

# DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS À PERSONALIDADE: A NECESSÁRIA INTERSECÇÃO ENTRE O PÚBLICO E O PRIVADO PARA A GARANTIA DE SUA PROTEÇÃO A PARTIR DA PERSPECTIVA DO MÍNIMO EXISTENCIAL

Marcos A. de A. Ehrhardt Júnior\*

**SUMÁRIO:** I. INTRODUÇÃO. II. DIREITOS HUMANOS, DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITOS DA PERSONALIDADE: UMA DISTINÇÃO NECESSÁRIA. III. DIREITOS DA PERSONALIDADE E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. IV. DIREITOS DA PERSONALIDADE SE CONFUNDEM COM O MÍNIMO EXISTENCIAL ? V. O JUDICIÁRIO E A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO PARA PROTEÇÃO DO INDIVÍDUO ATRAVÉS DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS. VI. CONCLUSÃO.

## I. INTRODUÇÃO

Com o final da segunda grande guerra, ainda sob o impacto e perplexo com a utilização da racionalidade técnico-formal positivista pelo holocausto nazista, o mundo ocidental vislumbrou o surgimento de um novo paradigma constitucional, que não mais recusava os valores, a moral e a subjetividade do discurso e da práxis jurídicos ao tempo em que se afastava da tradicional ideologia liberal e individualista burguesa, que dava suporte ao direito privado eminentemente patrimonialista<sup>1</sup>.

Conceitos metajurídicos antes interditados ao cientista do direito de ideologia positivista forjaram uma instância que pudesse conferir legitimidade teórica ao sistema jurídico. Não é por acaso que processo de generalização da proteção internacional dos direitos humanos tem como ponto de partida a Declaração Universal de 1948 que também repercutiu sobre os postulados do Direito Privado.

No Brasil, o advento da Constituição Federal 1988 inaugurou no plano da dogmática jurídica o paradigma do Estado Social em nosso país e orientou, no plano infraconstitucional, a elaboração de todo um capítulo do novo Código Civil disciplinando os denominados *Direitos da Personalidade*<sup>2</sup>, mais um passo na direção da consolidação, no sistema jurídico pátrio, do processo de constitucionalização do direito privado. Vivemos a fase da superação da secular dicotomia entre público e privado, que acabou ampliando o espectro dos direitos subjetivos privados clássicos que passam a atuar numa dimensão "social", o novo espaço de interação entre o Direito Constitucional e o Direito Civil.

De fato, a tutela da personalidade humana através do instituto do direito subjetivo exerce uma função estratégica de grande relevância para a vida social da pessoa,

---

\* Advogado. Especialista em Direito Constitucional e Mestrando pela Universidade Federal de Alagoas. Professor Substituto de Direito Civil da UFAL, Professor da Escola Superior da Advocacia em Alagoas (ESA/AL), do CESMAC e da FAL.

<sup>1</sup> MELLO, Cláudio Ari. Contribuição para uma teoria híbrida dos direitos de personalidade. In O Novo Código Civil e a Constituição, Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2003, p. 73.

<sup>2</sup> A doutrina pátria suscita outras terminologias para essa categoria de direitos, dentre as quais podemos citar: direitos inatos, direitos fundamentais da pessoa, direitos subjetivos essenciais, direitos primordiais, etc., mas optamos por "direitos da personalidade", acompanhado Orlando Gomes e Antônio Chaves, por ter se tornado a expressão com maior número de adeptos, como bem evidencia Aparecida Amarante (*Apud* LOTUFO, Renan. Direito Civil Constitucional: caderno 3. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 212.)

tanto em suas relações com o Estado, quanto no universo das relações entre particulares<sup>3</sup>, que vivencia uma fase de transformações decisivas, já que o centro de gravidade do código civil foi deslocado para questões até então puramente marginais, num movimento de despatrimonialização e repersonalização que orientaram a delimitação da categoria dos direitos da personalidade.

Neste sentido, torna-se imperioso a fixação de conceitos de modo a evitar a confusão entre as noções de direitos humanos, direitos fundamentais e direitos da personalidade, identificando suas peculiaridades para contribuir com o debate acerca dos mecanismos de proteção e efetivação dos direitos fundamentais sociais, a partir da perspectiva da teoria do mínimo existencial, matérias que vêm ocupando os doutrinadores na última década.

## **II. DIREITOS HUMANOS, DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITOS DA PERSONALIDADE: UMA DISTINÇÃO NECESSÁRIA.**

Entende-se por direitos fundamentais os direitos humanos que foram reconhecidos por determinada ordem jurídica positiva. Trata-se, pois de conceito mais restrito do que o primeiro, posto que a noção de direitos do ser humano comporta o conjunto de direitos ideais derivados da própria natureza do homem, reconhecidos internacionalmente, sendo o gênero do qual emergem as demais espécies.

Ao tratar do tema, GOMES CANOTILHO sustenta que os direitos do homem (=direitos humanos) são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos, enquanto que os direitos fundamentais seriam garantidos e limitados espaço-temporalmente, esclarecendo ainda que *muitos dos direitos fundamentais são direitos da personalidade mas nem todos os direitos fundamentais são direitos de personalidade*, que já desde últimos devem ser excluídos os de matiz político e aqueles direitos a prestações, por não serem relacionados com a dimensão existencial da subjetividade humana.<sup>4</sup>

Dessa forma teríamos como categoria geral os direitos humanos, que quando reconhecidos e consagrados em determinada ordem jurídica passariam também a condição de fundamentais, dentre os quais podemos identificar parcela voltada à tutela da personalidade do indivíduo e todas as suas vicissitudes.

