

INTRODUÇÃO

O direito patrimonial de família tem expressão econômica. Reúne um conjunto de regras que organizam os bens da entidade familiar, de que podem ser titulares os cônjuges. Também por isso, compreende a projeção dos efeitos decorrentes do casamento sobre o seu patrimônio.

No casamento, os efeitos patrimoniais são regulados mediante o regime de bens entre cônjuges, complexo de normas que rege suas relações patrimoniais durante o matrimônio.

No Brasil, o Código Civil prevê quatro regimes de bens no casamento: comunhão parcial de bens, comunhão total, separação total e participação final nos aquestos. E considera lícito ao casal, no artigo 1.639, a escolha do regime de bens que melhor lhe aprouver, sem prejuízo de sua alteração após o casamento. A liberdade é, portanto, a regra em relação à situação dos bens do casal que vigorará durante o casamento.

O regime de separação de bens tem como característica a completa distinção de patrimônio dos cônjuges, não se comunicando os frutos e aquisições e permanecendo cada qual na propriedade, posse e administração de seus bens, apenas em três hipóteses, o Código, no artigo 1.641, obriga os nubentes a tal regime: nos casamentos que não observam as causas que o suspendem (inciso I); nos casamentos de pessoa maior de 70 anos (inciso II, com redação dada pela Lei n. 12.344, de 2010); e nos casamentos que dependam de autorização judicial (inciso III).

Dessas hipóteses, a segunda é, de longe, a mais eivada de polêmica. O disposto no inciso II é dos conteúdos que mais têm suscitado controvérsias e divergências no âmbito do regime jurídico de bens do Código em vigor.

A doutrina aponta contradições entre o regime obrigatório de separação de bens do inciso II do artigo 1.641 com outras disposições do próprio Código. Por exemplo, em relação ao artigo 1.513 (segundo o qual é defeso a qualquer pessoa, de direito público e privado, interferir na comunhão de vida instituída no âmbito familiar) e também em relação ao fato de o Código estabelecer um início para a capacidade civil em razão da idade, mas não fazer o mesmo, para a cessação de tal capacidade. No Código, não há limitação da capacidade civil dos indivíduos à exceção das situações elencadas nos artigos 3º e 4º.

Essas contradições refletiriam uma excessiva intervenção do Estado no âmbito afetivo e patrimonial do cidadão e tratamento discriminatório e preconceituoso com relação ao indivíduo idoso em geral e ao idoso maior de 70 anos em particular, subestimando-lhes a capacidade.

Além das contradições, a doutrina critica principalmente o fato de o legislador, tendo a chance de avançar na matéria e coadunar o novo Código Civil com a Constituição Federal de 1988 e com documentos legais que prevêm direitos do idoso vigentes no Brasil (Lei n. 8.842, de 1994, que dispõe sobre Política Nacional do Idoso, e a Lei n. 10.741, o chamado Estatuto do Idoso), ter optado, no limiar do novo milênio, por repetir uma lógica – a lógica do Código Bevilacqua – que não mais se sustenta, não obstante ter ampliado o limite da restrição aos maiores de 70 anos, reconhecendo o aumento da expectativa de vida do cidadão brasileiro (o Código de 1916, fundado em princípios liberais patrimonialistas, assentava na lei a separação obrigatória de bens no casamento por idade, impondo-a ao maior de 60 anos e à maior de 50 anos).

Tal opção, nos dias de hoje, violaria diversos princípios constitucionalmente garantidos, em especial o princípio da dignidade da pessoa humana. E violar princípios é romper com a Constituição Federal. Daí por que se defende a inconstitucionalidade do inciso II do artigo 1.641, cristalizando-se imposição que não pode ser aceita – conforme Cabral e Figueiredo (2012), os posicionamentos doutrinários não criticam a questão quantitativa, se 60 ou 70 anos, mas sim a determinação de uma limitação de forma injustificada e desigual imposta ao cidadão.

A restrição legal no regime de bens no casamento de pessoas com idade superior a 70 anos no Brasil é o tema desta pesquisa, cuja linha de investigação é a pessoa, o Direito e a efetivação dos direitos humanos no contexto social e político contemporâneo. No cerne e como paradigma, a dignidade da pessoa humana em toda a sua essencialidade.

O problema da pesquisa reside em saber se é válida a imposição do regime de separação de bens no casamento a indivíduos maiores de 70 anos no Brasil, conforme determinado no inciso II do artigo 1.641 do Código Civil.

Norteia o estudo a hipótese de que o inciso II do artigo 1.641 é inconstitucional por violar o princípio da dignidade da pessoa humana, princípio do qual sobreveem outros importantes princípios, constitucionalmente garantidos.

O objetivo geral do estudo consiste em evidenciar a importância do princípio da dignidade da pessoa humana como princípio norteador dos documentos internacionais sobre direitos humanos e direitos fundamentais, das Constituições dos Estados Democráticos de Direito, bem como das legislações infraconstitucionais desses Estados.

O objetivo específico é demonstrar, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, a inconstitucionalidade do inciso II do artigo 1.641 do Código Civil.

A pesquisa se justifica na medida em que referido inciso, desde que entrado em vigor o novo Código Civil, tem sido objeto de debate junto à doutrina.

A metodologia segue a taxonomia de classificação de pesquisas científicas proposta por Vergara (2010). Assim, quanto aos fins, o estudo se classifica como exploratório, uma vez que pretende oferecer uma visão geral do tema, tornando-o explícito mediante diferentes contribuições a respeito do fenômeno em foco. Já quanto aos meios de investigação, trata-se de pesquisa bibliográfica, isto é, estudo sistematizado cujo procedimento técnico tem por base o levantamento de material de domínio público veiculado em livros e revistas jurídicas especializadas.

Além desta Introdução, o trabalho está dividido em quatro blocos.

O primeiro, ‘A *Pessoa* Enquanto Categoria Ontológica’, traça uma evolução do conceito de *pessoa* desde a Antiguidade, passando pela antropologia teológica e filosofia moderna até chegar ao conceito nos séculos XIX e XX.

O segundo bloco trata da dignidade da pessoa humana desde um ponto de vista filosófico, no qual se destaca a importância de Immanuel Kant para a formulação deste princípio. O lugar da dignidade da pessoa humana no século XX é investigado e os efeitos da elevação desse princípio a vetor fundamental são analisados.

Num terceiro momento da pesquisa reflete-se sobre personalidade traçando um breve percurso histórico e confrontando as ideias de personalidade e de capacidade jurídica à luz do Direito. Analisam-se os direitos de personalidade e o princípio do livre desenvolvimento da personalidade.

O último bloco analisa a autodeterminação patrimonial do idoso como consequência lógica do reconhecimento do direito ao livre desenvolvimento de sua personalidade. Reflete-se sobre os direitos dos idosos e tutela jurídica do idoso no Brasil e sobre o critério cronológico na definição do idoso, bem como a sua realidade no País. O Capítulo finaliza com o enfrentamento do inciso II do artigo 1.641 do Código Civil.

Seguem-se considerações a título conclusivo, bem como orientações para trabalhos futuros, e a lista das referências utilizadas para o desenvolvimento da pesquisa.

1 PESSOA ENQUANTO CATEGORIA ONTOLÓGICA

“O que é importante, em termos seculares gerais, não é nossa pertinência à espécie *homo sapiens* como tal, e sim o fato de que somos pessoas”. (ENGELHARDT JR., 2004, p. 175).

No âmbito da Linguística, estudos apontam que nas sociedades ocidentais é comum a ocorrência de esvaziamento semântico da maioria das palavras, isto é, a opacização semântica do vocábulo, fenômeno que em toponímia¹ corresponde à ‘fossilização ou cristalização’ do topônimo, que guarda sob um invólucro aparentemente sem sentido os semas ou unidades mínimas de significação. (CARVALHINHOS e ANTUNES, 2007).

O esvaziamento semântico é associado à própria dicotomia que assegura a evolução da linguagem, conservadorismo/mudança, binômio que expressa os fatores estáticos e dinâmicos da linguagem, assegurando a comunicação entre os seres humanos. E, em países jovens como o Brasil, ocorre ou pelo desconhecimento da língua, levando à não decodificação ou não complementação do percurso de codificação da palavra, ou pelo tempo e sobreposição de camadas linguísticas. (CARVALHINHOS e ANTUNES, 2007).

Pois, bem, o fenômeno parece ter acometido a noção de *pessoa*, que, por difícil de apreensão na sua essencialidade, é hoje carregada de vários conteúdos, muito em função das formulações (jurídicas, políticas e mesmo filosóficas) que se foram construindo ao longo do tempo.

Ao conceito de *pessoa* aplicar-se-ia, então, a máxima de José Oliveira Ascensão, segundo o qual certas expressões e afirmações universalizadas, isto é, que passam a âncora de convergência internacional porque todos as utilizam, de tanto repetidas vão gastando o sentido. “E quando nos interrogamos sobre o que significam verificamos que são fórmulas vazias, afirmações sem conteúdo, porque este se foi esbatendo ao longo dos tempos, das bocas e dos ouvidos”. (ASCENÇÃO, 2008, p. 81).

Por isso, a referência universalizada à *pessoa*, assim como à eminente dignidade da pessoa humana, tratada por Ascensão (2008) em seu estudo, soa a oco, enquanto esvaziada da sua essência.

Este esvaziamento de conteúdo semântico problematiza a existência de referenciais de validade para a construção do conceito de *pessoa* hodiernamente, central no campo do Direito – todo direito assenta na *pessoa*.

¹ Na Linguística, *toponímia* corresponde à ciência que estuda a origem etimológica dos nomes de lugares.

Daí por que imperiosa a reflexão sobre a evolução deste conceito, considerando-se suas relações com os conceitos de homem e de ser humano, num enfoque antropológico, filosófico e jurídico. A noção de *pessoa* é relativamente recente na evolução da humanidade. De acordo com Ascensão (2008), não a encontramos em nenhuma civilização clássica anterior à civilização greco-cristã. Com ela começamos, portanto, esta breve análise histórica.

