

Assim, concluímos com Fiuza, para quem

o ordenamento, com base na cláusula geral de tutela da personalidade, não só daria ensejo à reparação dos atentados aos direitos da personalidade como induziria a atuação do intérprete ao molde axiológico dessa cláusula, qual seja, a pessoa humana. [...] Ao contrário da teoria monista, a cláusula geral de tutela da personalidade não se resume ao tratamento dos casos patológicos, casos em que se atenta contra os direitos fundamentais da pessoa. Preocupa-se, acima de tudo, com sua promoção. (FIUZA, 2004, p.165)

Logo, toda a ordem normativa deve ocupar-se não só dos momentos patológicos dos direitos da personalidade, mas também no sentido da concretização e efetivação da dignidade da pessoa humana.

A mera enumeração taxativa dos direitos da personalidade pode se mostrar insuficiente. Como afirmado por Norberto Bobbio,

não é preciso muita imaginação para prever que o desenvolvimento da técnica, a transformação das condições econômicas e sociais, a ampliação dos conhecimentos e a intensificação dos meios de comunicação poderão produzir tais mudanças na organização da vida humana e das relações sociais que se criem ocasiões favoráveis para o nascimento de novos carecimentos e, portanto, para novas demandas de liberdade e de poderes. (BOBBIO, 1992, p.33)

6 – O SISTEMA POSITIVO BRASILEIRO DE PROTEÇÃO DA PERSONALIDADE

Avançando ao Direito positivo brasileiro, pode-se afirmar que a tutela jurídica da personalidade desenvolve-se tanto no âmbito constitucional quanto no infraconstitucional.

Quanto à Constituição da República de 1988, percebe-se que a mesma tutela a personalidade, contendo mesmo uma cláusula geral para sua proteção, como visto acima. A CF/88 confere especial tratamento à dignidade da pessoa humana, elegendo-a como princípio fundamental da República, conforme enunciado no artigo 1º, inciso III, do texto constitucional. À frente, adota o princípio da igualdade substancial, o que se alcançaria com a erradicação da pobreza e da marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III). Ademais, enumera a Constituição da República vários direitos que guardam relação com o respeito à pessoa humana, tais como: o direito à vida, liberdade, à igualdade (art. 5º, *caput*), a integridade psicofísica (art. 5º, II e III), a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem (art. 5º, X), o direito de autor (art. 5º, XXVIII), dentre outros, não se permitindo a exclusão de outros direitos decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (art. 5º, §2º).

Referindo-se ao texto constitucional brasileiro, César Fiuza afirma que

no Brasil, a sede principal dos direitos da personalidade é a própria Constituição. É ela que prevê de forma, pode-se dizer, implícita a cláusula geral de tutela da personalidade, ao eleger como valor fundamental da

República a dignidade da pessoa humana, que deverá ser protegida e promovida individual e socialmente. (FIUZA, 2004, p.168)

No que concerne à legislação infraconstitucional, o ponto de partida para a apresentação que se faz deve estar na Lei Federal nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que contém o novo Código Civil. Isso porque no Livro I (Das Pessoas) da Parte Geral do Código é dedicado todo o Capítulo II, composto por 11 artigos (artigos 11 a 21), ao tratamento dos direitos da personalidade.

Danilo Doneda (2003, p.35) afirma que o tratamento dos direitos da personalidade no novo Código Civil representa uma mudança paradigmática do direito civil, que se reconhece como parte de um ordenamento cujo valor máximo é a proteção da pessoa humana. Trata-se, segundo afirma, de efeito da constatação de que a sociedade de hoje não pode mais valer-se de um sistema jurídico no qual o ponto de referência seja a propriedade (DONEDA, 2003, p.39)

Ocorre que o novel Código Civil brasileiro mostrou-se tímido no trato dos direitos da personalidade. Enquanto a Constituição da República de 1988 afigura como a principal sede dos direitos da personalidade, elegendo a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental da República e que possibilita falar na existência de uma cláusula geral de tutela e promoção da personalidade, o mesmo não se deu com o Código Civil, que lhe é posterior.

O Código Civil de 2002, como se verifica da leitura de seus artigos 11 a 21, limita-se a dispor que os direitos da personalidade são irrenunciáveis e intransmissíveis (art. 11), não podendo sofrer limitações voluntárias em seu exercício. Ademais, prevê a possibilidade de o lesado exigir que cesse a ameaça ou a lesão a esses direitos (arts. 12, 17, 18, 19, 20 e 21), terminando por enumerar

alguns direitos da personalidade como o direito ao próprio corpo, ao nome, à imagem, à honra, à reputação e à vida privada.

É verdade que a posição dos direitos da personalidade é fundamental na estrutura do direito civil contemporâneo, o qual deve preocupar-se com a realização da pessoa humana. Não se pode dizer, entretanto, que o Código Civil de 2002 tenha trabalhado para a evolução dos direitos da personalidade. *“Constata-se ter sido incluída a disciplina dos direitos da personalidade sem a realização de um concreto trabalho de renovação do direito civil”* (DONEDA, 2003, p.58-59).

Parece-nos, pela análise dos dispositivos constantes do Código Civil de 2002, que prevaleceu a preocupação com as ofensas aos direitos da personalidade, em vez da busca da proteção da pessoa humana diante de sua dignidade. Nesse sentido⁴⁸ tem-se as palavras de César Fiúza, para quem

o Código Brasileiro, ao contrário de outros, como o japonês, por exemplo, preocupa-se muito mais, para não dizer tão-só, com as possíveis patologias dos direitos da personalidade, em vez de tutelar a personalidade de modo mais holístico, promovendo a dignidade da pessoa humana e vinculando a interpretação das normas de Direito privado a este valor fundamental. (FIUZA, 2004, p.169)

Ainda no âmbito infraconstitucional, outros textos legais poderiam ser citados, como: 1) Decreto nº 24.559, de 3 de julho de 1934, que dispõe sobre a profilaxia mental, a assistência e proteção à pessoa e aos bens dos psicopatas, a fiscalização dos serviços psiquiátricos e dá outras providências; 2) Resolução 1.358/92 do

⁴⁸ Assim também afirma Danilo Doneda (2003, p.59). Segundo o autor, a nova legislação continua por conceber os direitos da personalidade como direitos subjetivos patrimoniais, razão pela qual a tutela vem à luz essencialmente nos momentos patológicos, não enfatizando a potencial função promocional dos direitos da personalidade. Por essa razão, afirma que a nova legislação abriu mão de avançar no sentido de uma tutela integrada da personalidade com todo o cuidado e decisão que seriam devidos.

Conselho Regional de Medicina, que dispõe sobre a utilização de técnicas de reprodução assistida; 3) Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que contém o Estatuto da Criança e do Adolescente; 4) Lei Federal nº 8.501, de 30 de novembro de 1992, que dispõe sobre a utilização de cadáver não reclamado, para fins de estudo ou pesquisas científicas e dá outras providências; 5) Lei nº 9.434, de 04 de fevereiro de 1997 e Decreto nº 2.268, de 30 de junho de 1997, que dispõem sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências; 6) Lei Federal nº 9.609, de 19 de fevereiro de 1998, que dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no país, e dá outras providências; 7) Lei Federal nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, que altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências; 8) Lei Federal nº 9.279, de 14 de maio de 1996, que regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial; 9) A legislação penal que, no Código Penal, prevê: a condenação do homicídio (art. 121), a provocação ou auxílio ao suicídio (art. 122), o infanticídio (art. 123), o aborto (art. 124), os crimes de perigo para a vida e a saúde (arts. 130 a 136), o crime de lesão corporal (art. 129), os crimes contra a honra (art. 138), a difamação (art. 139), a injúria (art. 146), o seqüestro e cárcere privado (art. 142), a inviolabilidade do domicílio (art. 150), os crimes contra a inviolabilidade de correspondência (arts. 151 e 152) e dos segredos (arts. 153 e 154) e a 10) Lei Federal nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, que contém o recente Estatuto do Idoso, de grande importância para o presente trabalho, posto que destinado a regular os direitos assegurados às pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos de idade.

6.1 – O SISTEMA LEGAL BRASILEIRO DE PROTEÇÃO AO IDOSO

No ordenamento jurídico brasileiro, fala-se que o idoso é objeto de especial proteção. Muito embora a Constituição da República de 1988 determine a tutela de direitos da personalidade de que são titular as pessoas de uma forma geral, como visto acima, tem-se que o mesmo texto reafirma a necessidade de tutela à pessoa idosa, tal qual se pode verificar de seu artigo 230, *verbis*⁴⁹:

Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo a sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhe o direito à vida.

§ 1º. Os programas de amparo aos idosos serão executados preferencialmente em seus lares.

§ 2º. Aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos.

Em âmbito infraconstitucional, tinha-se, anteriormente à publicação da Lei Federal nº 10.741, de 1º de outubro de 2003, um sistema de proteção ao idoso calcado expressamente na Lei Federal nº 6.179, de 11 de dezembro de 1974, Lei Federal nº 8.742, de 07 de dezembro de 1993, Lei Federal nº 8.842, de 04 de abril de 1994, Lei Federal nº 8.926, de 09 de agosto de 1994, Lei Federal nº 10.048, de 08 de novembro de 2000 e na Lei Federal nº 10.173, de 10 de janeiro de 2001.

⁴⁹ Não podemos deixar de lembrar do artigo 229 da Constituição da República de 1988 que, num contexto de família, expressa que “os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”. Trata o presente dispositivo constitucional, a nosso ver, da garantia ao idoso dos alimentos necessários à sua manutenção e, bem assim, da garantia de ambiente no qual possa buscar o livre desenvolvimento da sua personalidade, mesmo diante das limitações naturais advindas da idade.

A Lei Federal nº 6.179, de 11 de dezembro de 1974, instituiu amparo previdenciário para maiores de setenta anos de idade e para inválidos, buscando garantir a essas pessoas – desde que incapacitadas para o trabalho, não exerçam atividade remunerada, não auferam rendimento, sob qualquer forma, superior ao valor da renda mensal fixado na própria Lei, que não sejam mantidos por pessoa de quem dependam obrigatoriamente e não tenham outro meio de prover ao próprio sustento, preenchidos outros requisitos – algo que lhes pudesse garantir um mínimo para sua sobrevivência.

A Lei Federal nº 8.742, de 07 de dezembro de 1993, implicitamente revogando a Lei 6.179/74, organizou a Assistência Social, estabelecendo benefícios e prevendo programas de assistência à pessoa idosa, também almejando garantir condições mínimas de existência para pessoas com essa qualidade.