Tradicionalmente, costuma-se iniciar o estudo dos direitos fundamentais a partir das chamadas "gerações de direitos", clássica teoria proposta em 1979 por KAREL VASAK. No entanto, a divisão apresentada entre *direitos da liberdade* (1.<sup>a</sup> geração), *direitos da igualdade* (2.<sup>a</sup> geração) e *direitos da fraternidade* (3.<sup>a</sup> geração) a despeito de sua importância histórica e didática, acabou servindo para que se empregasse um significado estanque e sucessivo a tais direitos, como se a conquista de cada uma das gerações dependesse fundamentalmente da consolidação e conquista da classe anterior<sup>5</sup>.

---

<sup>3</sup> MELLO, Cláudio Ari. Op. Cit, p. 69.

<sup>4</sup> In Direito Constitucional e Teoria da Constituição, Coimbra: Almedina, 2004, p. 393. Cf. MELLO, Cláudio Ari. Op. Cit, p. 71/72.

<sup>5</sup> Cf. LIMA, George Marmelstein. Críticas à teoria das gerações (ou mesmo dimensões) dos direitos fundamentais Jus Navigandi, Teresina, a. 8, n. 173, 26 dez. 2003. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4666>>. Acesso em: 06 set. 2004. Vale destacar que a essa tríade de gerações iniciais, sustenta-se a delimitação de outras, valendo aqui destaque, dentre outras, a contribuição de Paulo Bonavides, que desenvolve a idéia dos direitos à democracia direta (4.<sup>a</sup> geração).

Neste sentido, falta verdade histórica a tal proposição, já que a evolução, ou melhor, a conquista, de tais direitos nem sempre segue a linha descrita<sup>6</sup>. Além disso, o termo “gerações” pode contribuir para a uma falsa impressão da necessidade de consolidação da geração “anterior” antes de se buscar o implemento da “próxima”, pelo que é preferível a adoção da expressão “dimensões”.

A conquista desses direitos dá-se de forma acumulativa, jamais sucessiva. Pensar diferente implica deixar direitos essenciais à real implementação do Estado Social com uma baixa carga de normatividade e sem prioridade de concretização no plano social. Mas não é só. Há de se pensar na implementação desse conjunto de garantias fundamentais como um todo indivisível, já que do ponto de vista estrutural e funcional, todos esses direitos se equivalem e se completam numa relação de interdependência, pois, v.g., de *“nada adianta a liberdade sem que sejam concedidas as condições materiais e espirituais mínimas para fruição desse direito”*<sup>7</sup>.

Estamos diante de direitos cuja função de relevo é a de sistematização do conteúdo axiológico do ordenamento jurídico, atuando como instância legitimadora e ferramentas essenciais de um processo democrático livre e aberto que representam os valores vigentes na coletividade, que para além de sua perspectiva puramente formal, devem ser entendimentos como paradigmas de validade das demais normas, refletindo o processo evolutivo da humanidade, que passou a admitir sua conformação a partir de uma ordem jurídica anterior e hierarquicamente superior.

Desse modo, PONTES DE MIRANDA sustenta que os direitos fundamentais não se confundiriam com os outros direitos assegurados ou protegidos pela Constituição, alertando também para o erro de se acreditar que o simples fato da elevação ao plano constitucional de um direito e não se permitir sua alteração por lei ordinária o tornaria fundamental<sup>8</sup>. Para o referido autor, independente do fato de serem ou não direitos naturais, discussão que transcende os limites do Direito Constitucional, os direitos humanos fundamentais seriam categoria pertencente ao direito das gentes, embora seja possível às Constituições *“fazerem fundamental o que não é (ou ainda não é) supra-estatal”*, reconhecendo a existência de duas categorias distintas, a saber: direitos fundamentais supra-estatais e direitos fundamentais estatais<sup>9</sup>. Já os direitos da personalidade consistem no direito subjetivo da pessoa de defender o que lhe é próprio, ou seja, sua identidade, honra e liberdade, dentre

---

<sup>6</sup> Um exemplo brasileiro ilustra bem a questão: Na “Era Vargas”, durante o Estado Novo (1937-1945), foram reconhecidos, por lei, inúmeros direitos sociais, especialmente os trabalhistas e os previdenciários, sem que os direitos de liberdade (de imprensa, de reunião, de associação etc.) ou políticos (de voto, de filiação partidária) fossem assegurados, já que se vivia sob um regime de exceção. Cf. LIMA, George Marmelstein, Op. Cit., p. 03.

<sup>7</sup> LIMA, George Marmelstein. Op. Cit. p. 04. Tal entendimento ajuda a compreender o baixo nível de efetividade (=eficácia no corpo social) dos direito de 3.<sup>a</sup> geração, como , por exemplo o direito ao meio-ambiente sadio. Como trabalhar tal direito e exigir sua proteção entre cidadãos que não tem educação (e, por tanto acesso a informações sobre os perigos da degradação ambiental) e saúde, pois vivem lutando para obtenção do mínimo necessário a sua própria subsistência. Situação extrema, é a situação de pescadores durante o período de defeso.

<sup>8</sup> Desse modo, para Pontes de Miranda, *“Os Direitos fundamentais valem perante o Estado, e não pelo acidente da regra constitucional”*, pois, existem a despeito das leis que os pretendam modificar ou conceituar, precedendo-as. In Comentários à Constituição de 1967, tomo IV, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 621.