1.1 A noção de *pessoa* na Antiguidade: a valoração na civilização greco-latina

Segundo Stancioli (2010), embora a investigação sobre a origem etimológica da palavra '*pessoa*', bem como o sentido correto em que foi utilizada no pensamento antigo continue sendo questão aberta no campo das conceituações, seu processo de elaboração nos remete a duas fontes argumentativas.

A primeira delas, em que a definição da personagem representada pelo ator no teatro precede a de *pessoa*, confirma que as antigas civilizações ocidentais não chegaram a atribuir ao termo o mesmo nível de generalidade que os conceitos atuais de '*pessoa*' ou 'indivíduo' comportam, prendendo-se apenas ao campo dos atributos e das funções exteriores.

Como consequência, o termo '*pessoa*' percorrerá diversos territórios semânticos, desde a linguagem teatral, onde provavelmente reside sua origem, passando pela linguagem das profissões, pela gramática, pela retórica e pela linguagem jurídica e teológica, até vir a se fixar na linguagem filosófica. (VAZ, 1992).

Nesse contexto, o conceito etimológico mais difundido da palavra *pessoa* é aquele originário em Boécio, filósofo cristão de formação grega, que aponta sua origem no vocábulo latino '*persona*', cujo sentido geral é de máscara de teatro equipada com uma abertura no entorno da boca, o que permitia ao ator impostar e representar pelo som de sua voz, uma personagem. Neste caso aceita-se que a derivação de *persona* estaria relacionada ao verbo latino *personare*, que significa soar, passar através da voz do ator, através da *persona*, da máscara.

Com a mesma equivalência, o termo grego '*prosôpon*' (πρόσωπον). Referindo-se às máscaras de representações teatrais, mediante as quais o mesmo ator representava vários papéis distintos, em um contexto em que o alcance filosófico do uso aparecia com maior clareza, *persona* apontaria para algo exterior, precisamente para o papel que o homem vive, "[...] para algo acrescentado ao ser humano". (RUBIO, 2001, p. 305).

Daí, *prosôpon* passou a designar o próprio papel representado pelo ator e, posteriormente, a significar a função ocupada pelo indivíduo na sociedade, sem vir a significar o indivíduo em si mesmo.²

Com efeito, de acordo com Ascensão (2008), o grego interessava-se pela individualidade, ainda que, por outro lado, a considerasse uma imperfeição.

Também o Direito teria influenciado na designação do sujeito de direitos pessoais em distinção ao sujeito de direitos reais, ligado às coisas, uma vez que o mesmo homem poderia ter diferentes *personae*, quer dizer, diferentes papéis sociais ou ‘jurídicos’.

Em Roma, por exemplo, apenas os cidadãos tinham direitos *pessoais*, isto é, ‘*pessoa*’ seria apenas o varão, livre e sujeito de deveres e direitos, e não mulheres e crianças. Como um fato do Direito Romano, Mauss (1974, p. 227-228) observa que:

A *pessoa* é algo além de um fato de organização, mais do que o nome ou o direito reconhecido a uma personagem e mais do que uma máscara ritual: é um fato fundamental do direito. Em direito, dizem os juristas, nada há além das ‘*personae*’, das ‘*res*’ e das ‘*actiones*’: esse princípio ainda governa as divisões de nossos códigos. [...]. Todos os homens livres de Roma foram cidadãos romanos, todos tiveram a *persona* civil; alguns tornaram-se ‘*personae*’ religiosas; algumas máscaras, nomes e rituais permaneceram ligados a algumas famílias privilegiadas dos colégios religiosos.

Como segunda fonte argumentativa para a formulação do conceito etimológico de *pessoa* Stancioli (2010) ressalta, justamente, a grande diferença que há entre ‘máscara’ e ‘*pessoa*’, em seu sentido mais estrito. Conforme salienta, não há uma oposição entre o ‘eu’ verdadeiro e o ‘eu’ mascarado. Pelo contrário, a *pessoa* é o “mais verdadeiro eu” que pode existir, fruto da singularidade do ser humano, em sua plenitude.

Segundo Park, o homem está sempre e em qualquer lugar representando um papel, e é nesses papéis que nos conhecemos uns aos outros, que nos conhecemos a nós mesmos. Na compreensão deste autor:

Em certo sentido, e na medida em que esta máscara representa a concepção que formamos de nós mesmos – o papel que nos esforçamos para chegar a viver – esta máscara é o nosso mais verdadeiro eu, aquilo que gostaríamos de ser. Ao final a

² Diga-se que os autores, sobretudo cristãos, preferiram usar a palavra ‘*hypóstasis*’ (um paralelo do latim ‘*substantia*’) ao invés do tradicional *prosôpon*. Contudo, também *hypóstasis* no fundo poderia ser interpretada – pelo menos etimologicamente – como o que ‘estava sob’ (*hypó*) a máscara: no teatro, indicaria então não o ator, mas a personagem que ele representava, simbolizada e identificada com a máscara.

concepção que temos de nosso papel torna-se uma segunda natureza e parte integral de nossa personalidade. Entramos no mundo como indivíduos, adquirimos um caráter e nos tornamos pessoas. (STANCIOLI, 2010, p. 31).

Ressaltando-se a noção de *pessoa* como papel social e recuperando-se o lugar da teatralidade, permitindo ao indivíduo orgânico, que é o social, existir, possibilita-se entender melhor o porquê das primeiras acepções da palavra '*pessoa*' ter o significado de máscara.

Ocorre que, nesse contexto, ainda que se refira ao conceito de *pessoa* e à noção mais ou menos clara de indivíduo, à *pessoa* não é reservado nenhum conteúdo ôntico mais preciso, visto que só era reconhecido por causa dos papéis que desempenhava na sociedade, pois nada mais era do que um elemento do mundo material e, sendo assim, sujeito a todos os constrangimentos sociais

Gonçalves (2008, p. 23) afirma, nesse sentido, que a verdadeira utilidade do conceito de *pessoa* está, antes de mais nada, na capacidade de opor o indivíduo humano, concreto, particular, à ideia universal de humanidade. "A sua individualidade revela-se, neste contexto, um papel, uma máscara viva no palco do mundo, mas não mais do que isso". Esta é, aliás, uma crítica que faz Ascensão (2008) à visão da *pessoa* no século XX, que, de acordo com ele, é substituída pela ideia de humanidade, deixando de atender ao homem concreto.

Tentando responder por que a filosofia antiga não sistematizou um conceito ôntico da *pessoa*, Gonçalves (2008) argumenta que a resposta parecer estar na enorme dificuldade que o pensamento antigo tinha em lidar com as realidades individuais em face da visão monista da realidade. Até porque, na cultura arcaica grega, a existência humana se harmonizava com a organização geral do cosmos, pois não havia separação entre o conhecimento físico e a reflexão sobre os valores relativos à dinâmica do mundo natural.

Essa concepção, pautada numa unidade física e orgânica, não permitia a percepção dos outros homens como existência singular. Desse modo, a percepção que os gregos detinham da individualidade estava intrinsecamente alinhada à concepção de ser parte de um todo harmonioso, a partir do qual e somente em referência ao qual se podia perceber o indivíduo.

Platão e Aristóteles aplicaram conceitos de substância, natureza e essência ao homem sem se referirem concretamente à *pessoa*. Não obstante, foram eles que inauguraram o período antropológico da filosofia, desenvolvido pelos gregos a partir de uma cosmológica segundo a qual o ser humano é compreendido como a realidade natural mais elevada.

Superada a acepção sociológica da *pessoa*, na qual, primeiramente se desenvolveu a reflexão sobre o homem na sua dimensão exterior, “[...] uma acepção de natureza ontológica para o termo ‘*pessoa*’ começa a ser construída nas disputas trinitárias e cristológicas da Antiguidade”. (HERVADA, 2008. p. 295).

Desvendando o sentido da sua individualidade no seio da humanidade, nesta visão a *pessoa* passa a ter um lado metafísico relacionado a uma alma individual e sua porção espiritual passa a ser um fato reconhecido socialmente, permitindo que o conceito de *pessoa* aplicado ao homem, como possuidor de direitos subjetivos ou direitos fundamentais, com sua consequente dignidade, venha ser desenvolvido, como se verá a seguir.

1.2 A *pessoa* na teologia trinária: a antropologia teológica

Foi com o Cristianismo, no seio da filosofia patrística, de evangelização e de defesa da religião cristã, mais tarde aprofundada pelos escolásticos, que se superou a visão monista da realidade e se dotou de conteúdo metafísico o conceito de *pessoa*, no sentido da singularidade substancial ou do princípio último de individuação – a noção filosófica de *pessoa* só foi aperfeiçoada pela Escolástica,³ estimulada pela necessidade de enquadramento das *personas* divinas. (ASCENSÃO, 2008).

Fundamentada nas reflexões cosmológicas gregas, o constructo erigido no século VI dC, define a *pessoa* como indivíduo que subsiste na natureza racional. O pensamento teológico parte de uma verdade revelada, procurando compreendê-la, ilustrá-la e explicá-la racionalmente, deixa o homem de ser objeto e passa a ser sujeito, portador de valores.

Por ser um conceito aprimorado no contexto da reflexão teológico-cristã, o conceito de *pessoa* se encontra ligado a três de suas grandes questões: a natureza da Santíssima Trindade (um Deus ou três Deuses?); a Encarnação do Verbo (Deus ou homem?); e a semelhança ontológica entre o Homem e Deus.

Desejava-se explicar a fé que se tinha em um Deus-Trindade e na Encarnação da segunda *pessoa* dessa Trindade como homem, sem perder sua divindade. O mistério dos três nomes divinos – Deus Pai, Deus Filho e Deus Espírito Santo – conduziu à reelaboração deste conceito.

Durante os séculos IV e V, estas afirmações foram geradoras de controvérsias ideológicas que tinham na sua origem o problema linguístico. Ocorre que no início da

³ Denomina-se Escolástica a filosofia predominante ensinada nas escolas da Idade Média – nas catedrais, nas escolas monacais (próximas a abadias) e universidades – no período compreendido entre os séculos XI e XIV.

elaboração da doutrina trinitária (começo do século III) as palavras *prosôpon* e *persona*, na tentativa de designar aquilo que distingue os Três, foram aplicadas à Trindade no sentido de que o Pai, o Filho e o Espírito Santo eram tão-somente funções, papéis ou até meros modos ou manifestações da substância divina única.