A Lei Federal nº 8.842, de 04 de abril de 1994, dispôs sobre a política nacional do idoso e criou o Conselho Nacional do Idoso⁵⁰. Ao normatizar sobre a política nacional do idoso, determinou que a mesma tem por objetivo assegurar os direitos sociais do idoso, criando condições para promover sua autonomia, integração e participação efetiva na sociedade. Para tanto, estabeleceu como princípios: I – a participação da família, da sociedade e do Estado na garantia dos direitos da cidadania, garantindo a participação do idoso na comunidade, defendendo sua dignidade, bem-estar e o direito à vida; II – o reconhecimento de que o processo de envelhecimento diz respeito à sociedade em geral, devendo ser objeto de conhecimento e informação para todos; III – o impedimento de qualquer tipo de discriminação; IV – a eleição do idoso como destinatário único das transformações a serem efetivadas através desta política; V – a constatação das

⁵⁰ Essa Lei já se referia ao idoso como a pessoa maior de 60 (sessenta) anos de idade.

diferenças econômicas, sociais, regionais e, particularmente, as contradições entre o meio rural e o urbano do Brasil, como forma de se efetivar uma condição de igualdade material; VI – a viabilização de formas alternativas de participação, ocupação e convívio do idoso, que proporcionem sua integração às demais gerações; VII – participação do idoso, através de suas organizações representativas, na formulação, implementação e avaliação das políticas, planos, programas e projetos a serem desenvolvidos; VIII – a priorização do atendimento ao idoso através de suas próprias famílias, em detrimento do atendimento asilar, à exceção dos idosos que não possuam condições que garantam sua própria sobrevivência; IX – capacitação e reciclagem dos recursos humanos nas áreas de geriatria e gerontologia e na prestação de serviços; X – implementação de sistema de informações que permita a divulgação da política, dos serviços oferecidos, dos planos, programas e projetos em cada nível de governo; XI – estabelecimento de mecanismos que favoreçam a divulgação de informações de caráter educativo sobre os aspectos biopsicossociais do envelhecimento; XII – priorização do atendimento ao idoso em órgãos públicos e privados prestadores de serviços, quando desabrigados e sem família; XIII – apoio a estudos e pesquisas sobre as questões relativas ao envelhecimento.

Nos Estados, Distrito Federal e Municípios, existem os Conselhos Estaduais, do Distrito Federal e Municipais do Idoso, a quem compete a formulação, coordenação, supervisão e avaliação da política nacional do idoso, no âmbito das respectivas instâncias político-administrativas.

Por sua vez, a Lei Federal nº 8.926, de 09 de agosto de 1994, em atenção à saúde do idoso, tornou obrigatória a inclusão, nas bulas de medicamentos, de

advertências e recomendações sobre seu uso por pessoas de idade acima de 65 (sessenta e cinco) anos de idade.

Já a Lei Federal nº 10.048, de 08 de novembro de 2000, estabelece o direito de atendimento prioritário a idosos em repartições e empresas concessionárias do serviço público, em instituições financeiras e também em instituições privadas, ordenando, ainda, às empresas públicas de transporte e às concessionárias de transporte coletivo, a reserva de assentos, devidamente identificados e destinados aos idosos⁵¹.

Por fim, faz-se referência à Lei Federal nº 10.173, de 10 de janeiro de 2001, que alterou o Código de Processo Civil para dar prioridade de tramitação aos procedimentos judiciais em que figure como parte pessoa com idade igual ou superior a sessenta e cinco anos⁵².

Esse é o contexto legislativo que se encontrava no âmbito da União, quanto à proteção de direitos do idoso.

6.1.1 – O Estatuto do Idoso

⁵¹ Essa Lei não se refere apenas à proteção de direitos dos idosos, mas também de gestantes, lactantes, pessoas acompanhadas por criança de colo e as pessoas portadoras de deficiência.

⁵² Percebe-se, aí, tendência a garantir a tutela dos direitos das pessoas idosas com preferência, diante da morosidade do Judiciário que, muitas vezes, não pode fazer efetiva uma decisão sua em virtude do transcurso prolongado do tempo. Em se tratando de pessoas idosas, há de se indagar de que valeria uma decisão judicial em relação àquele que teve o seu direito reconhecido, mas que não se encontra entre nós pelo término avançado de sua vida.

Em 1º de outubro de 2003, vem ao mundo a Lei Federal de nº 10.741, que dispõe sobre o estatuto do idoso, e para a qual convergem várias das matérias tratadas pelas leis anteriormente indicadas. Trata-se de extensa lei – é composta de 118 artigos – que, contrariamente ao Código Civil de 2002, encontra-se afeita a uma cláusula geral de proteção da personalidade, buscando, além da proteção das pessoas maiores de 60 (sessenta) anos de idade, a sua promoção como seres humanos. Assim se pode verificar do artigo 2º de referida lei:

Art. 2º O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.

É patente a preocupação com a dignidade do idoso.

Passando a enumerar direitos, a Lei Federal nº 10.741 refere-se à prioridade, à vida, à liberdade, ao respeito e à dignidade, aos alimentos, à saúde, à educação, cultura, esporte e lazer, à profissionalização e ao trabalho, à previdência social, à assistência social, à moradia e ao transporte. Após, enumera as medidas de proteção ao idoso, estabelece a política de atendimento ao idoso, tratando das entidades de atendimento, sua fiscalização, das infrações administrativas, da apuração administrativa de infração às normas de proteção ao idoso, da apuração judicial de irregularidades em entidade de atendimento, do acesso à Justiça, da atuação do Ministério Público, da proteção dos interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis ou homogêneos, terminando por individuar os crimes em espécie que podem ser praticados em prejuízo do idoso.

No que tange ao objeto do presente trabalho, cabe-nos discorrer sobre o tratamento dado aos direitos da personalidade do idoso.

6.1.1.1 – Do Direito à Prioridade

Consiste o direito à prioridade, previsto no artigo 3º do Estatuto do Idoso, no atendimento preferencial, imediato e individualizado que deve ser outorgado ao idoso junto a órgãos públicos e privados, prestadores de serviços à população. Aqui inclui-se a reserva de 10% (dez por cento) do total para assentos preferenciais para idosos em veículos de transporte coletivo (art. 39, § 2º) e, bem assim, a prioridade de embarque no sistema de transporte coletivo (art. 42).

O direito à prioridade é, a nosso ver, direito que objetiva garantir o respeito à figura do idoso, em razão mesmo de sua condição física. Após longa vida, muitas das vezes dedicada à família e ao trabalho, o idoso é atingido pelo constante cansaço e pela debilidade física e em sua saúde. Não obstante tratar-se de uma norma que, muito antes de se tornar jurídica, já compunha o conjunto das normas de trato social, à semelhança do que se verifica com deficientes físicos e mulheres grávidas. A condição de existência dessas pessoas exige o tratamento preferencial como forma de respeito à sua pessoa e à sua dignidade.

Além do atendimento preferencial, o direito à prioridade compreende a preferência na formulação e na execução de políticas sociais públicas específicas, a destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção

do idoso, a viabilização de formas alternativas de participação, ocupação e convívio do idoso com as demais gerações, a priorização no atendimento do idoso por sua própria família, em detrimento do atendimento asilar, exceto dos que não a possuam ou careçam de condições de manutenção da própria sobrevivência, a capacitação e reciclagem dos recursos humanos nas áreas de geriatria e gerontologia e na prestação de serviços aos idosos, o estabelecimento de mecanismos que favoreçam a divulgação de informações de caráter educativo sobre os aspectos biopsicossociais de envelhecimento e a garantia de acesso à rede de serviços de saúde e de assistência social locais.

6.1.1.2 – Do Direito à Vida

O direito à vida, previsto no artigo 8º do Estatuto do Idoso como direito personalíssimo, certamente ocuparia o espaço mais alto da hierarquia se assim fosse possível classificar os direitos da personalidade. Isso porque o direito à vida funde-se com a própria personalidade, como ensina Elimar Szaniawski (2005, p.146), vinculando-se à mesma uma vez que sem vida não é possível falar-se em personalidade. *“Personalidade, vida e dignidade são figuras intimamente ligadas e inseparáveis”* (SZANIAWSKI, 2005, p.146).

Consagrado pelo artigo 5º da Constituição da República de 1988, é o direito à vida o mais primário de todos os direitos, pressuposto da existência do próprio indivíduo e da existência e exercício de todos os demais direitos.

Segundo Francisco Amaral,

a vida humana é o estado em que se encontra o ser humano, animado, normais ou anormais que sejam as suas condições físicas e psíquicas. Mais do que um estado, é o processo pelo qual um indivíduo nasce, cresce e morre. É bem jurídico fundamental, uma vez que se constitui na origem e suporte dos demais direitos. Sua extinção põe fim à condição de ser humano e a todas as manifestações jurídicas que se apóiam nessa condição. (AMARAL, 2003, p.260)

Como afirmado anteriormente, seguindo-se os ensinamentos de Immanuel Kant, a pessoa deve ser considerada como fim em si mesmo. Daí os direitos da personalidade como protetores da pessoa humana, sua dignidade e da sua própria existência.

Figurando o direito à vida como direito fundamental do indivíduo, deve o mesmo ser assegurado, tanto no que se refere ao direito de continuar vivo como no que se refere ao direito de se ter uma vida digna quanto à subsistência (MORAES, 2000, p.62).

Destarte, se é certo que sem vida não há personalidade, há de ser protegido aquele direito como indispensável à existência da pessoa, não sendo a ninguém dada a tolerância de atos atentatórios ao conjunto de valores e componentes que integram esse direito (RIZZARDO, 2005, p.156).

6.1.1.3 – Do Direito à Liberdade

O direito à liberdade encontra-se garantido pelo artigo 10 do Estatuto do Idoso, compreendendo esse direito, nos termos da lei, a faculdade de ir, vir e estar nos logradouros públicos e espaços comunitários, ressalvadas as restrições legais, a liberdade de opinião e expressão, a liberdade de crença e culto religioso, a liberdade para a prática de esportes e diversões, a liberdade de participação da vida familiar e comunitária, a participação na vida política e a liberdade de buscar refúgio, auxílio e orientação.

O direito de liberdade, tratado pelo Estatuto do Idoso, também se encontra previsto pelo artigo 5º da Constituição da República de 1988 como direito fundamental do indivíduo, não havendo que se fazer diferença quanto à idade.

Como enfatiza Rizzardo,

define-se a liberdade como o poder assegurado à pessoa de direcionar e dirigir sua vida. Age em consonância com a sua vontade nos planos da vida, dos negócios, do trabalho, das uniões. Consiste na faculdade de fazer ou não fazer aquilo que a ordem pública permite, e desde que não se encontre obrigada a realizar certos atos, especialmente aqueles que interessam ao público em geral, como o recolhimento de tributos, de taxas. (Rizzardo, 2005, p.166)

Entendida como poder individual de autodeterminação, nos limites da lei, a liberdade genérica desdobra-se na liberdade de pensamento (art. 5º, IV, CR/88), liberdade de consciência e de crença (art. 5º, VI, CR/88), liberdade de expressão intelectual, artística, científica e de comunicação (art. 5º, IX, CR/88), liberdade de exercício de trabalho (art. 5º, XIII, CR/88), liberdade de locomoção ou de ir e vir (art. 5º, XV e LXVIII, CR/88), liberdade de associação (art. 5º, XVII, CR/88), além daquelas outras liberdades especificamente previstas no Estatuto do Idoso.

O direito de liberdade, assim determinado, guarda relação de necessidade com o ser da pessoa humana em sociedade, razão pela qual podemos considerá-lo como indispensável à manutenção da vida digna do sujeito.

A vida do sujeito compreende processo dinâmico, com permanente e incessante transformação, o que importa na necessidade de garantir à pessoa um ambiente favorável à satisfação de infindáveis necessidades que integram a própria natureza humana. Dessa maneira, é indispensável que seja assegurada a liberdade como forma de realização dessas aspirações.

6.1.1.4 – Do Direito ao Respeito e à Dignidade

O direito ao respeito e à dignidade encontram-se previstos pelo Estatuto do idoso em seu artigo 10, segundo o qual é obrigação do Estado e da sociedade assegurar à pessoa idosa o respeito e a dignidade, como pessoa humana e sujeito de direitos civis, políticos, individuais e sociais, garantidos na Constituição e nas leis.

À frente, no parágrafo 2º do mesmo artigo, está disciplinado que o direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, de valores, idéias e crenças, dos espaços e dos objetos pessoais.

Por sua vez, o parágrafo 3º do artigo 10 da Lei Federal nº 10.741 de 2003 determina que é dever de todos zelar pela dignidade do idoso, colocando-o a salvo

de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor.