<sup>9</sup> In Comentários à Constituição de 1967, tomo IV, p. 622. Além dessas, o autor também se refere a direitos interestatalmente editados por convenções e tratados internacionais, que não devem ser confundidos com aqueles de caráter supra-estatal.

outros, visando a exigir um comportamento negativo dos outros (*excludendi alios*) na medida em que protegem bens inerentes, essenciais à plena existência do ser humano.

Pelo acima exposto fica evidente que o processo de assimilação da tutela da personalidade pelos sistemas jurídicos não começou no direito privado. Os direitos da personalidade têm sua origem no espaço do direito público, na categoria de direitos fundamentais individuais<sup>10</sup>, inicialmente atribuídos aos indivíduos contra o Estado, a fim de preservá-los com o uso abusivo do poder.

Estamos falando de direitos subjetivos de caráter privado<sup>11</sup>, que protegem a identidade e a subjetividade do SER homem, ou seja, não resguardam o que a pessoa tem, mas o que a pessoa é. São direitos assegurados legal e constitucionalmente (art. 5.º, da CF/88), sob o fundamento do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1.º, inciso III), do qual passaremos a tratar mais adiante.

Neste diapasão, o citado art. 5º da Constituição Federal de 1988, no caput e nos primeiros quinze incisos tutela diversos direitos de personalidade, sob a categoria de direitos fundamentais, dentre os quais encontramos os direitos à vida, à liberdade, à integridade física e mental, à liberdade de expressão, à privacidade, à intimidade, à honra e à imagem. Nada obstante, CLÁUDIO ARI MELLO<sup>12</sup> lembra que além dos direitos fundamentais de personalidade expressamente previsto no texto constitucional, "*não é apenas possível, como juridicamente necessário fundamentar diversos outros direitos de personalidade no próprio sistema normativo constitucional*".

O referido autor fundamenta tal possibilidade no permissivo do § 2º do art. 5º de nosso Texto Fundamental, destacando, por exemplo, o direito à identidade biológica e o próprio direito ao nome, direitos que tradicionalmente eram disciplinados no plano infraconstitucional seriam erigido ao âmbito constitucional. Tal entendimento acaba por colocar em apreciação a necessidade de positivar, no plano da legislação ordinária, direitos que já se encontram disciplinados, de modo explícito ou não, numa dimensão superior, pois já contariam com os mecanismos da nova hermenêutica constitucional para sua tutela.

Prevalece a necessidade de formulação de uma doutrina privatista dos direitos fundamentais da personalidade, sobretudo quando dirigida à regulação das relações entre particulares, estendendo-se a eficácia dos direitos fundamentais à ordem privada, criando assim um ponto de contato entre o espaço público e o privado. Desse modo, apesar da elevação ao âmbito constitucional de conteúdos normativos civilistas, não há razão para eliminar o espaço próprio das relações intersubjetivas próprias dos particulares e relativamente autônomas em face do Estado.

---

<sup>10</sup> MELLO, Cláudio Ari. Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 75. Neste ponto é preciso registrar que o recurso à categoria do direito subjetivo para defender valores fundamentais do homem contra agressões externas transformou-se no eixo filosófico do pensamento político e jurídico moderno, como bem anota o referido autor.

<sup>11</sup> A doutrina civilística, para facilitar seu estudo, costuma separá-los em dois campos: os referentes à integridade física e os referentes à integridade moral e relacionar como suas características o fato de serem absolutos, extrapatrimoniais, intransmissíveis, indisponíveis, irrenunciáveis, impenhoráveis, imprescritíveis, necessários e inespropriáveis.

<sup>12</sup> Contribuição para uma teoria híbrida dos direitos de personalidade. In O Novo Código Civil e a Constituição, p. 78.

Deve-se de logo anotar que não há como divisar nenhuma parte da ordem privada que fique imune à incidência dos valores e princípios constitucionais, contudo, também se deve reconhecer um espaço de auto-regulamentação civil, evitando a perda de sua autonomia<sup>13</sup>. Vale anotar que não temos dois sistemas distintos (Constituição x Código Civil), mas sim um novo paradigma para as relações negociais.

### III. DIREITOS DA PERSONALIDADE E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.

De início, deve-se salientar que a noção de dignidade que se apresenta ao jurista não pode se limitar ao aspecto filosófico. INGO SARLET entende a dignidade como qualidade intrínseca da pessoa humana, inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal, já que compreendida como qualidade integrante e irrenunciável da própria condição humana<sup>14</sup>.

Ponto característico das constituições ocidentais do pós-guerra, sobretudo na segunda metade do século XX, é a conversão da noção de dignidade da pessoa humana como idéia reguladora do pensamento jurídico contemporâneo, para a qual converge a fundamentação de quase todos os direitos fundamentais<sup>15</sup>.

Para além dos aspectos ventilados, a busca de uma definição objetiva para o conceito impõe-se em face da exigência de certo grau de segurança jurídica. Para tanto, e considerando os fins do presente trabalho, deve-se anotar que a noção "dignidade da pessoa" só terá espaço no contexto de reconhecimento dos direitos fundamentais, ou seja, como norma fundamental na ordem jurídico-constitucional brasileira, *ex vi*, do disposto no art. 1.º, III da CF/1988.

Entretanto, não há como reconhecer que existe um "direito fundamental à dignidade", pois, como qualidade imanente, não poderá ela própria ser concedida pelo ordenamento. Desse modo, não há de se falar num "direito à dignidade" como concessão. Tal expressão deve ser compreendida como reconhecimento, respeito, proteção e até mesmo promoção e desenvolvimento da dignidade<sup>16</sup>.