Esse tipo de compreensão, característico de alguns teólogos do século III chamados de “modalistas”,⁴ tanto foi condenado como herético pela Igreja, que insistiu na igualdade e na distinção das *personas* divinas, quanto não pôs fim à exigência de uma linguagem rigorosa que descrevesse e explicasse a trindade de Deus e a dupla natureza de Cristo, fundamental para a compreensão do conceito de “*pessoa*”, tornando claro que *prosôpon* e *persona*, no sentido explicado, só eram parcialmente adequados para expressar o que a fé cristã confessava a respeito da Trindade. (RUBIO, 2001).

Deve-se a Tertuliano (século II-III) a identificação da palavra grega *prosôpon* ao conceito latino *persona*, próprio do Direito Romano. Para ele, o termo ‘*pessoa*’ exprimia o indivíduo particular a quem se endereça. Não se tratava de um simples personagem, mas da presença efetiva de alguém que existe nele mesmo, de uma realidade individual e distinta, de uma realidade incomunicável. Na sua relação com o outro, a *pessoa* se exprime como um sujeito que diz “eu” em relação a um “tu”. (GONÇALVES, 2008, p. 26).

A Tertuliano se deve, sobretudo, a contribuição de projetar o mistério trinitário no primeiro plano da reflexão teológica, acentuando a distinção da Trindade sem a separação: em Deus há uma *substantia, tres personae* (uma única substância, três *personas*).

Além disso, foi ele quem usou os termos latinos *substantia*, *persona* e *status* para sanar as confusões modalísticas, sem, contudo, resolver a questão. Isso só virá a ocorrer no momento em que, na teologia cristã, o monismo antigo ceder lugar ao dualismo filosófico – natureza (*physis*) versus *pessoa* (*hypostasis*). (GONÇALVES, 2008). O único Deus se realiza em três “*hypostasis*”: Pai, Filho e Espírito Santo, que não são modos de expressão, mas constituem a realidade imanente de Deus.

No contexto trinitário, Tertuliano é o primeiro usar a palavra *persona* em relação à Trindade. Nele tem origem a fórmula latina: há *tres personae* em Deus, no sentido de três individualidades distintas. Ele conhecia o grego e também o uso bíblico de *prosôpon* para exprimir o rosto ou voz de Deus. Nesse último sentido, *persona* deixa de expressar o papel social de um homem e passa a significar seu núcleo constitutivo, do qual irá derivar sua inigualável dignidade.

⁴ Segundo Stancioli (2010), o Modalismo foi uma das grandes heresias do século III. Seus representantes, de que são exemplos Noeto, Prasea e Sabellio, postulavam o entendimento de que Deus é um só através de diversos modos de manifestação. O Filho é o Pai, enquanto que ele se manifesta a nós. Deus nele mesmo é apenas um só.

Aqui reside o cerne da noção ontológica ou metafísica da *pessoa*, pela qual as respostas aos problemas assinalados começaram a alinhar-se. A dificuldade antiga em lidar com a individualidade agora se vê superada. *Pessoa* torna-se a forma especial de ser, a natureza, a universalidade ou essência da realidade. O conceito de *pessoa* ganha um conteúdo ontológico, torna-se capaz de designar uma realidade ôntica, a qual nem mesmo em Aristóteles, o pensamento clássico logrou identificar.

Foi com Santo Agostinho (século IV-V) que se acentuou a singularidade e a individualidade como notas no conceito de *pessoa*, sendo sistematizadas as potências da inteligência, da memória e da vontade. Precursor da reflexão sobre a *pessoa* humana, como subjetividade vivente, Santo Agostinho, em seu tratado “Da Trindade”, oferece um primeiro ensaio em que se exprime a subjetividade do *eu*. Deus é o mestre interior cuja *pessoa* transcendente fala para a *pessoa* humana.

Já no século V-VI, com Boécio, em quem encontramos uma aguda análise da fronteira e da transição do uso filosófico de *persona* para o uso teológico, consagrou-se a primeira formulação doutrinária da definição de *pessoa*, que veio a constituir na raiz teórica dos tratamentos posteriores dados a esse conceito: “*persona proprie dicitur naturae rationalis individua substantia*” (“diz-se propriamente *pessoa* a substância individual de natureza racional”). (COMPARATO, 2005, p. 19).

Especificamente no tocante à sua antropologia filosófica, Boécio concebe o ser humano como um composto de corpo mortal e alma imortal. Por uma parte, a alma é forma do corpo e é por ela que o homem é. A alma, porém, não é todo o ser humano, senão só uma parte de sua essência. Nessa perspectiva, Boécio tanto consolidou o vocabulário acerca da *pessoa* (*prosôpon*), como reafirmou a existência de duas naturezas em uma só *pessoa*, para Cristo. (STANCIOLI, 2010).

No século XII, Ricardo de São Vitor, com o objetivo de adaptar melhor a definição de *pessoa* ao dogma trinitário, propõe uma definição mediante a qual transfere o constitutivo de *pessoa* para o campo existencial, e introduzindo-lhe a ideia da incomunicabilidade e substituindo a expressão “*individua substantia*” por “*incommunicabilis*” e “*singulares existência*”: *persona est divinae naturae incommunicabilis existentia* (*pessoa é a existência incomunicável da natureza divina*). (GONÇALVES, 2008).

O conceito de *pessoa* aparece, assim, como realidade ontológica única, fechada, incomunicável, sendo a natureza humana racional singularizada na existência concreta de cada ser *pessoal* que, pertencendo-se a si mesmo, é autônomo e independente. (GONÇALVES, 2008).

Posteriormente, ainda no século XII, São Tomás de Aquino soube melhor desenvolver a doutrina das relações subsistentes na Trindade, introduzindo as necessárias distinções ao conceito de *pessoa* desenvolvido por Boécio (que exerceu grande influência no seu pensamento), a fim de evitar a heresia de que em Deus a natureza é *pessoa*, enquanto natureza.

Para tanto, afirma, de maneira simultânea, a substancialidade da relação *in divinis* por entender que não havia outra forma de se esclarecer o significado das *personas* divinas, senão a de esclarecer as relações entre elas, com o mundo e com os homens. (HOGEMANN, 2010).

De acordo com Hogemann (2010, p. 565):

S. Tomás define *pessoa* como um subsistente indivíduo em alguma natureza racional. *Distinctum subsistens in aliqua natura rationali*. Concebe o significado da ideia de *pessoa* como relação, ou seja, a substancialidade da relação *in divinis*. Para ele, não haveria outra forma de elucidar o significado das *personas* divinas, senão a de esclarecer as relações entre elas, com o mundo e com os homens. S. Tomás vale-se de Boécio para afirmar que “*pessoa*”, em Deus, significa precisamente relação: “todo atinente às *personas*, significa uma relação”. Além disso, entendia ele que não havia outra forma de se esclarecer o significado das *personas* divinas, senão a de esclarecer as relações entre elas, com o mundo e com os homens.

Assim, a *persona est subsistens in rationalis natura* de São Tomás de Aquino é uma definição na qual já se encontra implícita a noção de sujeito subsistente, na medida em que a substância é aquilo que recebe o ser em si, o qual, por sua vez, confere pelo seu ato um caráter de unidade e totalidade ao sujeito. (GONÇALVES, 2008).

Ora, desta concepção de *pessoa* sobressai o caráter único do ser humano, bem como a ideia de que todos os seres humanos são iguais em dignidade, visto que todos são inata e naturalmente dotados da mesma racionalidade. (STANCIOLI, 2010).

A consequência antropológica de tal concepção se explicita na medida em que o ser humano não pode ser verdadeiramente *pessoa* a não ser que viva em uma rede de relações fundamentais e de reconhecimento mútuo. Tal perspectiva oferece uma fundamentação na qual a dignidade não está condicionada e não se sujeita às convenções jurídico-sociais, isto é, não depende de fatores externos ao ser humano.

Por isso, a concepção aquiniana de *pessoa* é considerada de fundamental importância para a construção do conceito de *pessoa* na modernidade: permite pensar a *pessoa* a partir

daquilo que o homem tem de mais individual, próprio, incomunicável, menos comum e mais singular (*persona como per se uma*). (BRAGATO, 2010).

Segundo Bragato (2010), embora a síntese de São Tomás de Aquino, situada entre a tradição clássica e a teologia cristã, tenha sofrido rupturas nos séculos que se seguiram, é inegável que os pensadores cristãos (com destaque para o próprio Aquino) foram responsáveis não só pelo aprofundamento do conceito de *pessoa*, como pela ressignificação da antropologia subjacente à ideia de *pessoa*.

1.3 O conceito de *pessoa* na filosofia moderna

A mudança de padrões filosóficos ocorrida na Idade Média representou os primeiros passos para o desenvolvimento da noção de *pessoa*.

Até então, na perspectiva clássica e medieval, a *pessoa* humana, embora reconhecida na sua singularidade e dignidade ontológica, não chegou a ser o centro das preocupações: se a influência cristã colocou-a na qualidade de sujeito dotado de valores intrínsecos a sua própria humanidade, o fez por ser ela imagem e semelhança de Deus.

A preocupação não era propriamente o ser humano, mas o próprio cosmos ou, então, Deus. A filosofia preocupava-se com os problemas ligados ao ‘ser’ enquanto ‘ser’ e o conhecimento, por ser de cunho metafísico, impossibilitava a construção de uma teoria do conhecimento. (REALE, 1989).

A partir do século XVI, na natureza e na história, Deus vai perdendo a transparência que tinha para os antigos. O eixo e o centro da humanidade deixam de ser o contexto religioso; as relações entre os homens apresentam-se menos hierarquizadas; não há mais uma orientação central (política, religiosa ou cultural) e novas produções subjetivas são criadas a partir da Renascença, na qual as realidades passam a ser referidas ao ser humano, a começar pelo mundo da natureza. Na qualidade de sujeito, o ser humano destaca-se da natureza e a transcende; inverte-se a relação homem-natureza.