Percebe-se, da análise dos dispositivos enumerados, que o legislador ordinário mostrou a sua preocupação em reafirmar direitos já previstos na Constituição da República de 1988 e em legislação infraconstitucional.

Como já se afirmou no presente trabalho, a pessoa, por não ser coisa suscetível de avaliação econômica, possui dignidade e, como tal, deve ser tutelada como fim em si mesma, jamais se podendo admitir que seja utilizada como meio para a consecução de fins diversos. O ambiente social e o Estado é que devem funcionar como meio para a realização da dignidade da pessoa humana. Daí o porquê, a nosso ver, da previsão do direito ao respeito e à dignidade do idoso, em seus desdobramentos necessários. Afinal, é respeitando a pessoa enquanto tal que acaba por se garantir a sua dignidade.

6.1.1.5 – Do Direito aos Alimentos

O Direito aos alimentos do idoso é reafirmado pela Lei Federal nº 10.471 de 2003 em seus artigos 11 a 14.

Fala-se em reafirmação posto que a matéria encontrava-se regulamentada pelo Código Civil de 1916 em seus artigos 396 a 405, com o objetivo de manter condições mínimas de subsistência e vida para o sujeito.

Com o advento da Constituição da República de 1988, a matéria recebeu especial tratamento relativamente à pessoa do idoso, a ele sendo destinado o disposto no artigo 229:

Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

Posteriormente, o Código Civil de 2002, revogando a lei anterior, disciplinou a matéria através de seus artigos 1.694 a 1.710, de modo a permitir que o necessitado pleiteie alimentos de que necessite para viver de modo compatível com a sua condição social.

O interessante é notar, através das disposições do Estatuto do Idoso, que expressamente fez-se constar a obrigação alimentar do Estado, relativamente à pessoa idosa, caso a mesma ou seus familiares não possuam condições econômicas de prover o seu sustento.

Mais uma vez, verifica-se a proteção ao idoso no intuito de garantir-lhe condições mínimas de vida e sobrevivência.

6.1.1.6 – Do Direito à Saúde

O direito à saúde encontra-se previsto no Estatuto do Idoso em seus artigos 15 a 19.

Trata-se de direito decorrente do direito à vida. Novamente depara-se com reafirmação de direitos, vez que a Constituição da República de 1988 já havia assegurado esse direito a todos, sem qualquer distinção:

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

A vida, como observa Rizzardo (2005, p.160), não se ergue como valor ideal, não bastando a mera proteção de sorte a ninguém ceifá-la injustamente. Aqui, não se trata de mera ausência de doenças ou enfermidades, mas sim da busca de um estado completo de bem-estar físico, mental e social, segundo anota Silma Mendes Berti (2000, p.242). Daí porque falar na necessidade de ações para a promoção, proteção e recuperação da saúde.

Especialmente quanto ao idoso, percebe-se que o legislador ordinário preocupou-se com especificidade, buscando a salvaguarda da saúde própria das pessoas com idade superior a 60 (sessenta anos). Para tanto, assegurou a atenção integral à saúde do idoso, por intermédio do Sistema Único de Saúde (SUS), garantindo-lhe o acesso universal e igualitário, em conjunto articulado e contínuo das ações e serviços, para a prevenção, promoção, proteção e recuperação da saúde, incluindo a atenção especial às doenças que afetam preferencialmente os idosos.

Para a prevenção e manutenção da saúde do idoso, ficou determinado o cadastramento da população idosa em base territorial, o atendimento geriátrico e gerontológico em ambulatórios, a manutenção de unidades geriátricas de referência,

com pessoal especializado nas áreas de geriatria e gerontologia social, atendimento domiciliar, incluindo a internação, para a população que dele necessitar e esteja impossibilitada de se locomover, inclusive para idosos abrigados e acolhidos por instituições públicas, filantrópicas ou sem fins lucrativos e eventualmente conveniadas com o Poder Público, nos meios urbano e rural, a reabilitação orientada pela geriatria e gerontologia, para redução das seqüelas decorrentes do agravo da saúde, o fornecimento gratuito de medicamentos, especialmente os de uso continuado, assim como próteses, órteses e outros recursos relativos ao tratamento, habilitação ou reabilitação, a vedação de discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade e o atendimento especializado aos idosos portadores de deficiência ou com limitação incapacitante, garantindo-se ao idoso, sempre no exercício de sua capacidade, a liberdade para optar pelo tratamento de saúde que lhe for reputado mais favorável.

6.1.1.7 – Do Direito à Educação, Cultura, Esporte e Lazer

No que se refere ao direito à cultura, educação, esporte e lazer, tem-se que a Lei Federal nº 10.741 de 2003 reafirmou quanto à pessoa do idoso esses direitos, sempre com respeito à sua especial condição de idade.

Ocorre nova reafirmação de direitos, posto que a educação, cultura, esporte e lazer já guardavam *status* constitucional, como verifica-se dos artigos 205, 215 e 217 do texto da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988:

Art. 205. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

Art. 217. É dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não-formais, como direito de cada um, observados:

...

§ 3º - O Poder Público incentivará o lazer, como forma de promoção social.

Especialmente quanto ao idoso, o Estatuto determina a adequação dos currículos, metodologias e material didático aos programas educacionais a ele destinados, incluindo-se nos cursos conteúdo relativo às técnicas de comunicação, computação e demais avanços tecnológicos, para sua integração à vida moderna, no intuito de fomentar o seu acesso à educação.

Ainda quanto à educação, ficou determinado que nos currículos mínimos dos diversos níveis de ensino formal serão inseridos conteúdos voltados ao processo de envelhecimento, ao respeito e à valorização do idoso, de forma a eliminar o preconceito e a produzir conhecimentos sobre a matéria.

Já quanto à participação nas atividades culturais e de lazer, fica assegurado ao idoso o desconto de pelo menos 50% (cinquenta por cento) nos ingressos para eventos, bem como o acesso preferencial aos respectivos locais.

Por fim, determinou a Lei que os meios de comunicação mantenham espaços ou horários especiais voltados aos idosos, com finalidade informativa, educativa, artística e cultural, e ao público sobre o processo de envelhecimento, bem como o apoio à criação de universidade aberta para as pessoas idosas e o incentivo à

publicação de livros e periódicos, de conteúdo e padrão editorial adequados ao idoso, que facilitem a leitura, considerada a natural redução da capacidade visual.

6.1.1.8 – Do Direito à Profissionalização e ao Trabalho

O direito à profissionalização e ao trabalho também já encontrava fundamento constitucional antes do advento da Lei Federal nº 10.741 de 2003. Dispõe a Constituição da República de 1988 em seus artigos 1º e 5º:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

...

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

...

XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;

Trata-se, como é do senso comum, de direito ligado à existência e manutenção da pessoa que, direta ou indiretamente, dele precisa para a promoção de sua personalidade. A própria Constituição da República de 1988 enumera o trabalho como fator de promoção da dignidade, como se infere do texto do artigo 179, *verbis*:

Art. 179. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

...

VIII – busca do pleno emprego

...

Quanto ao idoso, é assegurado o seu direito ao exercício de atividade profissional, respeitadas suas condições físicas, intelectuais e psíquicas, devendo ser criados programas de profissionalização especializada para os idosos, aproveitando seus potenciais e habilidades para atividades regulares e remuneradas, preparação dos trabalhadores para a aposentadoria, com antecedência mínima de 1 (um) ano, por meio de estímulo a novos projetos sociais, conforme seus interesses, e de esclarecimento sobre os direitos sociais e de cidadania e de estímulo às empresas privadas para admissão de idosos ao trabalho.

6.1.1.9 – Da Previdência Social

A previdência social integra o sistema de seguridade social ao lado da saúde e da assistência social, como determinado pela Constituição da República de 1988 em seu artigo 194.

Trata a previdência social do seguro social para a pessoa que contribui. Através dela o Estado reconhece e concede direitos aos seus segurados, sendo a

renda transferida utilizada para substituir a renda do trabalhador contribuinte, quando ele perde a capacidade de trabalho, seja pela doença, invalidez, idade avançada, morte e desemprego involuntário, ou mesmo a maternidade e a reclusão.

O Estatuto do Idoso dedica os seus artigos 29 a 32 para o trato da previdência social, estabelecendo a garantia dos segurados de recebimentos dos benefícios de aposentadoria e pensão.

6.1.1.10 – Da Assistência Social

A assistência social, integrante do sistema de seguridade social como visto anteriormente, também possui qualificação constitucional, estando tratada pelos artigos 203 e 204 da Constituição da República de 1988.

Trata a assistência social de direito do cidadão e dever do Estado. É política de seguridade social não contributiva, que provê os mínimos sociais, realizada através de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas do indivíduo, conforme determinado pelo artigo 1º da Lei Orgânica da Assistência Social – Lei Federal nº 8.742, de 07 de dezembro de 1993.

O Estado deve prestá-la a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, preservados os objetivos de proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice, amparo às crianças e

adolescentes carentes, a promoção da integração ao mercado de trabalho, habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária. No contexto da Assistência Social, tem-se a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

6.1.1.11 – Da Habitação

A Lei Federal nº 10.741 de 2003 reafirma o direito do idoso à moradia, anteriormente previsto pela Constituição da República de 1988 em seu artigo 6º.

Especificamente, tem-se que o Estatuto do Idoso garante ao idoso moradia familiar, preferentemente, seja através de família natural ou substituta. A moradia sem a companhia de familiares deve ocorrer somente se o idoso assim o desejar, assegurada a assistência integral na modalidade de entidade de longa permanência quando verificada a inexistência de grupo familiar, casa-lar ou abandono ou carência de recursos financeiros próprios ou da família.

Em sendo a moradia do idoso estabelecida em instituições de abrigo, são as mesmas obrigadas a manter padrões de habitação compatíveis com as necessidades dele, bem como provê-lo com alimentação regular e higiene indispensáveis às normas sanitárias e com estas condizentes, sob as penas da lei, dentre as quais se incluem: advertência, afastamento provisório de seus dirigentes,

afastamento definitivo de seus dirigentes, fechamento de unidade ou interdição de programa, multa, suspensão parcial ou total do repasse de verbas públicas e proibição de atendimento a idosos a bem do interesse público.

Ademais, restou estabelecido que nos programas habitacionais, públicos ou subsidiados com recursos públicos, o idoso goza de prioridade na aquisição de imóvel para moradia própria, observada a reserva de 3% (três por cento) das unidades residenciais para atendimento aos idosos, a implantação de equipamentos urbanos comunitários voltados ao idoso, a eliminação de barreiras arquitetônicas e urbanísticas para garantia de acessibilidade ao idoso e critérios de financiamento compatíveis com os rendimentos de aposentadoria e pensão.

6.1.1.12 – Do Transporte

Repetindo disposição do artigo 230, § 2º, da Constituição da República, o Estatuto do Idoso, em seu artigo 39, assegurou aos maiores de 65 (sessenta e cinco) anos a gratuidade dos transportes coletivos públicos urbanos e semi-urbanos, exceto nos serviços seletivos e especiais, quando prestados paralelamente aos serviços regulares, mediante simples identificação documental.

No que se refere aos transportes interestaduais, é assegurado aos idosos a reserva de 2 (duas) vagas gratuitas por veículos, na hipótese de o idoso possuir renda inferior a 2 (dois) salários-mínimos. Para além das duas vagas gratuitas, deve ser assegurado ao idoso desconto de 50% (cinquenta por cento) no mínimo, no valor

das passagens, vedada qualquer discriminação na prestação dos serviços relativamente aos demais passageiros⁵³.