O princípio da Dignidade confere sentido e legitimidade à ordem constitucional, radicando na base de todos os direitos fundamentais. Assume uma função instrumental integradora, definindo limites e tarefas ao Estado e aos particulares, constituindo um dos

---

<sup>13</sup> Paulo Luiz Netto Lôbo adverte que o fato de haver normas cogentes não elimina a natureza originária da relação jurídica privada, que se verifica entre titulares de direitos formalmente iguais, campo estranho ao direito público. No mesmo diapasão o referido autor assevera: "*O texto constitucional, sem sufocar a vida privada e suas relações civis, dá maior eficácia aos institutos codificados, revitalizando-os, mediante nova tábua axiológica, sem que isso implique numa redução quantitativa dos espaços de autonomia privada. Trata-se, ao revés, de uma transformação qualitativa de cada um dos institutos do direito civil, iluminados pela CF/88*". In *Constitucionalização do Direito Civil*. Jus Navigandi, Teresina, a. 3, n. 33, jul. 1999. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=507>>.

<sup>14</sup> In *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 3a. ed, 2004, p. 41/42.

<sup>15</sup> Pontes de Miranda defende que a afirmação e o reconhecimento da dignidade humana se operou por lentas e dolorosas conquistas na história da humanidade e foi o resultado de avanços, ora contínuos, ora esporádicos, nas dimensões da democracia, da liberdade e da igualdade. Sustenta ainda que erraria quem pensasse que se chegou perto de sua completa realização, pois a evolução apenas se iniciou para alguns povos e mesmo aqueles que alcançaram os mais altos graus ainda se acham a meio caminho. (Op. Cit., p. 622).

<sup>16</sup> In *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, p. 70.

critérios materiais que garantem *proibição de retrocesso*, ou seja, atua com o objetivo de coibir eventual abuso que pudesse levar ao esvaziamento ou até mesmo à supressão dos direitos fundamentais.

Desse modo, em princípio, nenhuma restrição de direito fundamental poderá ser desproporcional ou afetar o núcleo essencial do direito objeto da restrição, embora a noção de dignidade da pessoa não pode ser tida como absoluta completamente infensa a qualquer tipo de restrição e/ou relativização, como veremos no próximo item.

#### **IV. DIREITOS DA PERSONALIDADE SE CONFUNDEM COM O MÍNIMO EXISTENCIAL ?**

É dentro do âmbito dos direitos fundamentais que se desenvolve a noção do *mínimo existencial*, mas especificamente dentro do grupo dos direitos sociais, posto que a mera posituação não foi capaz de lhes conferir juridicidade, em face de obstáculos de natureza técnico-jurídica ainda não equacionados<sup>17</sup>. A imprecisão dos próprios enunciados dos direitos de terceira dimensão, aliada aos elevados custos relativos à sua implementação pelo Poder Público dificultam sua materialização no mundo dos fatos. Contudo, tais obstáculos não podem retirar a judicialidade de tais direitos, ainda que consagrados sob a forma de princípios.

Seus efeitos, para além da função interpretativa e de garantia de abstenção (eficácia negativa), devem garantir a progressiva ampliação de sua concretização, vedando-se o retrocesso, mediante a invalidação, pelo reconhecimento da inconstitucionalidade, de normas infraconstitucionais que esvaziem ou violem o núcleo essencial de um direito já incorporado à tábua de valores da Constituição<sup>18</sup>.

A noção no mínimo existencial parece buscar delimitar um subconjunto de direitos sociais que seja efetivamente exigível do Estado<sup>19</sup>. Na busca por nessa *inviolabilidade pessoal mínima*, que para alguns configura "*o conjunto imprescindível de condições iniciais para o exercício da liberdade*"<sup>20</sup>, ANA PAULA DE BARCELOS cita o pensamento de JOHN RAWLS que defende que a distribuição da desigualdade no âmbito da sociedade deverá maximizar o bem-estar dos menos favorecidos.

Tal teoria do mínimo existencial tem por objetivo definir um conjunto inalienável de direitos cuja garantia torna-se regra obrigatória e sindicável pelo Judiciário independente da atuação do Executivo e Legislativo. Seu elemento essencial é a dignidade da pessoa

---

<sup>17</sup> O conjunto dos direitos fundamentais é formado pelos direitos individuais, direitos políticos, sociais, econômicos, culturais e coletivos. Cf. BARCELOS, Ana Paula de. O mínimo existencial e algumas fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy, In: Legitimação dos Direitos Humanos. TORRES, Ricardo Lobo. São Paulo: Renovar, 2002 p. 15.

<sup>18</sup> O pensamento acima é adequado para atividade positiva do Estado, contudo, mostra-se inoperante para casos de omissão estatal na realização de medidas concretizadoras de direitos sociais.

<sup>19</sup> BARCELLOS, Ana Paula. Op. Cit. p. 27.

<sup>20</sup> TORRES, Ricardo Lobo. Os Direitos Humanos e a Tributação: Imunidades e isonomia. *Apud* BARCELLOS, Ana Paula. Op. Cit. p. 31. ROBERT ALEXY enfrenta a questão sob a óptica de sua teoria jurídica dos direitos fundamentais apontando a garantia do mínimo existencial como uma verdadeira regra constitucional, "*resultado da ponderação dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade real*". Pela ponderação, a escolha do princípio que deve preponderar é só o primeiro passo, pois o processo só se completa com a escolha do *ponto de equilíbrio* das medidas destinadas a sua realização de modo a sacrificar em menor medida os demais princípios envolvidos (Cf. Op. Cit., p. 42).

humana, seu núcleo irreduzível. Pois, como adverte, "não haveria racionalidade em fazer prevalecer o meio em detrimento do fim que é a própria dignidade da pessoa humana e os direitos básicos do homem"<sup>21</sup>.