Nesta época descobre-se a subjetividade. A antropologia da subjetividade nasce, pois, no contexto da filosofia moderna, marcada, essencialmente, pela atitude da dúvida filosófica.

Esta atitude filosófica acarreta, como inevitável consequência, uma alteração do objeto da filosofia: do estudo da ontologia do ser, a filosofia passa a ter por objeto o próprio sujeito cognoscente – o homem, antes e primeiro como um sujeito que conhece. Assim, o conceito de *pessoa* terá de sofrer, necessariamente, uma alteração semântica – a ideia de

persona perde o seu conteúdo ontológico e passa a designar uma realidade psíquica, na esteira de um crescente avanço da razão técnico-instrumental.

A alteração conceitual é grande: se a reflexão teleológica cristã havia construído uma noção metafísica de *pessoa* e mesmo seu prestígio moral, na época moderna observa-se uma desconstrução do conceito, retirando-lhe o conteúdo ôntico, para identificá-la com uma realidade psíquica, emotiva, subjetiva.

No século XVII, o “eu” de Pascal distingue o Deus dos filósofos do Deus pessoal de Abraão, de Isaac e de Jacó, capaz de invadir a pessoa humana em uma experiência única.

Da mesma forma, o “eu” do *cogito* de Descartes rompe com o modelo tradicional de pensar a unidade do homem mediante forma ou matéria: a filosofia passa de uma reflexão metafísica sobre os objetos para uma reflexão sobre os sujeitos e, portanto, sobre as *pessoas*.

Através do *cogito*, Descartes desenvolve a tese de que o pensamento é simultâneo à existência, não sendo possível pensar e não existir e existir e não pensar – o “eu” como consciência, uma autoconsciência, ao mesmo tempo em que enfraquece ou diminui o reconhecimento do caráter substancial da *pessoa*, acentua a sua natureza de relação, especialmente no que tange à relação do homem consigo mesmo.

Essa nova forma de pensar o mundo deu origem ao racionalismo que, como corrente filosófica, concebe a *pessoa* como ser intelectual capaz de duvidar e de elaborar ideias claras e distintas. A partir daí, a imagem de homem que irá prevalecer na cultura ocidental é a do homem como *pessoa*. A *pessoa* humana passa a ser o centro de todo o saber e também a sua fonte.

O alcance da filosofia cartesiana é inquestionável. A ele se atribuem todas as consequências históricas do rumo técnico-científico que a civilização ocidental tomou a partir do século XVII nos planos social, histórico e político. E não é necessária muita perspicácia para avaliar o quanto o pensamento cartesiano sobre o sujeito contribuiu para a direção histórica que ainda hoje estamos seguindo, sobretudo se consideradas a complementação que essa ideia de subjetividade recebeu posteriormente.

No século XVII, a filosofia iluminista e a Enciclopédia francesa se engajaram no caminho dos direitos da *pessoa*, da liberdade individual do pensar e da propriedade privada. A *pessoa* humana passa a ser percebida não só pelo fato de existir, mas também de como ela existe.

Locke propõe uma definição de *pessoa* na qual a construção do “eu” é fruto do processo de conhecimento. Em Locke, *pessoa* é o ser pensante, dotado de razão e reflexão, que pode reconhecer-se a si mesmo, agora, como o mesmo eu que era antes; e que essa ação

passada foi executada pelo mesmo eu que reflete, agora sobre ela, no presente. (GONÇALVES, 2008).

No século XVIII, os direitos tornam-se efetivamente os valores mais importantes da convivência humana em sociedade. (COMPARATO, 2005). Foi neste século que a civilização dos direitos explodiu. Não por acaso, é conhecido como o século da grande viragem do Ocidente, uma vez que, conforme Ascensão (2008, p. 80):

[...] a uma sociedade em que a sociedade política apelava aos deveres dos cidadãos sucede-se uma sociedade em que se apela aos direitos. Há uma passagem da comunidade sócio-política, de comunidade de deveres, para comunidade de direitos e, até, nas formas mais adiantadas, comunidade de direitos sem deveres. Pelo menos, os deveres ocupam um lugar recuado, perante essa categoria nuclear que é representada pelos direitos humanos ou direitos do homem.

Para tanto, muito contribuíram as formulações de Immanuel Kant. Com ele, a pessoa se torna propriamente um conceito filosófico: ultrapassando o pensamento cartesiano, o “*eu-pessoa*” aparecerá em Kant como o “eu” do “dever ser”.

Pessoa, então, é aquele sujeito a quem se podem imputar suas próprias ações. Em Kant, o homem possui um valor absoluto que ele detém em vista de sua *pessoa*; enquanto ser racional e, como tal, a *pessoa* é entendida como sujeito autônomo que age segundo a determinação de vontade, não por leis da natureza, mas consoante aos ditames da própria razão pura e também da razão prática, o que lhe possibilita ser livre.

De acordo com Hogemann (2010, p. 567):

Desse modo, ocorre convergência do conceito de liberdade com o de *pessoa*, na medida em que esta é um ser racional e seu agir deriva da vontade pura – ação de causação puramente racional – e consequentemente livre. A autonomia reduz-se à experiência inerente à própria subjetividade do indivíduo como realização de sua humanidade, o que implica o imperativo categórico de Kant no sentido de reconhecer, a partir da identidade de sua própria consciência, a existência da humanidade em si.

Nessa perspectiva, considerar o homem como fim em si é considerar cada homem como uma *pessoa*, isto é, como um valor absoluto e nunca como meio a atingir determinada

finalidade. O ser racional identifica-se com a razão e tal como esta, não deve estar subordinado a condições estranhas, a princípios externos.

Compreende-se, assim, que a *pessoa* se distingue de tudo o que, sob o nome de necessidades e de inclinações, constitui aquilo a que se chama individualidade. E por ser insubstituível em sua individualidade, o homem possui dignidade e não um preço. Daí Kant tira a máxima do imperativo moral que deve ordenar a conduta individual ou coletiva do ser humano e que prescreve, ao mesmo tempo, o respeito por si e o respeito pelos outros.⁵

Com Kant, firma-se, enfim, de forma nítida a noção de *pessoa*.

Entre os séculos XIII e XIX, visando a superar o dualismo entre corpo e alma, ainda prevalecente na filosofia, vem à tona a reflexão hegeliana sobre a individualidade.

Conforme salientado em Miguel Reale (1963, p. 103), ao dualismo essencial kantista entre ‘ser’ e ‘dever-ser’ “[...] contrapõe Hegel a unidade indissolúvel do pensamento com a realidade, de tal modo que o que deve ser não é senão um momento do devir de algo, pois, “aquilo que deve ser é, e, ao mesmo tempo não é”.

Enquanto que Kant concebe o dever-ser como peculiar tão somente à essência e à dignidade do homem, Hegel pensa-o como um momento da “destinação” dos seres em geral. (REALE, 1963).

Mas, conforme Reale (1963, p. 194), embora a filosofia postulada por Hegel tenha-se esforçado por superar, no plano da racionalidade concreta, a finitude e a infinitude do ser humano, o filósofo não atinge seu intento, “[...] inclusive por tomar como ponto de partida da objetivação ética uma abstração infecunda”, justamente por esvaziar o conceito de *pessoa* de seu conteúdo axiológico, esvaziado de substância.

O resultado dessa “concepção abstrata” da *pessoa* é o sacrifício da subjetividade, como tal, dentro de um contexto que não permite falar de *pessoa* em sentido ôntico.

Portanto, o pensamento kantiano haveria de ainda prevalecer no prenúncio da elaboração do conceito de *pessoa* no século XIX.

⁵ A principal fraqueza apontada na concepção de Kant, influenciada por seu idealismo, é o fato de estar atrelada a uma filosofia do sujeito ligada a um conceito “pré-social de pessoa”. Esse sujeito puramente individual, “autônomo e privado”, é visto como uma ilusão da ideologia burguesa e do seu jogo de espelhos, em que a um conceito atomista de pessoa corresponde um conceito contratualista e racional de sociedade. (KANT, 2009).

1.4 A *pessoa* nos séculos XIX e XX

Graças ao pensamento inovador de filósofos como Lotze, Brentano e Nietzsche, na segunda metade do século XIX, ficou claro que o bem e o mal não se encontravam confinados nos objetos ou ações exteriores à *pessoa*, mas resultam sempre de uma avaliação, isto é, da estima ou preferência que os bens têm na consciência de cada indivíduo, significando uma inter-relação entre sujeito e objeto, no sentido de que cada *pessoa* aprecia algo porque o objeto dessa apreciação tem objetivamente um valor. (COMPARATO, 2005).

Em contraposição, se o homem não cria valores do nada, também é verdade que a avaliação individual dos bens da vida varia enormemente, o que exige o consenso social sobre a força ética de uma tábua hierárquica de valores.

Os bens ou ações humanas não se organizam, apenas, numa oposição primária de valores e contravalores. Existe também, necessariamente, em toda sociedade organizada, uma hierarquia a ser considerada, dentro de cada série positiva ou negativa: há sempre bens ou ações humanas que, objetivamente, valem mais que outros, ou que representam contravalores mais acentuados que outros, como obstáculo ao desenvolvimento da personalidade humana. (COMPARATO, 2005, p. 26).

Foi este o eixo do conceito de *pessoa* no século XIX, quarta etapa histórica de nossa compreensão da *pessoa*, que, trazendo ideias valorativas e fundamentos éticos, consistiu no reconhecimento de que o homem é o único ser vivo capaz de dirigir a sua vida em função de suas preferências valorativas, por ser racional e possuir vontade e autonomia. Ou seja, a *pessoa* humana é, ao mesmo tempo, o legislador universal, em função dos valores éticos que aprecia, e o sujeito que se submete voluntariamente a essas normas valorativas. (COMPARATO, 2005).