Ademais, ficou determinada a reserva de 5% (cinco por cento) das vagas dos estacionamentos públicos e privados, a serem posicionadas de forma a garantir a melhor comodidade ao idoso.

Apresentados os direitos fundamentais assegurados ao idoso pela Lei Federal nº 10.741 de 2003, cabe-nos informar, diante da existência de uma cláusula geral de tutela da personalidade no ordenamento jurídico brasileiro, que outros poderiam ser indicados como: direito ao corpo, direito ao cadáver, direito à vida privada, direito à intimidade, direito à voz, direito à honra, à segurança, direito ao sigilo, direito à informação, direito de autor dentre outros que se façam necessários para a tutela de atributos da personalidade que se manifestem.

Entendemos, entretanto, que a minuciosa apresentação de todos esses direitos acabam por fugir ao objeto do presente trabalho, ainda mais tendo-se em vista a possibilidade, diante da existência da cláusula geral, de restar omissão quanto a eventual direito existente.

⁵³ A matéria encontra-se regulamentada pelo Decreto nº 5.130, de 07 de julho de 2004.

7 – A REAFIRMAÇÃO DE DIREITOS DIANTE DA INSUFICIÊNCIA DOS INSTRUMENTOS DE CONTROLE SOCIAL

Como se sabe, o Direito não existe sozinho como instrumento de controle, responsável pela harmonia da vida social. Ao seu lado encontram-se, também, a moral, a religião e as regras de trato social como condicionantes da vida do homem em sociedade.

É Paulo Nader quem menciona que, *“para que a sociedade ofereça um ambiente incentivador ao relacionamento entre os homens, é fundamental a participação e colaboração desses diversos instrumentos de controle social”* (2003, p.29).

Direito e sociedade são conceitos que se pressupõem⁵⁴. O Direito está em função da vida social, com a finalidade de favorecer o amplo relacionamento entre as pessoas e os grupos sociais, garantindo a segurança do homem, a sua vida, liberdade e patrimônio, promovendo, assim, o bem comum, com justiça, segurança, bem-estar e progresso (NADER, 2003, p.27).

A religião, como instrumento de controle social, constitui-se de um conjunto de princípios e preceitos que objetivam a realização da divindade como valor supraterrâneo. A sua preocupação primeira é a de orientar os homens em busca e conquista da felicidade eterna, para o que acaba por definir o caminho a ser percorrido para o alcance dessa felicidade. Paulo Nader, dissertando sobre direito e religião, afirma que, para a conquista da felicidade eterna,

⁵⁴ Paulo Nader, em nota de destaque, afirma que *“a sociedade sem o Direito não resistiria, seria anárquica, teria o seu fim. O Direito é a grande coluna que sustenta a sociedade. Criado pelo homem, para corrigir as suas imperfeições, o Direito representa um grande esforço para adaptar o mundo exterior às suas necessidades”*. (NADER, 2003, p.25)

um sistema religioso não se limita a descrever o além ou a figura do Criador. Define o caminho a ser percorrido pelos homens. Para este fim, estabelece uma escala de valores a serem cultivados e, em razão deles, dispõe sobre a conduta humana. Esse conjunto ético deve ser, forçosamente, uma interpretação sobre o bem. De onde se infere que a doutrina religiosa, enquanto define o comportamento social, é instrumento valioso para a harmonia e a benquerença entre os homens. (NADER, 2003, p.32)

A Moral, por sua vez, identifica-se fundamentalmente com a noção de *bem*, que constitui o seu valor. As teorias e discussões filosóficas que se desenvolveram em seu âmbito giram em torno do conceito de bem, o qual deve ser entendido como

tudo aquilo que promove o homem de uma forma integral e integrada. Integral significa a plena realização do homem, e integrada, o condicionamento a idêntico interesse do próximo. Dentro dessa concepção tanto a resignação quanto o prazer podem constituir-se em um bem, desde que não comprometam o desenvolvimento integral do homem e nem afetem igual interesse dos membros da sociedade. A fonte de conhecimento do bem há de ser a ordem natural das coisas, aquilo que a natureza revela e ensina aos homens e a via cognoscitiva deve ser a experiência combinada com a razão.

A partir da idéia matriz de bem, organizam-se os sistemas éticos, deduzem-se princípios e chegam-se às normas morais, que vão orientar as consciências humanas em suas atitudes. (NADER, 2003, p.34)

Já as regras de trato social constituem padrões de conduta social que objetivam tornar o ambiente social mais ameno, sob pressão da própria sociedade. Dentre as regras de conduta incluem-se as de etiqueta, cortesia, protocolo, cerimonial, moda, linguagem, educação, decoro, companheirismo, amizade, etc. Referidas regras, têm sua incidência nas maneiras de o homem apresentar-se perante o seu semelhante, estando o seu valor determinado no aprimoramento do nível das relações sociais.

Paulo Nader lembra que

o papel das Regras de Trato Social é o de propiciar um ambiente de efetivo bem-estar aos membros da coletividade, favorecendo os processos de interação social, tornando agradável a convivência, mais amenas as disputas, possível o diálogo. As Regras de Trato Social, em conclusão, cultivam um valor próprio, que é o de aprimorar o nível das relações sociais, dando-lhes o polimento necessário à compreensão. Esse valor, contudo, não é de natureza independente, mas complementar. Pressupõe a atuação dos valores fundamentais do Direito e da Moral. O valor que as Regras de Trato Social traduzem constitui uma sobreposição dos valores éticos de convivência. (NADER, 2003, p.42-43)

Diante da existência da multiplicidade de instrumentos de controle social, entendemos que o legislador, conhecendo as diversas esferas normativas, deve bem determinar o campo de aplicação do direito, para não se exorbitar, alcançando fenômenos de outra natureza, específicos de outros instrumentos controladores da vida social (NADER, 2003, p.30).

Conforme visto durante a realização do presente trabalho, o evoluir da sociedade levou à consagração do Estado Democrático de Direito, com a prevalência da Lei como expressão da vontade geral, a separação das funções do Estado, a legalidade da administração pública e o resguardo de direitos e liberdades fundamentais dos indivíduos, reconhecidos sob garantia jurídico-formal e efetiva realização material.

Sob o modelo democrático, ou melhor, de Estado Constitucional Democrático de Direito, encontra-se constituída a República Federativa do Brasil, conforme expressa referência do texto constitucional de 1988.

Nesse contexto, a técnica legislativa determina-se pela previsão de objetivos concretos, que se encontram muito além daquela garantia de regras estáveis para a realização dos negócios. Como afirmado alhures, o legislador vale-se de cláusulas gerais, abrangentes e abertas, abdicando da técnica regulamentar que, na égide da

codificação, define os tipos jurídicos e efeitos dele decorrentes (TEPEDINO, 2001, p.9).

No que se refere ao direito privado, vigora a tendência de perpassar o indivíduo, alcançando-se o ser humano e sua dignidade, em prol da realização de sua condição de cidadão solidário (HIRONAKA, 2003, p.106). Daí porque passa-se a considerar a pessoa humana como ponto central do direito.

Em nosso ordenamento, a dignidade da pessoa humana é considerada como princípio da República Federativa do Brasil, conforme se infere do artigo 1º, inciso III, do texto constitucional de 1988. Como tal, representa um estado de coisas a ser perseguido, funcionando como verdadeira cláusula geral de tutela da personalidade do indivíduo.

Como espécies normativas, os princípios congregam valores, estabelecendo um estado de coisas a ser alcançado. Diferentemente das regras, que têm como conteúdo normas do que se deve fazer, os princípios prevêm normas do que deve ser, razão pela qual acabam por determinar e legitimar a adoção de todo o comportamento necessário para a realização daquele estado de coisas, muito embora não esteja estabelecido qual seja esse comportamento.

No tocante ao princípio da dignidade da pessoa humana, tem-se a afirmar que o ser humano deve ser reconhecido como centro e fim do direito. Isso porque, como ensina Kant (2002, p.68), ao ser humano, não há como ser atribuído um preço, mas dignidade, o que o torna insubstituível e causa da consideração de que deve ser considerado como um fim em si mesmo, e não como instrumento para a realização de fins outros. *“O direito e a sociedade é que deverão estar organizados em benefício dos indivíduos”* (BARCELLOS, 2002, p.107).

Enquanto dotada de dignidade, o ordenamento jurídico outorga à pessoa humana especial tutela através dos direitos da personalidade. Considera-se o conjunto de características e atributos da pessoa humana – o conjunto unitário, dinâmico e evolutivo dos bens e valores essenciais à pessoa humana, no seu aspecto moral, físico e intelectual – objetivando-se, mesmo, o resguardo daquela dignidade.

Como direitos subjetivos, os direitos da personalidade devem ser concebidos para além de uma ótica patrimonial, o que é necessário para que a tutela da pessoa humana ocorra de forma integral e não apenas setorial e insuficiente. A tutela da personalidade exige não apenas que sejam afastadas as agressões a seus atributos, mas que se busquem meios de promover a pessoa humana, considerada em qualquer situação jurídica de que participe. Isso faz com que os direitos da personalidade não possam ser enumerados em situações tipos de forma exaustiva ou agrupados em um único direito geral de personalidade. Daí porque a necessidade de existência de uma cláusula geral de tutela da personalidade, *“que eleja a dignidade e a promoção da pessoa humana como valores máximos do ordenamento”* (FIUZA, 2004, p.164).

Mesmo diante de uma cláusula geral de tutela da dignidade humana, como proposto para o modelo brasileiro⁵⁵, estabelecida em sua completude pelo texto constitucional, verifica-se que, no nosso ordenamento, prolifera-se a necessidade de reafirmação pontual de direitos fundamentais.

⁵⁵ Conforme Gustavo Tepedino (2001, p.48), a fundamentação do Estado Democrático brasileiro na dignidade da pessoa humana, somada ao objetivo fundamental de erradicação da pobreza e da marginalização, com a redução das desigualdades sociais, proposição da igualdade e a não exclusão de quaisquer outros direitos decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição da República de 1988 permitem a configuração de uma cláusula geral de tutela da personalidade.

Lembre-se de que o objeto especial do trabalho não se limita à consideração da personalidade em sua acepção como capacidade. Cuida-se, sim, da personalidade como atributo relativo ao ser da pessoa, o que exige que seja respeitada pelo só fato de 'ser'.

E estando o tratamento derivado do respeito, não há que se falar que ao direito caiba, com exclusividade, a tutela da pessoa humana.

Ana Paula de Barcellos lembra da religião como instrumento de controle social e respeito à pessoa humana. Segundo afirma,

a mensagem divulgada por Jesus Cristo e seus seguidores representou um ponto de inflexão do mundo antigo. Pela primeira vez o homem passou a ser valorizado individualmente, já que a salvação anunciada não só era individual, como dependia de uma decisão pessoal. Mais que isso, a mensagem de Cristo enfatiza não apenas o indivíduo em si, mas também o valor do outro – “Amarás o Senhor o teu Deus de todo o teu coração, e de toda a tua alma, e de todo o teu pensamento. Este é o primeiro e grande mandamento. E o segundo, semelhante a este, é: Amarás o teu próximo como a ti mesmo. Destes dois mandamentos depende toda a lei e os profetas” –, despertando os sentimentos de solidariedade e piedade para com a situação miserável do próximo, que estarão na base das considerações acerca dos direitos sociais e do direito a condições mínimas de existência (mínimo existencial). (BARCELLOS, 2002, p.104-105)

Paralelamente à religião, há de se lembrar que a moral também funciona como instrumento de controle social e de proteção da pessoa humana, haja vista que se identifica com a noção do bem, entendido como tudo aquilo que promova o homem no sentido de sua plena realização, condicionada a idêntico interesse do próximo.