Pelos próprios contornos da teoria do mínimo existencial, percebe-se que transcende ao âmbito dos direitos da personalidade e com ele não se confunde, muito embora ambos os institutos tenham como ferramenta definidora e orientadora o primado da dignidade da pessoa humana. Registre-se, por exemplo, o fato de que direitos sociais prestacionais integraram a seara do mínimo existencial, mas ficam fora do campo da tutela da personalidade.

Não fosse isso suficiente, tal teoria também tem um efeito diverso. Seu acolhimento sem restrições faz como que preguemos o *mínimo* em detrimento do *ótimo* atendimento, ou seja, pensamos nos direitos fundamentais mais pouca energia tem isso direcionada aos deveres fundamentais. Parece que atingido tal patamar, tudo estaria resolvido<sup>22</sup>. Ademais, trata-se de uma perspectiva que não parece se preocupar com o contexto histórico, criando uma noção atemporal e estática que não se coaduna com as necessidades de uma sociedade em intensa transformação. Aqui se mostra adequado o pensamento tópico, sem pretensões de estabelecimento de padrões fixos.

## **V – O JUDICIÁRIO E A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO PARA PROTEÇÃO DO INDIVÍDUO ATRAVÉS DOS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS.**

O Poder Judiciário ocupa posição de destaque em qualquer obra que trata da eficácia dos Direitos Fundamentais. As esperanças na garantia da "força normativa" da Constituição são depositadas sobre a atuação de cada magistrado, que no exercício de seu papel de guardião do texto fundamentais deveria, sem hesitar, atento à tábua de princípios, assumir uma postura ativa no que concerne não só a proteção, mas, em especial, à efetivação de tais direitos, sem recorrer a qualquer mecanismo de auto-limitação de sua atuação.

Tal concepção garantista apresenta a jurisdição constitucional como uma instituição destinada a assegurar, na maior medida do possível, a validade e a eficácia do sistema de direitos e princípios constitucionais, de modo a conferir máxima efetividade à ordem constitucional. Logo, se existir qualquer ameaça a esse sistema, a atitude exigida seria a de "ativismo" e até mesmo de "intervencionismo judicial" na defesa dos valores fundamentais da constituição<sup>23</sup> que como verdadeiros "mandados de otimização" devem ser densificados<sup>24</sup>.

Nada obstante, este entendimento não é pacífico entre os membros deste Poder, em especial das Cortes Superiores. Nos dias atuais proliferam teorias e concepções de auto-restrição judicial (*judicial self-restraint*), que reiteradas vezes rejeitam o papel de "arquiteto

---

<sup>21</sup> BARCELLOS, Ana Paula. Op. Cit. p. 44/46.

<sup>22</sup> Cf. RIBEIRO, Ricardo Silveira. Críticas à perspectiva do mínimo existencial a partir de uma teoria das necessidades humanas fundamentais. In: Revista Idéia Nova. Recife: UFPE, ano 2, n. 2, jan/jun 2004. O autor propõe o enfoque desta discussão pelo prisma do estabelecimento de necessidades sociais básicas ou fundamentais.

<sup>23</sup> Cf. MELLO, Cláudio Ari. Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais, p. 275/277.

<sup>24</sup> Cf. KRELL, Andreas Joachim. In Realização dos Direitos Fundamentais Sociais Mediante Controle Judicial da Prestação dos Serviços Públicos Básicos (uma visão comparativa). Revista de Informação Legislativa. Brasília, p. 239-260, 1999, p. 249.

social” do Judiciário e buscam delimitar os limites funcionais do controle jurisdicional, estabelecendo, por conseguinte, espaços de exclusiva atuação dos Poderes Executivo e Legislativo<sup>25</sup>.

Para tanto, a doutrina pátria, por vezes influenciada por autores alemães citados sem reservas ao contexto histórico-social onde apresentaram seus argumentos, é profícua em teorias para justificar tal forma de proceder. Vejamos algumas dessas teorias.

Nos bancos das universidades aprendemos a relacionar o conceito de Constituição como expressão do pacto social, ou seja, reflexo do acordo de vontades políticas, desenvolvido em determinado estado que permita a consolidação das pretensões sociais de determinado grupo. Tal perspectiva servia para explicar suas aparentes contradições e as relações de poder sócio-político que interferem em sua aplicação no cotidiano da vida em sociedade, mediante um enfoque do texto constitucional sob o ângulo da sociologia jurídica.

Cite-se, por exemplo, KONRAD HESSE, que sustenta que questões constitucionais não podem ser consideradas apenas como comandos jurídicos, transcendendo o mero caráter dogmático do campo normativo do Direito para espelhar questões políticas, na medida em que o Texto Fundamental de um país expressa as relações de poder nele dominantes. Nesta linha registre-se ainda o clássico conceito de *fatores reais de poder* proposto por LASSALLE ao descrever a “constituição pedaço de papel”<sup>26</sup>.

Tal afirmação – constatação de a normatividade legal é influenciada pela realidade fática – pode ser corroborada quando verificamos que, via de regra, as forças políticas atuam independentemente das formas jurídicas adotadas, movendo-se de acordo com suas próprias leis. HELLER, por sua vez, chega a sustentar que uma constituição não só se caracteriza pela conduta normada e juridicamente organizada dos seus membros, mas ainda pela conduta não normada, embora normalizada dos mesmos<sup>27</sup>. Tais fatores têm para o texto constitucional grande relevância, já que a normalidade não prescinde de complementação pela normatividade para lhe conferir validade.