Por isso, o Estado do século XIX:

[...] agrupa indivíduos autônomos, independentes, livres, dotados de igualdade política e jurídica. Como oposição ao Estado absoluto, consagram-se as liberdades e direitos dos indivíduos; estes, de súditos, deveriam ascender ao grau de cidadão. Daí, os valores desse Estado: garantia da liberdade, da convivência pacífica, da segurança, da propriedade. O Estado é instrumento de garantia dos direitos individuais, disso decorrendo sua utilidade e necessidade. (MEDAUAR, 2003, p. 80).

Como anota Ascensão (2008, p. 86), nos quadros do liberalismo que marcou este século, desenvolveu-se o individualismo, propício à propriedade dada à satisfação dos egoísmos individuais, e, em contraponto, movimentos igualmente materialistas, mas de sinal contrário, “[...] conducentes a uma luta de classes”.

Da evolução descrita, temos que há verdade em se afirmar que, na época moderna, o conceito de *pessoa* que era a resposta à pergunta “o que é o Homem” tornou-se, verdadeiramente, um termo interrogativo. *Persona* já nada responde quanto à realidade humana, torna-se, antes, uma interrogação acerca do homem.

Em que pese a desconstrução do conceito de *pessoa* ocorrido na Modernidade, fato é que, neste período, foram lançadas as bases do personalismo contemporâneo, presente, especialmente na primeira metade do século XX, quinta e última etapa na elaboração do conceito de *pessoa*, quando entra em cena o pensamento existencialista, segundo o qual cada indivíduo possui identidade inconfundível e singular: o existencialismo acentuou a *pessoa* como única e insubstituível, defendendo a sua unicidade. (COMPARATO, 2005).

De acordo com Comparato (2005, p. 26-27), reagindo contra a crescente despersonalização do homem no mundo, como reflexo da mecanização e burocratização da vida em sociedade, a reflexão filosófica da primeira metade do século XX acentuou o caráter único e, por isso mesmo, inigualável e irrepetível da *pessoa* individual.

Confirmando a visão da filosofia estóica, reconheceu-se que a essência da personalidade humana não se confunde com a função ou papel que cada qual exerce na vida. A *pessoa* não é personagem. A chamada qualificação *peçoal* (estado civil, nacionalidade, profissão, domicílio) é mera exterioridade, que nada diz da essência própria do indivíduo. Cada qual possui uma identidade singular, inconfundível com a de outro qualquer. Por isso, ninguém pode experimentar, existencialmente, a vida ou morte de outrem: são realidades únicas e insubstituíveis.

Em aparente contraste com a afirmação da unicidade da *pessoa* humana (pregada pelo existencialismo), o pensamento filosófico do século XX colocou em foco a realidade essencialmente relacional da vida, implicada, de certa forma, no inter-relacionamento sujeito/objeto.

Para Ortega y Gasset, por exemplo, a realidade foi a *pessoa* imersa no mundo: “*yo soy yo y mi circunstancia*”, entendendo-se como circunstância, no sentido étimo latino, aquilo que envolve e impregna minha vida, e sem o que ela seria propriamente inconcebível.

Heidegger, na mesma linha de pensamento, formulou como característica essencial da *pessoa*, o “ser-no-mundo” (*in-der-Welt-sein*), o modo de ser no mundo. (COMPARATO, 2005).

Segundo Comparato (2005), o pensamento filosófico atual, entretanto, retoma as proposições do filósofo renascentista Giovanni Pico Della Mirandola, cujas ideias, aparentemente circunscritas a um período determinado da história do pensamento (o Renascimento), ultrapassam esta perspectiva, alcançando validade atemporal. (LACERDA, 2010).

Em Mirandola aparece com força o antropocentrismo: o homem está “no meio do mundo” não em um sentido físico ou topográfico, mas em um sentido ontológico, pois a ele estão abertas possibilidades diversas para a sua própria realização.

Quem está “no meio”, afinal, tem mais facilidade para tomar qualquer direção. A existência humana não foi limitada por Deus a um destino único ou a uma só vontade. O homem está no meio para que ele possa escolher a sua direção, o seu caminho próprio, para que ele se torne o que quiser ser. (LACERDA, 2010, p. 20).

Em Mirandola deste modo, o homem, que não apenas está no mundo, mas que atua sobre o mundo, é um ser livre (a liberdade é o dom que teria recebido de Deus), árbitro e soberano de si mesmo. Por isso, a razão e a inteligência do homem não possuem exclusivamente um alcance ético, mas também um viés poiético (de *poiesis*, produção, fabricação). A natureza humana seria, pois, determinada pelo próprio homem, ou melhor, por cada homem considerado individualmente. (LACERDA, 2010).

Isso o leva a postular que o autoaperfeiçoamento, a capacidade de se tornar, pelo uso da razão, um “animal celeste”, próximo à máxima perfeição, é o que converte o homem em um ser digno, merecedor de respeito por parte dos outros homens. (LACERDA, 2010).

No esteio de Mirandola, a reflexão filosófica atual sobre a *pessoa* acentua a visão da *pessoa* não como algo permanente e imutável, mas como um ser em contínua transformação, portanto, incompleto, inacabado, evolutivo, isto é, mutável, e propriamente “[...] um vir-a-ser, contínuo devir”. (COMPARATO, 2005, p. 31).

Retomando a ideia expressa no apólogo de Pico de la Mirandola, Heidegger salienta que ser humano apresenta essa característica singular de um permanente incabamento (*eine ständige Unabgeschlossenheit*). Neste sentido, pode-se dizer que o homem é o único ser incompleto pela sua própria essência; ou seja, ele não tem

substância, no sentido clássico que o termo possui na filosofia grega, medieval e moderna. (COMPARATO, 2005, p. 33).

Com igual percepção, Stancioli (2010), entendendo a *pessoa* sob um viés transdisciplinar, alinha-se às reflexões filosóficas atuais que acentuam o caráter mutável da *pessoa*, demonstrado nas continuidades e rupturas da trajetória histórica deste conceito.

Para este autor, o conceito de *pessoa* deve ser investigado em certos elementos que o constituem, quais sejam: corpo, valor e elementos incontornáveis – autonomia, alteridade e dignidade. Segundo tal concepção, a *pessoa* seria um projeto inacabado, em construção intersubjetiva constante, uma vez que “[...] ser *pessoa* significa ser um fluxo de valores em eterna mudança”. (STANCIOLI, 2010, p. 125).

Segundo Comparato (2005), para a teoria jurídica e para o sistema de direitos humanos em particular, as consequências desta que seria a última etapa na elaboração do conceito de *pessoa humana* são muito relevantes, pois o caráter único, insubstituível de cada ser humano, de portador de um valor próprio, veio demonstrar que a dignidade da *pessoa* existe singularmente em todo indivíduo.

Com este horizonte, pode-se afirmar que a reflexão sobre a evolução da noção de *pessoa* (aqui levada a cabo em rápido compêndio) se justifica plenamente na medida em que, conforme Ascensão (2008), é a *pessoa* que ancora a dignidade, isto é, apenas a *pessoa* nos dá a razão da dignidade, assim como só ela nos permite apreender as consequências da dignidade.

A dignidade da *pessoa humana* é o tema do próximo Capítulo.

2 DIGNIDADE DA *PESSOA HUMANA*

A dignidade da pessoa humana é um imperativo ético existencial. Trata-se de uma dimensão inerente a toda pessoa humana que, como princípio simultaneamente lógico e ético, antecede o próprio ordenamento jurídico. (FACHIN e PIANOVSKI, 2008).

Conforme José Afonso da Silva (2010, p. 40), a dignidade da pessoa humana “[...] não é uma criação constitucional, pois ela é um desses conceitos a priori, um dado preexistente a toda experiência especulativa, tal como a própria pessoa humana”.

Consistindo em atributo que se refere ao ser humano concretamente considerado, como princípio, a dignidade da pessoa, imperativo que decorre de uma ética de alteridade (isto é, o reconhecimento do outro, do diferente, como igualmente digno) paira sobre o Direito e deve, necessariamente, informá-lo. (COELHO e MELLO, 2011; FACHIN e PIANOVSKI, 2008).

Entretanto, a dignidade da pessoa humana, consoante identificado pela doutrina, é um conceito de contornos vagos e imprecisos, caracterizado pela ambiguidade e porosidade, bem como por uma natureza necessariamente polissêmica. (SARLET, 2007). Para Barroso e Martel (2010), essa polissemia, de certa forma, funciona como um espelho: cada um projeta na dignidade a sua própria imagem de dignidade.

Daí poder afirmar-se não ser de todo despida de dificuldades a busca pelo alcance do conteúdo e significado (ou conteúdos e significados) da dignidade da *pessoa* humana e sua correspondente compreensão na ordem jurídica. Por essa razão, não é, conforme Sarlet (2007, p. 361), “[...] inteiramente destituída de qualquer fundamento racional e razoável a posição dos que refutam a possibilidade de uma definição, ou, pelo menos, de uma definição jurídica da dignidade”.

Ainda que não seja desejável reduzir a dignidade humana a um conceito fechado e plenamente determinado, localizar no tempo histórico o surgimento do que poderíamos designar como a primeira concepção fundamental de dignidade da pessoa humana é mister e oportuno, sobretudo para o exame da dignidade da pessoa contemporaneamente, bem como para a sua operacionalização no Direito.

Assim, é preciso, antes, uma reflexão, ainda que breve, sobre as raízes filosóficas da dignidade, pois, como afirma Sarlet (2007, p. 362):

[...] o reconhecimento e proteção da dignidade da pessoa pelo Direito resulta justamente de toda uma evolução do pensamento humano a respeito do que significa este ser humano e de que é a compreensão do que é ser pessoa e de quais os valores que lhe são inerentes que acabam por influenciar ou mesmo determinar o modo pelo qual o Direito reconhece e protege esta dignidade.

Nesse sentido, é preciso voltar a Immanuel Kant e a seus escritos, situados na Europa de fins do século XVIII. A sua concepção de dignidade, com a qual firmou incondicional compromisso e para a qual o conceito de *pessoa* auxilia sobremaneira, pode ser reputada como expressão fulcral da ideia de dignidade humana no pensamento Moderno. Segundo Fachin e Pianovski (2008, p. 106), a formulação expressa no imperativo categórico kantiano “[...] é traço relevante que reflete a pretensão emancipatória da Modernidade [...]”.