Por fim, tem-se que as regras de trato social também guardam relação com a espécie, haja vista o estabelecimento de padrões de conduta social que objetivam tornar o ambiente social mais ameno, buscando-se o aprimoramento do nível das

relações sociais. O homem, como integrante da sociedade, há de ser respeitado também através das regras de trato social, para que o objetivo maior seja alcançado.

Dito isso, o que se verifica é que o ser humano, muito embora seja objeto de especial proteção pelo ordenamento jurídico nacional – a cláusula geral de tutela da personalidade encontra-se prevista na Constituição da República de 1988, estando eleita a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro – não vem tendo a sua proteção assegurada pelos meios de controle social enumerados.

O ser humano não vem sendo respeitado e valorizado individualmente, à maneira da mensagem de Jesus Cristo. Também não vem sendo respeitado pelos mandamentos da moral. A sua plena realização em atenção ao bem, assegurado o idêntico interesse do próximo, não é garantida. As regras de trato social, em busca do aprimoramento das relações sociais, não são eficazes.

No que se refere à pessoa idosa, nada há de diferente. E assim afirmamos porque, antes de idosa, a pessoa é ser humano como qualquer outra, o que, a nosso ver, tornaria dispensável qualquer tratamento individualizado, a não ser para regramento de questões pontuais, em virtude mesmo da qualidade da pessoa idosa. Daí porque desnecessária a previsão de proteção à dignidade, à vida, à integridade física, à honra, ao nome, à saúde, à educação, ao trabalho, etc... da pessoa idosa, quando todas as demais pessoas são titulares desses direitos em nosso Estado. Aliás, é importante ressaltar que a Constituição da República de 1988 determina, em seu artigo 3º, inciso III, constituir objetivo fundamental da República Federativa do Brasil a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Entretanto, basta que olhemos à nossa volta para verificarmos as flagrantes ofensas aos direitos da pessoa humana, em especial ao idoso.

Recentemente o Estado brasileiro verificou dois momentos envolvendo o Instituto Nacional do Seguro Social, em prejuízo de seus segurados. Inicialmente, vislumbramos o Estado, através do INSS, não cumprindo com sua obrigação legal de promover o correto reajuste dos benefícios pagos, o que gerou uma corrida desesperada de seus beneficiários, entre eles, alguns milhares de idosos, ao Poder Judiciário para que buscassem a devida recomposição dos valores que lhes são devidos. O fato é notório: filas imensas, beneficiários tendo de a elas recorrer ainda durante a madrugada, para que o atendimento fosse possível. Isso sem contar a falaciosa notícia de que seria só recorrer ao Judiciário que tudo estaria resolvido. Nós, estudiosos que vivenciamos o direito diuturnamente, que sabemos da morosidade inerente aos órgãos jurisdicionais federais, podemos bem avaliar a questão. E aqueles que necessitam do benefício para sobreviver? Certamente tiveram a sua dignidade ofendida no tempo, por terem de conviver com a demora do procedimento judicial.

Outro fato recente, também público e notório, envolvendo o INSS ocorreu no 2º semestre de 2005. A greve dos servidores daquela autarquia fez com que se paralisassem os seus serviços, o que novamente submeteu milhares de pessoas a situações ofensivas, com filas imensas, que se iniciam durante a madrugada, venda de senhas para atendimento, ausência de soluções para os problemas individuais, etc.

No dia-a-dia do transporte coletivo, fácil verificar o desrespeito aos direitos de pessoas que recebem especial tratamento, entre elas o idoso, a gestante e o deficiente físico. Os espaços destinados, nos veículos afetos ao transporte público

de passageiros, aos assentos preferenciais por essas pessoas, por muitas vezes, encontram-se indisponíveis. É fácil perceber que referidos assentos preferenciais são constantemente ocupados por cidadãos que não possuem a preferência e que, diante da presença do preferente, quedam-se inertes, deixando que o idoso trafegue em pé, muito embora tenha o direito de trafegar sentado. Em nossa opinião, norma como essa nem mesmo deveria ser objeto do Direito, devendo-se restringir às regras de trato social. Um ou outro, entretanto, não conseguem efetivar a garantia.

Ainda no que se refere ao setor de transportes, a todo dia, os aeroportos nos demonstram a ausência de respeito aos direitos da pessoa idosa. O embarque é preferencial para as pessoas idosas, gestantes, passageiros acompanhados de crianças de colo e passageiros com dificuldade de locomoção. Enquanto o portão de embarque não é aberto, não há problemas. Entretanto, quando é realizada a abertura do portão, aquela multidão de passageiros avança em direção à aeronave e às vezes em atropelo àqueles titulares de direito de preferência, como se o número de poltronas fosse reduzido ou a empresa aérea não fosse esperar o embarque de todos os passageiros para a partida da aeronave.

Não se mantém o respeito ao próximo e não se busca a realização do homem. O Estado não se desincumbe de seus deveres sociais. A população encontra-se carente de saúde e de segurança. Parece não mais existir o sentimento de ajuda, cortesia e educação para com o próximo.

Isso possibilita afirmar que os instrumentos de controle social não vêm se libertando de suas funções, o que faz com que a preocupação para a preservação de direitos e interesses volte para o legislador. Tal, entretanto, acaba por acarretar a reiteração de direitos em textos legislativos distintos, tal qual ocorre com a Lei Federal nº 10.741 de 2003, que contém o Estatuto do Idoso.

E o próprio legislador sabe dessa falta de eficácia dos instrumentos de controle social, dentre os quais se inclui o Direito. O Estatuto do Idoso é fruto do Projeto de Lei nº 3.561, apresentado em 28 de outubro de 1997, pelo Deputado Federal Paulo Paim. Em sua justificativa, o Sr. Deputado é contundente ao afirmar:

A proposta de criação do Estatuto do Idoso vem sendo trabalhada há algum tempo, visando à consolidação das leis e decretos já existentes, tanto em âmbito federal, como estadual ou municipal, que por serem isolados ou ignorados, nem sempre são cumpridos.

Uma resposta para esse fenômeno é possível: dentre os instrumentos de controle social, o Direito é o que possui maior pretensão de efetividade, pois não se limita a descrever os modelos de conduta social, simplesmente sugerindo ou aconselhando. A possibilidade de uso da coação é um de seus elementos distintivos, posto que inexistente na moral, religião e regras de trato social (NADER, 2003, p.29).

Não obstante, foge de nós a conclusão de que mudanças significativas ocorrerão. Isso porque qualquer mudança passa pela necessidade de que reconheçamos no outro um sujeito dotado de dignidade à nossa imagem e semelhança. Enquanto essa consciência não existir, a realização da dignidade da pessoa humana restará prejudicada, inservindo até mesmo o Direito para a garantia de realização do estado de coisas pretendido. Estamos diante de uma questão de respeito ao próximo. E tudo é educação.

8 – ANÁLISE DE ALGUMAS SITUAÇÕES JURÍDICAS EM QUE SE DEPARA COM A QUESTÃO DO IDOSO

Neste momento do trabalho, optamos por analisar algumas situações em que se encontram envolvidos os idosos, na tentativa de bem compreender as circunstâncias de sua existência e a efetividade de seus direitos. Para tanto, optamos por trabalhar as questões atinentes ao direito de prioridade do idoso, aos planos de saúde, à sua atuação no mercado de trabalho, à responsabilidade familiar, à penhorabilidade dos lares de idosos e à inconstitucionalidade do inciso II do artigo 1.641 do Código Civil de 2002.

8.1 – O DIREITO DE PRIORIDADE

O direito de prioridade, como já visto, objetiva, dentre outras coisas, garantir o atendimento preferencial ao idoso, imediato e individualizado, junto aos órgãos públicos e privados prestadores de serviços à população, nos termos do artigo 3º, inciso I, da Lei Federal nº 10.741 de 2003.

Trata-se de medida salutar, que muito antes de ser tratada como norma jurídica, deve ser considerada norma de trato social. O respeito à pessoa do idoso exige que a ela seja concedida a gentileza e a cortesia de atendimento preferencial.

Os numerosos anos de vida fazem com que o idoso sofra os efeitos desgastantes da natureza, muitas das vezes, acompanhados de debilidade de saúde e física. Ao longo do processo de envelhecimento, as capacidades de adaptação do indivíduo tendem a diminuir, tornando-o cada vez mais sensível ao seu meio ambiente. A sua auto-estima e o seu bem-estar estão estreitamente associados à satisfação do idoso em relação ao ambiente familiar e social.

A dificuldade de enfrentar filas, de esperar atendimento, atenta contra condições especiais da pessoa idosa, o que exige que seja a ela concedida a preferência.

Sabe-se que o direito de prioridade é outorgado ao idoso, para a satisfação de um interesse individual seu, relativo à sua própria pessoa. Objetiva-se a satisfação de necessidades exclusivas.

Entretanto, o dia-a-dia da sociedade demonstra que – exatamente porque os sistemas de controle social não vêm desincumbindo-se de seu mister como esperado – o direito de preferência vem sendo exercido de forma abusiva.

É comum, em filas de bancos e de órgãos públicos, o comparecimento de cidadãos com idade superior a 60 (sessenta) anos, que se utilizam do direito de preferência para a satisfação de interesses alheios, em lugar de interesses próprios. Quando muito, buscam a resolução de interesses alheios, em conjugação com interesses próprios. É corriqueiro o encontro de auxiliares de escritórios e despachantes que, ao alcançarem preferentemente o caixa de um banco ou o guichê de atendimento de um órgão público, por exemplo, ali permanecem por longos minutos, exercendo pretensões relativas a interesses de seu empregador ou clientes seus, em detrimento dos interesses de vários cidadãos *comuns* que

permanecem na fila à espera de sua vez, dentre os quais muitas vezes se encontram outros idosos. É flagrante o abuso de direito.

O abuso do direito traduz-se, pois, num acto ilegítimo, consistindo a sua ilegitimidade precisamente num excesso de exercício de um certo e determinado direito subjectivo: hão de ultrapassar-se os limites que ao mesmo direito são impostos pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo próprio fim social ou econômico do direito exercido.

[...]

Noutro sentido dir-se-á que exercer é termo utilizado não só por força de longa tradição doutrinária em relação à temática do acto abusivo, como justificado por suficiente compreensão: exercer significa assumir um comportamento e neste tanto cabe a ação como a omissão [...] (SÁ, 1997, p.103-105)

A prática, certamente, há de ser coibida, inclusive, impondo-se penalidades àquele que anuir com a sua realização.

8.2 – O IDOSO E A SAÚDE

A questão da saúde do idoso nos causa enorme preocupação. Como sabemos, o Sistema Único de Saúde, organizado para que o Estado liberte-se de sua tarefa de promover, proteger e recuperar a saúde de seus cidadãos, não atende à demanda que lhe é apresentada, a tempo e modo. A todo instante deparamo-nos com notícias na imprensa falada, escrita e televisiva denunciando a precariedade do sistema. Acreditamos, sim, que muito tem sido feito, mas também cremos que muito há que se fazer para a completa efetivação da previsão constitucional.

Relativamente ao idoso, temos a dizer que não é porque a Lei Federal nº 10.741 de 2003 trouxe a previsão do direito fundamental à saúde, que o mesmo se materializará.