Chega-se a afirmar que uma constituição poderá até ser juridicamente válida, mas se a dinâmica do processo político não se adaptar a suas normas, esta carecerá de realidade existencial tornando-se um simples texto nominal. Em suma, com a transformação dos fatores reais do poder também se alteraria a Constituição vigente do país.

Entretanto, tal ponto de vista acaba por reduzir o estudo do Direito Constitucional ao campo da Sociologia Jurídica. O próprio Konrad Hesse sustenta que a Constituição contém, ainda que de forma reduzida (limitada), uma força normativa própria, capaz de disciplinar a vida do Estado. Desse modo, a solução do problema passa pela compreensão de que a pretensão de eficácia de determinada norma constitucional não pode ser separada das condições históricas de sua realização, embora com esta não se confunda, pois o comando contido na carta fundamental exprime um “dever-ser”, procurando disciplinar e ordenar à realidade política social, como também impor tarefas para a consecução de seus objetivos.

---

<sup>25</sup> Cf. MELLO, Cláudio Ari. Op. Cit., p. 266.

<sup>26</sup> Lassalle sustenta que a constituição real de determinado estado – aquela que verdadeiramente tem capacidade de regular e de motivar o contexto social – deve exprimir as relações fáticas resultante da conjugação dos fatores reais de poder. In: *O que é uma Constituição Política* (mimeo), p. 35. Já LOEWENSTEIN (Barcelona: Editorial Ariel (mimeo)), em sua teoria da Constituição, afirma que em alguns estados com tradição normativa, a Constituição não será observada de modo tão escrupuloso pelos detentores de poder como era antes, que ainda são beneficiados pela indiferença da grande massa dos destinatários do poder frente à Constituição.

<sup>27</sup> In Teoria do Estado. São Paulo: Editora Mestre Jou, 1991, p. 297.



Tem-se, conseguinte, uma relação de coordenação entre a constituição real e a constituição jurídica, em que tais situações se condicionam reciprocamente. Desse modo, a Constituição adquire *força normativa* na medida em que realiza sua pretensão de eficácia, embora tal força não se restrinja apenas à adaptação de uma dada realidade, ou seja, às forças e às tendências dominantes do seu tempo. Decerto, quanto mais o conteúdo desta corresponder ao contexto presente, maior a possibilidade de eficácia de seus comandos.

Por isso HELLER sustentava que a Constituição permanece através da mudança de tempos e pessoas graças à probabilidade de se repetir no futuro a conduta humana que com ela concorda.<sup>28</sup> Pois, se prescindirmos da normalidade social, o texto constitucional, visto como mera formação normativa diz muito pouco. Mas se tal ocorrer, teremos uma Carta Política que exigirá uma constante revisão, posto que presente apenas interesse momentâneos ou particulares. Não raro será constatado um querer e um dever-ser opostos ao ser social, gerando conflitos. Pelo exposto, vimos que o problema central é determinar de que modo se pode harmonizar a permanência das normas com a mudança constante da realidade social.

De fato, a freqüência das reformas constitucionais abala a confiança e debilita sua força normativa, posto que a estabilidade constitui um dos pilares para garantir a eficácia da Constituição. Temos que reconhecer que a Constituição, enquanto documento jurídico, está submersa num jogo de tensões e poderes, malgrado tal situação não poder significar sua transformação em programa de governo, como as inúmeras tentativas que rotineiramente presenciamos no noticiário.

A solução parece estar numa interpretação do texto que consiga concretizar as condições reais dominantes numa determinada situação. Pois, segundo HELLER, o conteúdo e o modo de validez de uma norma não se determinam nunca somente por sua letra, nem mesmo pelos propósitos e qualidades de quem a dita, mas sobretudo pelas qualidades daqueles a quem a norma se dirige e que a observam<sup>29</sup>.

Devemos, pois, buscar conferir a cada norma constitucional o máximo de capacidade de regulamentação. Mas não é só. Torna-se essencial que o texto constitucional incorpore parte da estrutura contrária ao poder dominante em determinado período (mediante meticulosa ponderação) para preservar sua força normativa, afinal, "*A constituição não está desvinculada da realidade histórica concreta do seu tempo. Todavia ela não está condicionada, simplesmente, por esta realidade*".<sup>30</sup>

Este é o contexto que o operador do direito deve ter em mente, ao analisar a evolução da teoria constitucional em nosso país, se pretende juntar elementos de compreensão da moderna relação do Poder Político com a Constituição, sob pena de, assim como na caverna descrita por Platão, viver observando apenas as sombras do que se convencionou denominar Poder Constituinte. Enfim, estamos diante do questionamento da eficácia do texto constitucional, da busca pelos limites e possibilidades da Constituição Jurídica.

---

<sup>28</sup> Op. Cit., p. 296.

<sup>29</sup> Op. Cit., p. 302.

<sup>30</sup> HESSE, Konrad. Op. Cit., p. 25.

Registre-se também a concepção “normativo-estrutural” do texto constitucional, levantada para sustentar que o sistema normativo de uma constituição com separação de poderes é sempre portador de um programa de distribuição funcional de competências. Logo, os limites de atuação do Poder Judiciário já estariam predeterminados do texto constitucional, e não seriam auto-impostos pelo Poder Judiciário, que não teria discricionariedade no exercício de suas funções de controle<sup>31</sup>.