Ponto de convergência da maioria das reflexões da Modernidade, Kant exerce grande influência especialmente no Direito: até hoje a fórmula kantiana informa a grande maioria das conceituações jurídico-constitucionais da dignidade da *pessoa* humana. Daí porque dizer-se que ele é o grande filósofo da dignidade. (COELHO e MELLO, 2011; ROCHA, 2001).

2.1 Fundamentação filosófica: a importância de Kant

[...] a Filosofia se interessa por aquele instante em que a realidade natural (o mundo das coisas) e a histórica (o mundo dos homens) tornam-se estranhas, espantosas, incompreensíveis e enigmáticas, quando o senso comum já não sabe o que pensar e dizer e as ciências e artes ainda não sabem o que pensar e dizer. (CHAUÍ, 2010, p. 17).

O fundamento kantiano de dignidade repousa na ideia de uma dignidade própria à pessoa; na sua expressão essencial, dignidade significa que toda pessoa é um fim em si mesma, uma das enunciações do imperativo categórico de Kant. (BARROSO e MARTEL, 2010).

Em sua ética deontológica, Kant diz que o ser humano deve ser sempre tomado também como um fim, e não apenas como um meio, e que é um dever moral (resultante da razão) tratar as pessoas nessa perspectiva. Ou seja, ainda que como meio a pessoa seja tomada, simultaneamente, deverá ser tomada como um fim em si mesma.

Tal ideia é a condição de possibilidade do imperativo categórico kantiano, que impõe um agir que possa ser elevado, racionalmente, à condição de regra universal. (GIL, 2005; FACHIN e PIANOVSKI, 2008).

Com efeito, em sua “Fundamentação da Metafísica dos Costumes”, Kant formula o princípio geral que exprime o imperativo categórico “age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio”. (KANT, 2009, p. 66).

Este, por sua vez, estabelece o princípio basilar da dignidade da pessoa humana, isto é, “afirma a dignidade dos seres humanos como pessoas e, portanto, a exigência de que sejam tratados como fim da ação e jamais como meio ou como instrumento para nossos interesses”. (CHAUÍ, 2010, p. 395).

Kant distinguiu no mundo o que tem um preço e o que tem uma dignidade. O preço é conferido àquilo que se pode aquilatar, avaliar, até mesmo para a sua substituição ou troca por outra de igual valor e cuidado. Sendo meio, pode ser rendido por outro de igual valor e forma, “[...] suprimindo-se de idêntico modo a precisão a realizar o fim almejado”. (ROCHA, 2001, p. 51).

Já aquilo que tem uma dignidade, não tendo valoração, figura valor absoluto. Por sua condição, sobrepõe-se à mensuração, não se dando a ser meio uma vez que não é substituível. A dignidade é uma qualidade intrínseca que se sobrepõe a qualquer medida ou critério de fixação de preço. (ROCHA, 2001). Terá dignidade aquilo que não pode ser mensurado de modo a se lhe estabelecer preço. (FACHIN e PIANOVSKI, 2008).

Nessa esteira, o homem tem dignidade, pois esta é um valor a ele intrínseco, condição que justamente o faz superior às coisas. (FACHIN e PIANOVSKI, 2008). Deste modo, para Kant, toda pessoa é digna. “Essa singularidade fundamental e insubstituível é ínsita à condição do ser humano, qualifica-o nessa categoria e o põe acima de qualquer indagação”. (ROCHA, 2001, p. 52).

Pela perspectiva kantiana, a vida de qualquer ser humano tem um valor intrínseco. Ninguém está no mundo para atender aos propósitos de outra pessoa ou para servir a metas coletivas da sociedade. “O valor ou princípio da dignidade humana veda, precisamente, essa instrumentalização ou funcionalização de qualquer indivíduo”. (BARROSO e MARTEL, 2010, p. 36).⁶

⁶ Barroso e Martel (2010) colocam na afirmação, valor e princípio no mesmo patamar. Rizzatto Nunes (2010), por sua vez, distingue-os. Argumenta que, enquanto o valor é algo relativo, o princípio se impõe como um absoluto, como algo que não comporta qualquer espécie de relativização. Do ponto de vista jurídico, princípio consiste em um enunciado lógico, implícito ou explícito, que, por sua generalidade, ocupa posição proeminente nos horizontes do sistema jurídico, vinculando o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com ele se

A dignidade expressa no imperativo categórico kantiano refere-se substantivamente à esfera de proteção da pessoa como fim em si, e não como meio para a realização de objetivos de terceiros. “A dignidade afasta os seres humanos da condição de objetos à disposição de interesses alheios”. (VIEIRA, 2006, p. 67).

Em Kant, pois, a autonomia da vontade encontra centralidade na ideia de dignidade da natureza humana. É o seu fundamento, o seu princípio, bem como de toda natureza racional. (KANT, 2009). A dignidade, na visão kantiana, tem por fundamento a autonomia. (BARROSO, 2010).

Sustenta tal perspectiva o fato de que, para Kant, a pessoa possui, além da sua natureza fenomênica – essencialmente prática, que presta respeito à lei moral, conduzindo-o ao atendimento do dever – uma natureza noumênica, de validade subjetiva e de condição moral pela liberdade, possibilitando-o ser autônomo. (FERNANDES, 2010).

Para Kant, a dignidade da natureza humana é a própria capacidade da autonomia: em seus escritos, está explícito que a dignidade das *pessoas* provém da condição de serem moralmente autônomas e que, por isso, merece respeito – o cunho ontológico da dignidade, isto é, seu caráter inerente e intrínseco a todo ser humano, impõe que ela seja respeitada e promovida de modo universal. (GIL, 2005; BARROSO e MARTEL, 2010).

Segundo Stancioli (2004), Kant foi um primaz pensador da autonomia do ser humano, ao defendê-la como modelo moral para os indivíduos. Assumindo postura revolucionária, o filósofo acolhe a ideia de valorizar a autonomia do indivíduo não apenas por ser este um membro de uma sociedade (como defendeu Rousseau), mas porque a autonomia seria produto de uma liberdade transcendente do ser humano.

Barroso (2010, p. 17) afirma nesse sentido que a autonomia em Kant:

[...] expressa a vontade livre, a capacidade do indivíduo de se autodeterminar, em conformidade com a representação de certas leis. Note-se bem aqui, todavia, a singularidade da filosofia kantiana: a lei referida não é uma imposição externa (heterônoma), mas a que cada indivíduo dá a si mesmo.

Por conseguinte, a autonomia é sustentada por uma visão crítica inerente ao ser racional, que, para Kant, deve ser exercida em todas as situações da vida. (STANCIOLI,

conectam. Já Fachin e Pianovski (2008), no mesmo horizonte de Barroso e Martel (2010, p. 103), consideram que a dignidade da pessoa humana pode ser concebida sob a dúplici dimensão de princípio e de valor: “a sua dimensão axiológica permite afirmar uma prevalência *prima facie* do valor da dignidade a determinar toda concretização normativa, ainda que não se afirme uma prevalência formal *a priori* do princípio”.

2004). Esta perspectiva está expressa em excerto retirado de “Fundamentação da Metafísica de Costumes”, como segue:

A autonomia da vontade é a propriedade que a vontade possui de ser lei para si mesma (independentemente da natureza dos objetos do querer). O princípio da autonomia é, pois: escolher sempre de modo tal que as máximas de nossa escolha estejam compreendidas, ao mesmo tempo, como leis universais, no ato de querer. (KANT, 2009, p. 79).

É de se destacar, ainda, que, consoante Sarlet (2007), em Kant já existem elementos relevantes para uma compreensão da dignidade como categoria relacional e comunicativa. Tal categoria faz sentido, acima de tudo, no âmbito da intersubjetividade das relações humanas, mediante o reconhecimento recíproco do *ser pessoa*.

Kant deixou um legado incontestável.⁷ Mas, a despeito de limitações históricas, a verdadeira revolução promovida por Kant repousa em sua concepção de dignidade da natureza humana, elemento central de seus escritos, que, vinculada à noção de autonomia, é de extrema relevância tanto no plano ético quanto no jurídico.

Segundo Coelho e Mello (2011, p. 15), a proteção ética e jurídica do ser humano contra qualquer “objetificação” da sua existência e o respeito à sua condição de sujeito nas relações sociais e intersubjetivas “[...] são seguramente manifestações da concepção kantiana de dignidade da pessoa humana [...]”.

No campo do Direito, ainda hoje Kant é a referência central na Filosofia moral e jurídica, inclusive e especialmente na temática da dignidade humana. Vários autores, a exemplo de Ricardo Lobo Torres, se utilizam da expressão “virada kantiana” para se referirem à renovada influência de Kant no debate jurídico contemporâneo. (BARROSO, 2010).

Parafraseando Ingo Wolfgang Sarlet, Coelho e Mello (2011, p. 16) afirmam que:

Apesar do criticável excesso de antropocentrismo presente no pensamento kantiano, é justamente nele que a doutrina jurídica mais expressiva – nacional e alienígena – ainda hoje parece estar identificando as bases de fundamentação e, de certa forma, de uma conceituação da dignidade da pessoa humana.

⁷ Terra (2005, p. 17) destaca o legado das três críticas kantianas. Em “Crítica da Razão Pura”, questões vinculadas à crítica da metafísica e à análise das condições de possibilidades da ciência de seu tempo, que é a física de Newton. Em “Crítica da Razão Prática”, a ampliação e radicalização da autofundação da moral, na qual Kant elabora uma filosofia moral independente da religião e separada da ciência e da estética. Em “Crítica do Juízo”, o legado refere-se à abertura da possibilidade de se pensar o juízo estético, independente da religião, da ciência e da ética.

Importa destacar que, no plano político, a concepção kantiana de dignidade da natureza humana levou à noção de soberania popular articulada à noção de direitos humanos, outro legado fundamental para a filosofia dos direitos humanos, posteriormente desenvolvida por autores como John Rawls e Jürgen Habermas. (TERRA, 2005).⁸

Assim, conforme alerta Bragato (2010, p. 88), é da ideia da *dignidade humana* que decorre a justificação dos direitos humanos.