Por óbvio, é salutar e pertinente a previsão de atendimento especializado – atendimento geriátrico e gerontológico em ambulatórios, unidades geriátricas de referência, reabilitação orientada pela geriatria e gerontologia, etc. –, mas certamente estamos diante de uma norma que se encontra perfeita no mundo das letras jurídicas, mas com reflexos defeituosos no mundo dos fatos.

Diante do fracasso do sistema público, cabe pensar no sistema privado de proteção à saúde. Muitas vezes, saída não existe para o idoso.

Embora o Estatuto do Idoso tenha vedado a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade, o fato é que, a partir de 60 (sessenta) anos, os idosos são obrigados a pagar altos valores para ter acesso a um plano de saúde privado. Portanto, trata-se de um privilégio para poucos.

O jornal Diário de São Paulo, em 06/02/2006, divulgou notícia de que plano de saúde para idosos custa no mínimo R\$ 330,00 (trezentos e trinta reais) ao mês. Utilizando perfil de um aposentado que hoje depende do SUS e possui renda de 1 (um) salário mínimo, o jornal constatou que, dependendo da cobertura e da rede de atendimento, o preço pode chegar a valor acima do quádruplo de seus rendimentos.

Citando pesquisa do IBGE, a reportagem menciona que menos de 30% (trinta por cento) dos idosos do país possuem plano de saúde particular. É inviável realmente a situação para milhares de idosos em nosso país, que vivem à custa de parques benefícios concedidos pelo INSS.

8.3 – A ATUAÇÃO DO IDOSO NO MERCADO DE TRABALHO

O afastamento dos idosos das atividades produtivas significa, de modo geral, uma situação de precariedade e não a conquista de um benefício recebido após uma longa vida de trabalho. A inatividade vem geralmente acompanhada de queda nos rendimentos, com limitadas possibilidades de obter novas ocupações em vista das deficiências educacionais e da competição com os jovens num mercado de trabalho cada vez mais competitivo.

Verifica-se, nos dias de hoje, tendência de permanência ou reinserção do idoso, principalmente do idoso aposentado, no mercado de trabalho, funcionando como motivos a necessidade de manutenção do padrão de vida, a atitude de solidariedade junto à família e o preenchimento do vazio advindo da falta de uma atividade laboral.

Em situação precária, pode-se afirmar que raramente os idosos conseguem retornar ao mercado formal de trabalho. Os idosos encontram maiores dificuldades em ser absorvidos pelo mercado de trabalho. A sua inserção geralmente ocorre em condições mais desfavoráveis: menores possibilidades de emprego, vínculos empregatícios mais frágeis, postos de trabalho menos qualificados e, não raro, remunerações inferiores e instáveis.

Nos casos em que as condições de vida são mais favoráveis – minoria entre os aposentados brasileiros – a maior qualificação profissional proporciona chances

maiores de reintegração ao trabalho. Grandes empresas vêm executando projetos de seniorização de parte dos empregados, chamando de volta às atividades profissionais com vasta experiência acumulada. Apesar dessa diferença, “evitar o vazio social” é considerado uma razão significativa para transformar a reinserção no trabalho em experiência obrigatória para a maioria dos aposentados.

A idade precoce da aposentadoria por tempo de serviço, aliada às melhores condições de saúde e conseqüente prolongamento da vida conquistados pelos avanços da medicina favorecem a necessidade do idoso de trabalhar. É grande o número de aposentados que não querem parar de trabalhar, animando o desejo de continuarem ativos por mais tempo, já que, para muitos, o trabalho é uma referência indispensável.

Por essa razão, faz-se necessária a conjugação de políticas públicas especiais, possibilitando que o idoso seja recebido por um mercado de trabalho pronto para oferecer-lhe condições de trabalho que atendam às suas condições pessoais, não se admitindo qualquer discriminação em razão da idade.

8.4 – A RESPONSABILIDADE FAMILIAR DO IDOSO

A solidariedade aos membros da família, como dito, é vista como fator que impulsiona aposentados a continuar ou a regressar ao mercado de trabalho.

A recessão econômica que ainda assola o país, com altos índices de desemprego, faz com que os papéis desempenhados no seio da família sejam alterados. Os filhos saem de casa cada vez mais tarde. A falta de colocação no mercado impede que seja alcançada a independência financeira que, por via de consequência mantém a dependência para com os pais. Muitas vezes, o problema agrava-se quando os filhos passam a constituir, em virtude de gravidez, por exemplo, nova unidade familiar, que passa a ser dependente dos pais.

Nesse contexto, a participação dos pais para o sustento da casa é indispensável. Ana Amélia Caramano, pesquisadora Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), revela que o idoso chega a contribuir com mais de 50% (cinquenta por cento) da renda das famílias em que vive (2000, p.30). Dados do IBGE, apresentados como resultados da Pesquisa Nacional por Amostras de Domicílio de 2004, demonstram que em 2004, 65,4% (sessenta e cinco inteiros e quatro décimos por cento) dos idosos eram responsáveis financeiros por suas famílias.

Os idosos, em situações como essas, via de regra são cientes de que a família requer cuidados. Os netos muitas vezes são considerados os mais frágeis dentro do domicílio, para eles se dirigindo as atenções. Os avós chamam para si a responsabilidade de sustento e educação das crianças, em substituição à obrigação dos pais. Os pais dessas crianças e jovens, desempregados ou com baixos salários e com dificuldades para obter sua própria moradia, dividem o espaço da casa, também passando a dever obediência aos mais velhos.

Na medida que o idoso considera a si mesmo e é considerado o chefe do domicílio, seu poder doméstico aumenta, conferindo-lhe autoridade sobre as decisões e, portanto, maior responsabilidade e até mesmo auto-estima. Sentem-se

importantes e necessários para que a família continue não somente unida, mas vivendo com melhores condições do que se o idoso não estivesse presente.

8.5 – A PENHORABILIDADE DO LAR DOS IDOSOS

O direito à moradia dos idosos, a nosso ver, constitui matéria merecedora de especial atenção.

Como cediço, a moradia é direito social, assegurado pelo artigo 6º, *caput*, da Constituição da República de 1988, com a redação que lhe foi dada pela Emenda Constitucional nº 26, de 14 de fevereiro de 2000.

Ocorre que, antes mesmo de possuir expressa previsão constitucional, tem-se que a moradia era indiretamente protegida pela legislação, à maneira do que ocorre com a Lei Federal nº 8.009, de 29 de março de 1990. Referida Lei estabelece, em seu artigo 1º, que o imóvel do casal, ou de entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraídas pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e neles residam, salvo nas hipóteses previstas na mesma Lei.

Ao tratar do direito do idoso à moradia, dissemos que ela pode ocorrer no seio da família natural ou substituta, sem a companhia dos familiares ou, ainda, em instituição pública ou privada.

Por certo, a nosso ver, a questão exige tratamento diferenciado. Se é verdade que a Lei Federal nº 8.009 de 1990 possui como finalidade garantir mínimas condições de vida para os indivíduos, indicando como intocável o imóvel residencial próprio, também é certo que a moradia do idoso, nas condições estabelecidas pela lei, também deve ser protegida.

Não existe lugar, no atual contexto jurídico que se impõe, para decisões como a proferida pelo Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, por maioria, publicada em 19/06/2004, e que está assim ementada:

AGRAVO DE PETIÇÃO. ASILO – IMPENHORABILIDADE – O que a Lei 8.009/90 protege é o imóvel residencial próprio do casal ou entidade familiar, não se podendo considerar um asilo, mesmo que entidade filantrópica em que residem pessoas, bem de família passível de impenhorabilidade. (TRT 3ª Região. Agravo de Petição nº 01364-2002-053-03-00-6 AP. Agravante: Asilo São Vicente de Paulo. Relator Juiz Paulo Roberto Sifuentes Costa. Publ. 19/06/2004)

No julgamento do recurso, o Sr. Juiz Relator apresentou, como argumento de decisão, o fato de que a Lei Federal nº 8.009 de 1990 protege o imóvel residencial próprio do casal ou entidade familiar, não se podendo considerar um asilo, mesmo que entidade filantrópica em que residem pessoas, bem de família passível de impenhorabilidade.

Ademais afirmou que a impenhorabilidade, por sua vez, deve ser prevista, o que não ocorre no Estatuto do Idoso, com relação ao asilo, posto que prevê o direito dos idosos à moradia, mas não determina ser o citado imóvel impenhorável.

A melhor solução, a nosso ver, foi aquela dada pela Juíza Revisora Maria Cristina Diniz Caixeta, que restou vencida no julgamento. Segundo a magistrada, a situação retratada se afeiçoa àquela prevista na Lei Federal nº 8.009 de 1990.

Caixeta ressaltou que a Lei Federal nº 10.741, de 01/10/2003 (Estatuto do Idoso), em seu art. 2º, prevê que o idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata a Lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.

E, no Capítulo IX, expressamente estatui:

Art. 37. O idoso tem direito à moradia digna, no seio da família natural ou substituta, ou desacompanhado de seus familiares, quando assim o desejar, ou, ainda, em instituição pública ou privada.

§ 1º. A assistência integral na modalidade de entidade de longa permanência será prestada quando verificada inexistência de grupo familiar, casa-lar, abandono ou carência de recursos financeiros próprios ou da família.

§ 2º. Toda instituição dedicada ao atendimento ao idoso fica obrigada a manter identificação externa visível, sob pena de interdição, além de atender toda a legislação pertinente.

§ 3º. As instituições que abrigarem idosos são obrigadas a manter padrões de habitação compatíveis com as necessidades deles, bem como provê-los com alimentação regular e higiene indispensáveis às normas sanitárias e com estas condizentes, sob as penas da lei.

Ao final, concluiu que mesmo o imóvel não se destinando à moradia do executado ou de sua família, *strictu sensu*, não haveria como, na conjectura atual, conferir uma interpretação tão restrita à proteção dada pela Lei Federal nº 8.009 de 1990, mormente em um Estado Democrático de Direito como o nosso, que tem como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana. Deixar ao desamparo 44 (quarenta e quatro) idosos carentes ao manter-se a penhora efetivada constituiria um contra-senso aos princípios do ordenamento jurídico brasileiro e até mesmo à moral cristã.

Com essas razões, a magistrada deu provimento ao recurso para determinar que fosse desconstituída a penhora efetuada.

À maneira dos imóveis residenciais próprios, entendemos que a moradia do idoso, especialmente quando em instituições destinadas a tal fim, deve ser protegida pela impenhorabilidade. Por óbvio, necessária se torna intervenção legislativa nesse sentido, posto que a simples impenhorabilidade não pode servir como instrumento protetor de fraudes e atos abusivos. A própria norma estabelece as condições de moradia do idoso. Não pode deixar, portanto, de garantir essa moradia, como o faz em situações outras.

8.6 – A INCONSTITUCIONALIDADE DO INCISO II DO ARTIGO 1.641 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Repetindo disposição constata-se do vetusto Código Civil de 1916, o Código Civil de 2002, em seu artigo 1.641, inciso, II, determina o regime de separação de bens como obrigatório para o casamento da pessoa maior de 60 (sessenta) anos.

Ao que parece, e de forma preconceituosa, o legislador partiu de uma possível fragilidade da pessoa idosa, para protegê-la. Afirma-se que, para prevenir eventuais golpes com interesse meramente patrimonial, em detrimento do instituto do casamento e da fragilidade das pessoas idosas, faz-se obrigatório o regime da separação de bens, nessa hipótese.