Não se pode negar a importância da ponderação de circunstâncias particulares contingentes em situações concretas de conflito entre questões jurídicas e questões políticas e o embate entre argumentos institucionais *versus* não-institucionais, pois, em maior ou menor medida, influenciarão a atuação do magistrado, que adotará certa dose de autocontenção na apreciação da adequação constitucional da intervenção judicial pretendida<sup>32</sup>.

Junte-se a todas as teorias acima descritas à tradicional alegação de baixa densidade mandamental dos princípios e regras constitucionais. Nada obstante, a interpretação das normas constitucionais estruturantes, a despeito de sua maior ou menor densidade normativa, não é suficiente para determinar os limites do justiciável ou do injusticiável.

Não há dúvidas acerca da possibilidade de se garantir proteção aos direitos “liberais”, ou seja, os que exigiriam um dever geral de abstenção do Estado contra a esfera de autonomia, de liberdade individual dos cidadãos; conquista assegurada desde o século XIX. Pode-se afirmar, neste particular, que estamos diante de um caso de “justiciabilidade completa”, tanto em relação a leis, como no que concerne a medidas administrativas ofensivas a esses direitos.

O problema reside no denominado “garantismo social”, ou seja, no entendimento de que a jurisdição constitucional deve oferecer aos direitos sociais proteção idêntica a dos direitos de primeira dimensão, já que a sua enunciação no texto constitucional não foi acompanhada de mecanismos que garantam o mesmo nível de justiciabilidade dos direitos de primeira geração.

Contudo, tal constatação não pode servir de fundamento para construções de concepções teóricas que evitem o exercício da jurisdição constitucional, que evidentemente deve ser admitida de modo prudente e reflexivo, para que o Judiciário não seja alçado à condição de poder constituinte permanente, invadindo o espaço do legislativo, que representa a soberania popular, fundamento de legitimidade de todo poder político do estado democrático de direito.

Parece claro que não há como tomar partido para concepções extremas. Os contornos da atuação da jurisdição constitucional são um dos grandes desafios da teoria constitucional de nosso tempo. Como contribuição para a solução do problema, um dos

---

<sup>31</sup> Cf. MELLO, Cláudio Ari. Op. Cit, p. 266/267. O referido autor ainda nos lembra que é característica de uma democracia constitucional a recusa do monopólio da concretização constitucional a qualquer um dos poderes estatais, inclusive o Judiciário (p. 277)

<sup>32</sup> Andreas Krell destaca que a idéia de um controle judicial funcionalmente limitado também não colide, necessariamente com a garantia constitucional da inafastabilidade da tutela jurisdicional, pois, por exemplo, seria inviável no Estado moderno imaginar que a Administração Pública não teria uma margem de decisão independente. (in A recepção das teorias alemãs sobre “conceitos jurídicos indeterminados” e o controle da discricionariedade no Brasil, Revista Interesse Público, n. 23, Porto Alegre, pp 21-49, 2004, p. 37)

caminhos promissores é o debate acerca da noção de dignidade da pessoa humana a partir da óptica constitucional, conforme demonstramos acima.

## VI. CONCLUSÃO

Por todo o exposto, podemos concluir que a personalidade não é um direito em si, "*mas um valor que embasa uma série aberta de situações existenciais, fator que exige uma proteção jurídica dinâmica e elástica da personalidade como valor*"<sup>33</sup>. Desse modo, a pessoa humana merece uma proteção integrada, cuja fonte normativa primordial seja a Constituição, mas que a partir dela seja associada uma cláusula geral de proteção vinculada a uma série de situações específicas que merecem proteção, conforme se verifica na atual redação do código civil<sup>34</sup>.

Não há dúvida que este novo capítulo da codificação civil em vigor encontra-se despido do nível de clareza e precisão tão caros aos institutos do direito privado, em face da natureza aberta e de difícil densificação das normas constitucionais que definem direitos fundamentais. Faz-se necessário substituir a certeza do método da subsunção pela flexibilidade das ferramentas da nova hermenêutica constitucional que privilegiem a fundamentalidade material dos direitos da personalidade.

Neste campo de desenvolvimento relativamente novo a escuridão é vencida pelas luzes do princípio da dignidade da pessoa humana que informará a atuação do intérprete do direito, buscando a plena realização do espaço de autonomia privada do indivíduo, em especial no intercâmbio entre sua esfera de privacidade e sua atuação no espaço da coletividade.

Sem retirar a importância e utilidade da teoria do mínimo existencial, acreditamos que o problema da eficácia dos direitos humanos fundamentais sociais passa pela fixação de necessidades humanas básicas, não mínimas, evitando assim, discursos neoliberais que procuram fundamentar os moldes da adoção de um Estado cada vez mais ausente das demandas sociais. Mais que uma questão semântica, não podemos adotar perspectivas que facilitem a acomodação aos atuais obstáculos para a plena sindicabilidade de tais direitos.

Não cabe ao Judiciário apenas uma tímida atuação repressiva na fixação de indenizações dos danos causados à esfera da personalidade. Sua participação deve ser orientada no sentido de garantir uma tutela preventiva (inibitória) dos atos lesivos à personalidade, bem como garantir a invalidação de atos jurídicos lhes forem ofensivos, não importando se emanados do Poder Estatal ou de entidades privadas.