A maioria das interpretações contemporâneas sobre dignidade humana vem da célebre formulação kantiana que eleva a dignidade ao nível do incondicionado (mesmo que com ela não concordem em relação ao elemento subjetivo, que em Kant não é tão abrangente quanto parece), pois é o incondicionado de certos interesses humanos que justifica os “direitos humanos”.

Não por acaso, com o desenvolvimento da dignidade humana no âmbito da Filosofia kantiana, ela passa a se tornar, ao longo do século XX, um objetivo político.

2.2 O lugar da dignidade da *pessoa humana* no século XX

De uns trinta anos para cá assiste-se ao retorno aos valores como caminho para a superação dos positivismos. A partir do que se convencionou chamar de ‘virada kantiana’ (*kantische Wende*), isto é, a volta à influência da filosofia de Kant, deu-se a reaproximação entre ética e direito, com a fundamentação moral dos direitos humanos e com a busca da justiça fundada no imperativo categórico. O livro *A Theory of Justice de John Rawls*, publicado em 1971, constitui a certidão do renascimento dessas ideias. (TORRES, 2005, p. 41).

De conceito filosófico, e tendo neste âmbito Immanuel Kant como seu principal porta-voz, ao longo do tempo a ideia de dignidade da *pessoa humana* foi paulatinamente migrando para o mundo jurídico, em razão de dois movimentos: o surgimento de uma cultura pós-positivista, que reaproximou o Direito da Filosofia moral e da Filosofia política

⁸ Terra (2005, p. 18) afirma: “[...] o legado do pensamento político-jurídico kantiano é fundamental, porque Kant insiste o tempo todo no espaço público, na discussão no espaço público. Nesse sentido, há uma resistência contra todos os fundamentalismos. A postura kantiana é de abertura para as discussões públicas, e não para a violência pública. Kant quer articular os direitos liberais com os democráticos. Ele, o tempo todo, está querendo relacionar direitos humanos e soberania popular. Esse é o elemento fundamental do seu pensamento político”.

(atenuando a separação radical imposta pelo positivismo normativista); e a inclusão da dignidade da pessoa humana em diferentes documentos internacionais e constituições de Estados democráticos. (BARROSO, 2010).

No século XX, após a Segunda Guerra Mundial, a concepção kantiana de dignidade ressurgiu com extremo vigor e validade frente aos horrores cometidos.

Afirma Trindade (2011, p. 182) que o nazismo e os demais fascismos legislaram e agiram contra a humanidade, praticaram políticas racistas, xenófobas e imperialistas, dividiram pessoas e populações entre as que deveriam viver e as que precisariam ser abolidas, tentaram o extermínio, por métodos industriais, de povos inteiros, “e levaram 60 milhões de seres humanos a morrerem durante a guerra que deflagraram”.

Especialmente em relação ao nazismo, Rocha (2001, p. 52) avalia que:

Sem Auschwitz talvez a dignidade da *pessoa* humana não fosse, ainda, princípio matriz do direito contemporâneo. Mas tendo o homem produzido o holocausto não havia como ele deixar de produzir os anticorpos jurídicos contra a praga da degradação da pessoa por outras que podem destruí-la ao chegar ao poder. Como não se pode eliminar o Poder da sociedade política, havia de se erigir em fim do Direito e no Direito o homem com o seu direito fundamental à vida digna, limitando-se, desta forma, o exercício do Poder, que tanto cria quanto destrói.

Surge, assim, para o mundo a real importância da efetivação dos direitos humanos. Conforme Comparato (2005, p. 200), “as consciências se abriram, enfim, para o fato de que a sobrevivência da humanidade exigia a colaboração de todos os povos na reorganização das relações internacionais, com base no respeito incondicional à dignidade humana”. Não havia, pois, como não tornar-se, a dignidade da pessoa humana, um dos grandes consensos éticos do mundo Ocidental.

Afirma Rizzatto Nunes (2010, p. 28) que a experiência catastrófica da Segunda Guerra Mundial gerou um descolamento universal do Direito. “Constituiu-se, a partir daquela ocorrência, um novo modelo ético-jurídico. Foi erigida uma nova razão ético-jurídica-universal”.

Por isso a dignidade da pessoa humana migrou para o mundo do Direito como uma contingência que marcou a essência do próprio sistema sócio-político a ser traduzido no sistema jurídico. (ROCHA, 2001). É nesse contexto, de busca por novas estruturas jurídicas de âmbito internacional, que se começa a implantar um sistema mundial de proteção à dignidade do homem.

Com efeito, transformando-se em princípio, a dignidade da pessoa humana surge na Carta das Nações Unidas (ONU), de 1945, cujo preâmbulo mencionou que seus integrantes se declaravam, entre outros, resolvidos a preservar as gerações futuras do flagelo da guerra e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem e na dignidade e no valor do ser humano. (COMPARATO, 2001).

Surge, também, a seguir, na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, redigida sob o impacto das atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra. Seu artigo 1º – “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. São dotados de razão e de consciência e devem agir uns para com os outros num espírito de fraternidade” – representou o reconhecimento dos valores supremos da igualdade, liberdade e fraternidade entre os homens. (COMPARATO, 2005).

Segundo Trindade (2011, p. 191) o cerne da Declaração de 1948 consistiu no reconhecimento de que compõem o âmbito dos direitos humanos todas as dimensões que dizem respeito à vida com dignidade. Nesse esteio, no Direito:

[...] deixam de fazer sentido qualquer contradição, ou hierarquia, ou “sucessão” cronológica ou supostamente lógica entre os valores da liberdade (direitos civis e políticos) e da igualdade (direitos econômicos, sociais e culturais). Sob o olhar jurídico, os direitos humanos passaram a configurar uma unidade universal, indivisível, interdependente e inter-relacionada.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, ponto alto de um longo processo ético que começou com a Declaração de Independência dos Estados Unidos (1776) e passou pela Revolução Francesa (1789) e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (também de 1789), levou ao reconhecimento da igualdade essencial do ser humano em sua dignidade de pessoa. (COMPARATO, 2005).

Segundo Barros (2010a), com a Carta das Nações Unidas e a Declaração Universal dos Direitos Humanos inicia-se um processo de internacionalização dos direitos humanos, que teve como principal característica o estabelecimento do princípio da dignidade humana como referencial axiológico a ser respeitado por todos os Estados.

Tal processo formaria um sistema internacional global de proteção a esses direitos, ao qual seriam integrados sistemas nacionais que terminaram por complementá-lo. Afirmo Piovesan (2004) que, ao adotar o valor da primazia da pessoa humana, estes sistemas se complementaram para proporcionar a maior efetividade possível na tutela e promoção de

direitos fundamentais. O Direito Internacional dos direitos humanos é todo ele fundado no princípio maior da dignidade humana.

A partir de então, a dignidade da pessoa humana entranhou-se no constitucionalismo contemporâneo, pois a Declaração Universal dos Direitos Humanos, embora não constituindo tratado internacional, foi a vertente de muitos dos textos constitucionais subsequentes na parte relativa aos direitos fundamentais. (ROCHA, 2001).

As Constituições passaram a aplicar o princípio kantiano da humanidade, ao operar um câmbio semântico específico, verificando-se a passagem de um grau de significação a outro: a dignidade da pessoa, como princípio jurídico, passa a designar não apenas o “ser da pessoa”, mas a “humanidade da pessoa”:

[...] *dignitas* desprende-se de seu significado primeiro e é preenchida pelo sentido de *humanitas*. Digna não é a pessoa por ocupar um cargo, por ser merecedor de “honra pública”: dignas são todas as pessoas, pelo só fato de pertencerem ao gênero humano. *Dignitas*, no sentido contemporâneo, é *humanitas*, é o que é próprio do homem na sua condição de humano. (MARTINS-COSTA, 2003, p. 98 e 148).

Coube à Constituição alemã, de 1948, a primazia de prever, em seu artigo 1º, a inviolabilidade da dignidade humana, tornando-se a primeira a erigir como princípio fundamental do seu sistema, a proteção de dignidade da pessoa humana, “[...] em texto expresse e que se situa, topograficamente inclusive, como o primeiro dentre todos os que norteiam e embasam aquele povo”. (ROCHA, 2001, p. 54).

O dispositivo da Constituição alemã, de acordo com Barroso (2010), deu lugar a uma ampla jurisprudência, desenvolvida pelo Tribunal Constitucional Federal, que a alçou ao status de valor fundamental e centro axiológico de todo o sistema constitucional daquele país.

No fluxo do disposto na Declaração dos Direitos do Homem da ONU (1948) e na Constituição da Alemanha (1948), as menções ao princípio da dignidade da pessoa humana passaram a reiterar-se em outros textos constitucionais que se seguiram, especialmente quando da elaboração de Constituições que visaram a reconstruir a democracia após experiências de regimes autoritários, como foi o caso de Portugal, Espanha e Brasil. (ROCHA, 2001).

No Brasil, a Constituição Federal de 1988, que visou a instaurar um processo de redemocratização no País, faz menção explícita – de maneira inédita na história constitucional

brasileira – ao princípio da dignidade da pessoa humana logo em seu artigo 1º, inciso III, que elenca os fundamentos da República. (COELHO e MELLO, 2011).

Posto como fundamento da própria organização política do Estado Democrático de Direito, é, pois, nos termos do princípio da dignidade humana que se estrutura e se dá a desenvolver legitimamente a República Federativa do Brasil. Segundo Rocha (2001, p. 55):

A expressão daquele princípio como fundamento do Estado do Brasil quer significar, pois, que esse existe para o homem, para assegurar condições políticas, sociais, econômicas e jurídicas que permitam que ele atinja os seus fins; que o seu fim é o homem, como fim em si mesmo que é, quer dizer, como sujeito de dignidade, de razão digna e supremamente posta acima de todos os bens e coisas, inclusive do próprio Estado.

Sarlet (2006, p. 70) observa que o dispositivo que reconhece a dignidade como princípio constitucional no Brasil encerra normas que outorgam direitos subjetivos de cunho negativo (isto é, de não-violação da dignidade), impondo também condutas positivas ao cidadão no sentido de proteger e promover a dignidade, “[...] tudo a demonstrar a multiplicidade de normas contidas num mesmo dispositivo”.