A restrição é eminentemente de caráter protetivo. Objetiva obstar à realização de casamento exclusivamente por interesse econômico. O Código Civil de 1916 impunha o regime da separação somente ao homem com mais de 60 anos. Para a mulher, o limite de idade era 50 anos. O diploma de 2002 estabelece a mesma idade para todas as pessoas, sem distinção de sexo, observando a isonomia constitucional. Basta que apenas um dos cônjuges supere essa idade, ainda que o outro não a tenha atingido na data da celebração do casamento. (GONÇALVES, 2005, p.408)

Não merece guarida, entretanto, a mera interpretação literal da lei, sob pena de ofensa a direitos da pessoa humana e ignorância de sua capacidade. Acreditar que, no mundo de hoje, o sujeito com 60 (sessenta) anos de idade não tenha condições de escolher e determinar a maneira de seu ser é ignorar a autonomia de sua vontade⁵⁶, considerando-o assemelhado ao incapaz, sem poder decidir sobre seu destino.

A imposição do regime da separação total para casamento de pessoas com mais de 60 (sessenta) anos mostra-se inconstitucional. Referida restrição é incompatível com a proteção da dignidade da pessoa humana, da igualdade jurídica, sendo atentatória à liberdade do indivíduo.

Certamente não é possível encontrar razão econômica ou moral que possa justificar tal *proteção*. Não há qualquer inconveniente social de um sexagenário convolar matrimônio sob outro regime de bens que não o da separação legal, se assim lhe aprouver. Se é certo que possam ocorrer matrimônios nessas faixas etárias por interesses meramente econômicos, também certo é que possam ocorrer com pessoas de outras idades.

João Batista Villela, citado por Gonçalves, anota que *“a proibição, na verdade, é bem um reflexo da postura patrimonialista do Código e constitui mais um dos*

⁵⁶ Taisa Lima (2003, p. 248) sublinha que *“o princípio da autonomia da vontade pode ser enunciado como o reconhecimento de que a capacidade jurídica da pessoa humana lhe confere o poder para praticar ou abster-se de certos atos, conforme a sua vontade [...] A intromissão do Estado cede lugar à autonomia da vontade, com toda a responsabilidade que ela traz”*.

ultrajes gratuitos que a nossa cultura inflige na terceira idade” (apud GONÇALVES, 2005, p.409).

A hipótese, certamente, é atentatória à dignidade da pessoa humana, reduzindo a sua autonomia da vontade e a liberdade do convolar matrimônio, o que a Constituição da República não faz.

Basta um olhar à nossa volta para verificarmos que pessoas com mais de 60 (sessenta) anos desfrutam de plena maturidade intelectual, profissional e familiar, razão pela qual não pode a sua capacidade de decidir por si mesmas ser desprestigiada. Entender de modo diferente é discriminar o idoso, em expressa afronta aos dispositivos constantes do artigo 1º, III, artigo 3º, inciso IV, e ao artigo 5º, *caput*, da Constituição da República de 1988, em direta ofensa ao livre desenvolvimento da sua personalidade.

9 – CONCLUSÕES

Em sede de conclusão é possível afirmar que o Estado Democrático de Direito surge como resposta aos reclames da sociedade, passando a lei a prevalecer como expressão da vontade geral, estando separadas as funções do Estado e assegurados direitos e liberdades fundamentais dos indivíduos, os quais devem ser materialmente realizados.

Nesse contexto constitui-se a República Federativa do Brasil, nos termos da Constituição da República de 1988. Ganha relevo em nosso ordenamento jurídico a legislação por cláusulas gerais, dentre as quais se encontra a dignidade da pessoa humana, prevista como fundamento da República pelo artigo 1º, inciso III da CR/88.

Os princípios, que acabam por conter as cláusulas gerais aqui referidas, não podem ser compreendidos simplesmente como bases ou pilares de todo o ordenamento jurídico. Devemos entendê-los como espécie de norma jurídica dotada de conteúdo próprio e eficácia, estabelecendo um estado ideal de coisas a ser perseguido, em virtude do que é necessária a adoção dos comportamentos necessários para a realização e resguardo de tal estado de coisas. Daí a razão de afirmar-se que os princípios são normas *do que deve ser* em contraposição às regras, que são normas *do que se deve fazer*. De um lado, tem-se as regras como normas imediatamente descritivas e, de outro, os princípios como normas imediatamente finalísticas.

Relativamente ao princípio da dignidade da pessoa humana, o estado de coisas a ser alcançado diz respeito à realização do homem enquanto tal. Ele é o

próprio fim almejado e, como tal, há de ser considerado. Em Kant encontramos a fundamentação necessária, haja vista que a dignidade não admite equivalente, razão pela qual impossível falar-se que o homem possua um valor relativo. O valor humano é sempre absoluto, devendo o homem ser considerado como fim em si mesmo, e não como meio para a realização de fins diversos. Destarte, o direito e a sociedade é que devem estar organizados em benefício dos indivíduos, como observado por Ana Paula de Barcellos (2002, p.107).

A personalidade, como atributo jurídico, não há de ser interpretada como a mera atribuição à pessoa de capacidade para o exercício da titularidade de direitos e deveres, ou seja, aquela aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações. Há, sim, de ser considerada como o conjunto de atributos da pessoa humana em seus aspectos moral, físico e intelectual, necessários à própria existência da pessoa humana. Resume-se, portanto, no conjunto de caracteres do indivíduo, podendo ser considerada um bem no sentido jurídico.

Para a proteção da personalidade, nesse sentido aqui apresentado, o ordenamento jurídico prevê os chamados direitos da personalidade, na nomenclatura apresentada por Gierke, e com a natureza de direitos subjetivos. São direitos que protegem a pessoa humana de práticas atentatórias à sua dignidade e ao seu direito de ser no mundo, conforme ensina Marco Aurélio da Silva Viana (2004, p.164).

Diferentemente de outros direitos subjetivos, os direitos da personalidade qualificam-se por serem absolutos, necessários, vitalícios, intransmissíveis, irrenunciáveis, extrapatrimoniais, imprescritíveis, impenhoráveis e de relativa disponibilidade.

Muito embora exista a tendência de enumerar os vários direitos da personalidade possíveis, afirma-se a existência, no ordenamento jurídico brasileiro, de uma cláusula geral de tutela da personalidade, que pode ser inferida da importância que é dada ao princípio da dignidade da pessoa humana e, bem assim, da adoção do princípio da igualdade material, ao lado da isonomia formal, bem como pela garantia de não-exclusão dos regimes e princípios adotados pela Constituição da República de 1988.

Diante disso, tornar-se-ia dispensável a enumeração de vários direitos da personalidade, haja vista que a pessoa humana, colocada como centro do ordenamento jurídico, faz-se objeto da mais ampla tutela possível, não só setorial e reparadora de direitos violados, mas também promocional, possibilitando o livre desenvolvimento de sua personalidade. Todo o ordenamento jurídico deve estar voltado para o homem, sua realização e desenvolvimento de sua personalidade (RODRIGUES, 2003, p.30)

“O direito, assim, encontra seu fundamento e sua razão de existir como meio de proteção e promoção do desenvolvimento da pessoa” (RODRIGUES, 2003, p.32).

Segundo a cláusula geral de tutela da personalidade, a personalidade seria um bem maior do indivíduo, diante da constatação de que a pessoa é um fim em si mesma, e não meio ou instrumento para a consecução de fins outros.

Tal cláusula geral representa o ponto de referência para todas as situações nas quais algum aspecto ou desdobramento da personalidade esteja em jogo, estabelecendo com decisão a prioridade a ser dada à pessoa humana. (DONEDA, 2003, p.46)

No ordenamento jurídico vigente, portanto, a tutela da personalidade encontra guarida constitucional, haja vista mesmo a existência da cláusula geral de tutela da personalidade. Entretanto, vários são os textos normativos existentes com o objetivo de corroborar esse respeito ao ser humano enquanto pessoa.

Dentre outras leis infraconstitucionais, ganha importância a Lei Federal de nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Muito embora referida lei tenha tratado dos direitos da personalidade sob um enfoque reparatório, foi a primeira a tratar da proteção dos direitos da personalidade no âmbito de um Código Civil. Pecou por deixar de regulamentar os direitos da personalidade sob a ótica promocional, mas demonstrou a alteração do centro de interesses para a pessoa humana.

Diferentemente, o Estatuto do Idoso, contido na Lei Federal de nº 10.741 de 1º de outubro de 2003, encontra-se afeito a uma cláusula geral de tutela da personalidade, não se preocupando somente com a simples proteção da pessoa idosa em face de eventuais danos por ela sofridos. É clara a sua preocupação com a promoção da pessoa idosa, prevendo-lhe os direitos à prioridade, à vida, à liberdade, ao respeito e à dignidade, aos alimentos, à saúde, à educação, cultura, esporte e lazer, à profissionalização e ao trabalho, à previdência social, à assistência social, à moradia e ao transporte.

Sendo eficazes os instrumentos de controle social existentes em nossa sociedade, não haveria a necessidade de reprodução em vários textos legais da enumeração e respectiva proteção dos direitos da personalidade. Isso porque é possível determinar a tutela a que tem direito a pessoa humana enquanto tal a partir do próprio texto da Constituição da República de 1988.

Ocorre que os instrumentos de controle social encontram-se impotentes quanto à sua função, o que faz com que o direito passe a ser o responsável pela

reafirmação de normas antes da religião, moral ou de trato social. E, a nosso ver, tal ocorre em virtude do ponto distintivo do direito em face dos demais instrumentos, qual seja, a coação.

Necessária é a compreensão da pessoa humana como fim em si mesmo. Diante dessa compreensão, possível é concluir que todo ser humano deve ser objeto de uma mesma proteção, somente se admitindo a especialidade em razão de circunstâncias também especiais, como o que ocorre com o idoso em algumas hipóteses. Dessa forma, natural que se exija um complexo de atividades, por exemplo, para proteção, promoção, prevenção e recuperação da saúde do idoso, através de programas de atendimento geriátrico e gerontológico, sendo desnecessária a reafirmação de seu direito à vida, dignidade, integridade física, etc., haja vista constituírem direitos de toda e qualquer pessoa.

Por fim, tem-se a dizer que a análise de algumas situações em que se encontra envolvido o idoso exige específica atuação administrativa, legislativa e/ou jurisprudencial, a fim de que reste preservada a dignidade da pessoa idosa, possibilitando-se o livre desenvolvimento de sua personalidade.

Não há como permitir que o direito de prioridade seja exercido com abuso, até mesmo porque outros direitos da mesma natureza podem estar sendo prejudicados. Necessária é a fiscalização e a vedação do exercício abusivo do direito, inclusive com a imposição de penalidades específicas para aquele que favorecer esse exercício abusivo.

Quanto à saúde do idoso, necessária é que seja a ele garantido o mais amplo acesso, até mesmo porque corolário do direito à vida. Se o Estado não consegue desincumbir-se de sua tarefa de garantir saúde a todos os seus cidadãos, então que

esse Estado possibilite instrumentos para que o interessado idoso possa recorrer a outros meios de promoção, prevenção, proteção e recuperação de sua saúde.

Relativamente ao trabalho, vimos que a própria Constituição da República o considera como fator de promoção da dignidade da pessoa humana. Daí a necessidade de implementarem-se programas de políticas públicas de inserção do idoso no mercado de trabalho, a fim de que não possa restar prejudicado o livre desenvolvimento de sua personalidade.

A questão da impenhorabilidade dos lares de idosos também necessita ser revista, diante da constatação de que muitos idosos são relegados à condição de abandono até mesmo por sua família, que os consideram como estorvo ao seu bem-estar.