Não faz sentido levar às últimas conseqüências o princípio da não discriminação em relação aos direitos civis e políticos, e tolerar, ao mesmo tempo, a discriminação como "inevitável" em relação aos direitos econômicos e sociais, pois sustenta não existir possibilidade de dissociar o econômico do social, do político e do cultural<sup>35</sup>.

---

<sup>33</sup> MELLO, Cláudio Ari. Op. Cit., p. 86/87, citando Pietro Pelingieri em sua obra Perfis do direito Civil, p. 155-156.

<sup>34</sup> A despeito das limitações de ordem técnica do dispositivo, tal papel é atribuído ao art. 12 do CC/02, cláusula de abertura formal do sistema jurídico infraconstitucional.

<sup>35</sup> TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Dilemas e desafios da proteção internacional dos direitos humanos. In Educando para os Direitos Humanos: pautas pedagógicas para a cidadania na universidade. SOUZA JÚNIOR, José Geraldo de. *et alli*. Porto Alegre: Síntese, 2004, *passim*.

O curioso é que enquanto se procura unificar as formas de atuação e os mecanismos de combate às violações, estas têm se diversificado a níveis que o direito ainda não pode tutelar (ex.: abusos de poder econômico e progresso científico-tecnológico). É premente nestes casos a criação de novas formas de proteção, pois o paradigma de proteção indivíduo x Estado mostra-se insuficiente.

O tema objeto de nossas considerações demonstra o fascinante momento de transição e conseqüente evolução da teoria jurídica em nosso país, que além de suas contradições internas e, por vezes do distanciamento da realidade social, agora começa a enfrentar a formação de novas ordens regionais que diminuem a força normativa de nosso texto constitucional antes mesmo de conseguirmos garantir à implementação de seu núcleo essencial a maioria da população brasileira.

## NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales. In SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003.

BARCELOS, Ana Paula de. O mínimo existencial e algumas fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In: **Legitimação dos Direitos Humanos**. TORRES, Ricardo Lobo. São Paulo: Renovar, 2002.

BARROSO, Luis Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: renovar, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 11.<sup>a</sup> edição, 2001.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Civilização do Direito Constitucional ou Constitucionalização do Direito Civil ? A eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídico-civil no contexto do direito pós-moderno. In **Direito Constitucional – Estudos em homenagem a Paulo Bonavides**. GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (orgs.) São Paulo: Malheiros, 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2004.

HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. São Paulo: Editora Mestre Jou, 1991.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1991.

KRELL, Andreas J.. A recepção das teorias alemãs sobre “conceitos jurídicos indeterminados” e o controle da discricionariedade no Brasil. **Revista Interesse Público**, n. 23, Porto Alegre, pp 21-49, 2004.

KRELL, Andreas Joachim. Realização dos Direitos Fundamentais Sociais Mediante Controle Judicial da Prestação dos Serviços Públicos Básicos (uma visão comparativa). **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, p. 239-260, 1999.

LATAILLADE, Iñigo Cavero e RODRIGUEZ, Tomás Zamora. **Introducción al Derecho Constitucional**. Madrid: Editorial Universitas, 1995.

LASSALLE, Ferdinand. **O que é uma Constituição Política ?**. Global Editora (mimeo).

LIMA, George Marmelstein. Críticas à teoria das gerações (ou mesmo dimensões) dos direitos fundamentais. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 8, n. 173, 26 dez. 2003. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4666>>. Acesso em: 06 set. 2004.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la Constitución**. Barcelona: Editorial Ariel, (mimeo)

- LÔBO, Paulo Luiz Netto. Direito do estado federado ante a globalização econômica. In: **Jus Navigandi**, n. 51. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2243> [Capturado 03.Nov.2001]
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 3, n. 33, jul. 1999. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=507>. Acesso em 22 ago. 2004.
- LOTUFO, Renan (cord.). **Direito Civil Constitucional: caderno 3**. São Paulo: Malheiros, 2002.
- MELLO, Cláudio Ari. **Democracia Constitucional e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Coimbra: Coimbra Editora Limitada, Tomo II, 2.ª Edição, 1998.
- PEREIRA DA SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias. Vinculação das Entidades Privadas pelos Direitos, Liberdades e Garantias. **Revista de Direito Público**, n. 82, pp. 43/51, abr/jun 1987.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Comentários à Constituição de 1967**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, Tomos I e IV.
- RIBEIRO, Ricardo Silveira. Críticas à perspectiva do mínimo existencial a partir de uma teoria das necessidades humanas fundamentais. *In*: **Revista Idéia Nova**. Recife: UFPE, ano 2, n. 2, jan/jun 2004.
- SÁCHICA, Luis Carlos. **Esquema para una Teoría del Poder Constituyente**. Bogotá: Editorial Temissa, 2.ª Edição, 1985.
- SALDANHA, Nelson. **Formação da Teoria Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 1983.
- SALERT, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 3a. ed, 2004.
- SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **O novo Código Civil e a Constituição**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2003.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. **Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2004.
- SCHMITT, Carl. **Teoría de La Constitución**. Madrid: Alianza editorial, 1992
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 13.ª Edição, 1997.
- SILVA, Virgílio Afonso. **Interpretação Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2005.
- TEPEDINO, Gustavo. **Normas Constitucionais e Relações de Direito Civil na Experiência Brasileira**. Boletim da Faculdade de Direito Studia Jurídica, n. 48. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Dilemas e desafios da proteção internacional dos direitos humanos. *In* **Educando para os Direitos Humanos: pautas pedagógicas para a cidadania na universidade**. SOUZA JÚNIOR, José Geraldo de. et alli. Porto Alegre: Síntese, 2004.