Por fim, não há como se deixar de fazer referência à situação de que, pelo simples implemento da idade, o idoso não pode ser considerado incapaz de livremente exercer a sua vontade. Necessária é a adoção de nova postura legislativa quanto à escolha pela pessoa com idade superior a 60 (sessenta) anos do regime patrimonial de bens do casamento que esteja para convolar. Se assim não for, estaremos diante de situação ofensiva à dignidade da pessoa humana e ao direito ao livre desenvolvimento da personalidade, razão pela qual deve ser considerado inconstitucional o disposto no artigo 1.641, inciso II, da Lei Federal de nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

10 – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AIETA, Vânia Siciliano. Princípios do direito à integridade do corpo humano. In: PEIXINHO, Manoel Messias; GUERRA, Isabela Franco; NASCIMENTO FILHO, Firly (Org.). **Os Princípios da Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2001. 645p.

ALFACE, Paula. Plano de saúde para os idosos custa no mínimo R\$ 330 ao mês. **Diário de S. Paulo**, São Paulo, 06 fev. 2006. Disponível em: <<http://www.diariosp.com.br/novopesquisa/noticia.asp?Editoria=29&Id=354158>> Acesso em 06 fev. 2006.

ALVES, Gláucia Correa Retamozo Barcelos. Sobre a dignidade da pessoa. In: COSTA, Judith Martins (Coord.). **A Reconstrução do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. P. 213-229.

AMARAL, Francisco. O Direito Civil na Pós-modernidade. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). **Direito Civil: atualidades**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003a. P.61-77.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil: introdução**. 5.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003b. 659p.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4.ed. São Paulo: Melhoramentos, 2005. 138p.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Rio de Janeiro, v.9, p.3-24, jan/mar. 2002.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Regimes Políticos**. São Paulo: Resenha Universitária, 1977. 358p.

BARCELLOS, Ana Paula de. Normatividade dos princípios e o princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição de 1988. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v.221, p.159-188, jul/set. 2000.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. 327p.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira**. 6.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. 355p.

BERTI, Silma Mendes. Fragilização dos Direitos da Personalidade. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, Belo Horizonte, v.3, n.5 e 6, p. 238-248, 1º e 2º sem. 2000.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 3.ed. Rio de Janeiro, Forense: 1999. 132p.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. 10.ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992. 217p.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. 10.ed. Brasília: UNB, 1997. 184p.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 16.ed. São Paulo: Melhoramentos, 2005. 807p.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva, com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Lívia Céspedes. 35.ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

BRASIL. **Código Civil**: Lei nº 10.406, de 10-1-2002, acompanhada de Legislação Complementar, Súmula e Índices Sistemático e Alfabético Remissivo do Código Civil, Cronológicos da Legislação e Alfabético da Legislação Complementar, da Lei de Introdução e das Súmulas. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva, com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Lívia Céspedes. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

BRASIL. **Código Penal**: Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, atualizado e acompanhado de Legislação Complementar, também atualizada de Súmulas e de Índices. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Juarez de Oliveira, com a colaboração de Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt. 35.ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

BRASIL. **Decreto 5.130, de 07 de julho de 2004**. Regulamenta o artigo 40 da Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso), e dá outras providências. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>> Acesso em 12 dez. 2005.

BRASIL. **Lei 6.179, de 11 de dezembro de 1974**. Institui o amparo previdenciário para maiores de setenta anos de idade e para inválidos, e dá outras providências. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>> Acesso em 12 dez. 2005.

BRASIL. **Lei 8.009, de 29 de março de 1990**. Dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>> Acesso em 12 dez. 2005.

BRASIL. **Lei 8.742, de 07 de dezembro de 1993**. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>> Acesso em 12 dez. 2005.

BRASIL. **Lei 8.842, de 04 de janeiro de 1994**. Dispõe sobre a política nacional do idoso, cria o Conselho Nacional do Idoso e dá outras providências. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>> Acesso em 12 dez. 2005.

BRASIL. **Lei 8.926, de 09 de agosto de 1994**. Torna obrigatória a inclusão, nas bulas de medicamentos, de advertências e recomendações sobre seu uso por pessoas de mais de 65 anos. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>> Acesso em 12 dez. 2005.

BRASIL. **Lei 9.263, de 12 de janeiro de 1996**. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>> Acesso em 12 dez. 2005.

BRASIL. **Lei 9.434, de 04 de fevereiro de 1997**. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras

providências. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>> Acesso em 12 dez. 2005.

BRASIL. **Lei 10.048, de 08 de novembro de 2000.** Dá prioridade de atendimento às pessoas que especifica, e dá outras providências. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>> Acesso em 12 dez. 2005.

BRASIL. **Lei 10.173, de 09 de janeiro de 2001.** Altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, para dar prioridade de tramitação aos procedimentos judiciais em que figure como parte pessoa com idade igual ou superior a sessenta e cinco anos. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br/>> Acesso em 12 dez. 2005.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 3.561, de 1997.** Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Apresentado ao Plenário da Câmara dos Deputados em 28 de agosto de 1997.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Agravo de Petição nº 01364-2002-053-03-00-6 AP. Asilo, impenhorabilidade. Agravante: Asilo São Vivente de Paulo. Relator Juiz Paulo Roberto Sifuentes Costa, Belo Horizonte, 09 jun, 2004. **Minas Gerais**, Belo Horizonte, 19 de junho de 2004.

CAMARANO, Ana Amélia. O idoso brasileiro no mercado de trabalho. **Mercado de Trabalho – conjuntura e análise**, Brasília, n.12, p. 30-36, fev. 2000. Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/pub/bcmt/mt012h.pdf>> Acesso em 26 jan. 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002. 1.504p.

CÓDIGO DE HAMURABI. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/hamurabi.htm>> Acesso em: 17 jan. 2006.

CUNHA, Alexandre dos Santos. Dignidade da pessoa humana: conceito fundamental do direito civil. In: COSTA, Judith Martins (Coord.). **A Reconstrução do Direito Privado.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. P. 230-264.

DE CUPIS, Adriano. **Os Direitos da Personalidade.** Tradução Adriano Verda Jardim e Antonio Miguel Caeiro. Lisboa: Livraria Moraes, 1961.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. Apontamentos sobre o Estado Democrático de Direito. **Virtajus**, Belo Horizonte, ano 2, n.1, ago. 2003. Disponível em <http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/Ano2_08_2003_arquivos/Docente/Estado%20de%20Direito.doc>. Acesso em 22 jul. 2005.

DONEDA, Danilo. Os direitos da personalidade no novo Código Civil (arts. 11 a 21). In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **A parte geral do novo Código Civil:** estudos na perspectiva civil-constitucional. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. P.35-59.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário da Língua Portuguesa.** 2.ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986. 1838p.

FIUZA, César Augusto de Castro. **Direito Civil:** Curso Completo. 8.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. 1.028p.

FRANÇA, R. Limongi. **Manual de Direito Civil.** 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971. V. 1.

GOMES, Orlando. **Introdução ao Direito Civil.** Atualização Humberto Theodoro Junior. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. 562p.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Tendências do Direito Civil no século XXI. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). **Direito Civil: atualidades**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003a. P.93-114.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **A importância do Censo 2000**. Disponível em <<http://www.ibge.gov.br/censo/importancia.shtm>>. Acesso em 30 nov. 2005.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Estatísticas do Século XX**: estatísticas populacionais, sociais, políticas e culturais. Disponível em <<http://www.ibge.org.br/#>>. Acesso em 30 nov. 2005.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Censo Demográfico 2000 – Resultado do Universo**. Tabela - População residente, por situação do domicílio e sexo, segundo os grupos de idade – Brasil. Disponível em <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2000/tabelabrasil111.shtm>>. Acesso em 30 nov. 2005.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Projeção da População do Brasil: 1980 – 2050**. Disponível em <ftp://ftp.ibge.gov.br/Estimativas_Projecoes_Populacao/Revisao_2004_Projecoes_1980_2050/>. Acesso em 30 nov. 2005.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: direito de família. v. IV. São Paulo: Saraiva, 2005. 649p.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2002. 117p.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Batista Machado. 5.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996. 426p.

LIMA, Taisa Maria Macena de. Princípios fundantes do direito civil atual. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). **Direito Civil: atualidades**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. P.241-258.

LIMA, Taisa Maria Macena de. Filiação e Biodireito: uma análise das presunções em matéria de filiação em face da evolução das ciências biogenéticas. **Revista Brasileira de Direito de Família**, Porto Alegre, v. 4, n. 13, p.143-161, abr/jun, 2002.

LORENZETTI, Ricardo Luis. **Fundamentos do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. 613p.

LUDWIG, Marcos de Campos. O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade na Alemanha e Possibilidades de sua Aplicação no Direito Privado Brasileiro. In: COSTA, Judith Martins (Coord.). **A Reconstrução do Direito Privado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. P. 265-305.

MASCARO, Sônia de Amorim. **O que é Velhice**. Tatuapé: Brasiliense, 1998. p. 94. (Coleção Primeiros Passos, 310).

MOARES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2000. 797p.

MOARES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. 356p.

NADER, Paulo. **Introdução ao Estudo do Direito**. 23.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. 418p.

NASCIMENTO, Adilson de Oliveira. **Da Citação por Edital do Acusado**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. 152p.

NOBRE JÚNIOR, Edílson Pereira. O direito brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v.219, p.237-251, jan-mar. 2000.

OLIVEIRA, José Lamartine Corrêa de; MUNIZ, Francisco José Pereira. O Estado de Direito e os Direitos da Personalidade. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, Ano 69, v.532, p.11-23, fev. 1980.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Direito Constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. 208p.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. **Tutela Jurisdicional e Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. 208p.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Carta das Nações Unidas, assinada em 26 de junho de 1945**. Disponível em <http://www.onu-brasil.org.br/documentos_carta.php> Acesso em 10 dez. 2005.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. 18.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. V. 1, 463 p.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: introdução ao direito civil constitucional**. Tradução Maria Cristina De Cicco. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. 359p.

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS. Pró-Reitoria de Graduação. Sistema de Bibliotecas. **Padrão PUC Minas de normalização: normas da ABNT para apresentação de trabalhos científicos, teses, dissertações e monografias**. Belo Horizonte, 2005. Disponível em <http://www.pucminas.br/biblioteca/normalizacao_monografias.pdf>. Acesso em 11 dez. 2005.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 23.ed. São Paulo: Saraiva, 1996. 381p.

RIZZARDO, Arnaldo. **Parte Geral do Código Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. 776p.

RODRIGUES, Rafael Garcia. A pessoa e o ser humano no novo Código Civil (arts. 1º a 10). In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **A parte geral do novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. P.1-34.

SÁ, Fernando Augusto Cunha de. **Abuso do Direito**. Coimbra: Almedina, 1997. 656p.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Dirieto de Morrer: eutanásia, suicídio assistido**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. 195p.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. **Biodireito e direito ao próprio corpo: doação de órgãos, incluindo o estudo da Lei n. 9.434/97, com as alterações introduzidas pela Lei n. 10.211/01**. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. 125p.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos da personalidade e sua tutela**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. 575p.

TEIXEIRA, Renato Patrício. **Direito à Intimidade e Interceptações Telefônicas**. 2000. 204f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte.

TEPEDINO, Gustavo. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. P.1-22.

TEPEDINO, Gustavo. A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-constitucional Brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. P.23-54.

VARELLA, Drauzio. **Longevidade**: o sonho da vida longa. 26 set. 2003. Disponível em <<http://www.drauziovarella.com.br/artigos/longevidade.asp>> Acesso em 30 nov. 2005.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Introdução ao Estudo do Direito**: primeiras linhas. São Paulo: Atlas, 2004. 349p.

VIANA, Marco Aurélio da Silva. **Curso de Direito Civil**: parte geral. 1.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. 431p.