Essa característica permite cogitar com Tepedino (2004, p. 48) que a escolha da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, associada ao objetivo fundamental de erradicação da pobreza e da marginalização, bem como de redução das desigualdades sociais, juntamente com a previsão do parágrafo 2º do artigo 5º, no sentido da não exclusão de quaisquer direitos e garantias, ainda que não expressos, mas decorrentes dos princípios adotados na Constituição, “[...] configura uma verdadeira cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, tomada como valor máximo pelo ordenamento”.

Na Constituição Federal, o princípio da dignidade da pessoa humana acaba por se constituir valor supremo do sistema jurídico brasileiro. (FACHIN e MELLO, 2008). Por conseguinte, a ele é outorgada precedência em face de outros princípios constitucionais, mesmo em caso de colisão de princípios.⁹

De acordo com Barroso (2010), muito embora em determinados contextos aspectos especialmente relevantes da dignidade possam ser sacrificados em prol de outros valores

⁹ Embora não tratando especificamente da dignidade da pessoa, Alexy (2008, p. 93) leciona que: “Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e de acordo com outro permitido – um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições, a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta”.

individuais ou sociais (por exemplo, na pena privativa de liberdade, na expulsão de estrangeiro ou na proibição de certas formas de expressão), é certo que ela deverá ter precedência na maior parte das situações em que entre em rota de colisão com outros princípios.

O mesmo entendimento está expresso nas palavras de Sarlet (2006, p. 71-72):

A qualificação da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental traduz a certeza de que o artigo 1º, Inciso III, da Constituição Federal de 1988, não contém apenas (embora também e acima de tudo) uma declaração de conteúdo ético e moral, mas que constitui norma jurídica-positiva dotada, em sua plenitude, de status constitucional formal e material e, como tal, inequivocamente carregado de eficácia, alcançando, portanto, a condição de valor jurídico fundamental da comunidade.

Importa considerar, nesse contexto, que na sua qualidade de princípio fundamental, a dignidade humana constitui valor-guia não apenas dos direitos fundamentais, mas de toda a ordem jurídica (constitucional e infraconstitucional), razão pela qual, para muitos, se justifica plenamente sua caracterização como princípio constitucional de maior hierarquia axiológico-valorativa. (grifo nosso).

Outro aspecto do princípio da dignidade humana na Constituição Federal brasileira mencionado por Rocha (2001) diz respeito à sua conjugação com a ideia de cidadania, ali elencada como outro fundamento do Estado brasileiro.

Para Rocha (2001), tal conjugação evita que o individualismo seja tomado de forma exacerbada, o que conduz a uma condição social na qual se afirmam os interesses e bens de toda a coletividade. Além disso, impede que se possa pensar o sistema como um embaraço à liberdade política democrática de todos e, de outra parte, que caprichos individuais possam segregar grupos ou pessoa, ou que grandes debates percam a dimensão da humanidade presente em cada um deles.

Daí a importância de se interpretarem os princípios contidos no art. 3º da Constituição da República brasileira acoplados àqueles do art. 1º, inclusive ao da dignidade da pessoa humana, de que eles são emanção e complementação, porque impeditivos do pensamento individualista que conduziria aos perigos de retorno ao exagero interpretativo que poderia findar por impedir a plena concretização daquele princípio ao invés de aperfeiçoá-lo em sua dimensão mais humana e integral para todos os homens que compõem a sociedade. (ROCHA, 2001, p. 55).

Diga-se, por fim, que a eleição do princípio da dignidade humana pela Constituição como um axioma jurídico coaduna-se com a opção pelo regime democrático.

Segundo Rocha (2001), a democracia tem seu fundamento no homem e nele faz repousar a sua finalidade, pelo que a dignidade da pessoa é seu núcleo central e referencial. Por isso, sem dignidade não há democracia e sem respeito à dignidade da pessoa humana também não há que se cogitar Poder exercido com legitimidade.

Apenas nas décadas finais do século XX a dignidade torna-se conceito jurídico deontológico, no dizer de Barroso (2010, p. 10), expressão de um dever-ser normativo, e não apenas moral ou político e, em consequência, sindicável perante o Poder Judiciário. “Ao viajar da filosofia para o Direito, a dignidade humana, sem deixar de ser um valor moral fundamental, ganha também status de princípio jurídico de estatura constitucional”.

2.3 Efeitos do princípio da dignidade da *pessoa* humana elevado a vetor fundamental

A elevação do princípio da dignidade da pessoa humana a vetor fundamental, além de modificar parcialmente os textos fundamentais dos Estados contemporâneos, traduziu um novo momento do conteúdo do Direito, o qual passou a ter a sua vertente no valor supremo da pessoa humana, “[...] considerada em sua dignidade incontornável, inquestionável e impositiva” (ROCHA, 2001, p. 54).

Conforme Rocha (2001), instaurou-se uma nova forma de o Direito considerar o homem e o que por ele se pode fazer numa sociedade política; uma nova forma de pensar e experimentar a relação sócio-política baseada no sistema jurídico.

Por força da juridicização do conceito de dignidade da pessoa, “[...] o próprio Direito foi repensado, reelaborado e diversamente aplicadas foram as suas normas, especialmente pelos Tribunais Constitucionais”. A dignidade humana passou a ser princípio e fim do Direito produzido e dado à observância no plano internacional e nos planos nacionais. (ROCHA, 2001, p. 54).

Nessa perspectiva, as Constituições surgiram com uma nova concepção, alterando-se o modelo-jurídico constitucional, “[...] que passa, então, de um paradigma de preceitos, antes vigente, para um figurino normativo de princípios”. (ROCHA, 2001, p. 54).

A constitucionalização do princípio da dignidade da pessoa humana modifica, em sua raiz, toda a construção jurídica: ele impregna toda a elaboração do Direito, porque ele é o elemento fundante da ordem constitucionalizada e posta na base do sistema. Logo, a dignidade da pessoa humana é o princípio havido como superprincípio constitucional, aquele no qual se fundam todas as escolhas políticas

estratificadas no modelo de Direito plasmado na formulação textual da Constituição. (ROCHA, 2001, p. 55).

Posto como fonte ética e de unidade de sentido dos sistemas constitucionais, o princípio da dignidade humana adquiriu, ainda, novas e numerosas projeções, que vão desde o reconhecimento do ser humano como pessoa, independentemente dos seus comportamentos sociais ou da capacidade de autodeterminação, “[...] até a concepção de igual dignidade de todos os homens e mulheres como parte integrante da família humana”. (BARROS, 2010a, p. 63).

Sem dúvida, esta consagração caminhou simultaneamente com o aperfeiçoamento do sistema internacional de proteção aos direitos humanos, sendo que:

Enquanto esses projetavam, no âmbito internacional, a vertente de um constitucionalismo global destinado à proteção dos direitos fundamentais e à limitação do poder estatal (exatamente os lemas do constitucionalismo do século XVIII), a dignidade da pessoa humana projetava, no âmbito do Direito Constitucional, novos referenciais axiológicos de justiça baseados no respeito da pessoa humana. (BARROS, 2010a, p. 63).

Descrita como um fenômeno cuja existência é anterior e externa à ordem jurídica, a dignidade da pessoa humana representa hodiernamente pressuposto de qualquer regime jurídico das sociedades democráticas, pois opera tanto como princípio axiológico fundamental, quanto como limite ao próprio poder estatal.

Frisa-se, no entanto, que, além da vinculação do Estado, também as relações em sociedade passaram a vincular-se diretamente pelo princípio da dignidade da pessoa humana, “[...] o que implica a existência de deveres de proteção e respeito também na esfera das relações entre particulares”. (COELHO e MELLO, 2011, p. 17).

Significa dizer que o princípio da dignidade humana, além de afigurar-se como vetor fundamental no Direito Público, também ocupa esta posição no Direito Privado, inclusive porque superada a tradicional separação entre ambos. Ou seja, a todos os ramos do Direito, aí incluído o Direito Privado, impõe-se uma hermenêutica orientada pelo texto constitucional, com “[...] aplicação direta e efetiva dos valores e princípios da Constituição, não apenas na relação Estado-indivíduo, mas também na relação interindividual, situada no âmbito dos modelos próprios do Direito Privado”. (MORAES, 1991, p. 66-67).

Na seara do Direito Civil, a revitalização do conhecimento jurídico promovida pelos textos constitucionais e pela doutrina constitucionalizada, permitiu aos civilistas “[...] refundir os direitos fundamentais, originalmente erigidos contra o Estado, com os direitos de cunho privado, para destacarem o seu núcleo comum, localizado na dignidade humana”. (GEDIEL, 2000, p. 6).

Obrigando-se, o Direito Civil, a atender ao princípio da dignidade humana, torna-se imperiosa uma releitura de seus institutos fundamentais, pois se a dignidade refere-se à *pessoa* em uma dimensão de intersubjetividade, deve passar necessariamente pelas disciplinas das relações concretas de coexistencialidade. (FACHIN, e PIANOVSKI, 2008).

Deste modo:

Sendo o princípio da dignidade da pessoa humana um componente ético-jurídico inafastável ao qual se subordina todo o direito é estreme de dúvida que, também no âmbito do Direito Civil, impõe-se uma releitura dos institutos com vista a preservar e promover a dignidade da pessoa humana. As relações entre particulares [...] subordinam-se ao pressuposto que é o respeito à pessoa do outro, tomado como sujeito concreto, dotado de dignidade. (FACHIN e PIANOVSKI, 2008, p. 104).

Essa releitura é proveniente da constitucionalização do Direito Civil – na qual a dignidade da pessoa humana é soerguida à condição de um dos fundamentos das constituições contemporâneas, extinguindo o antagonismo entre Direito Público e Direito Privado – processo de elevação ao plano constitucional dos princípios fundamentais do Direito Civil. (MORAES, 1991; LÔBO, 1999).

Afirma Lôbo (1999, p. 108) que, entendida como a inserção constitucional dos fundamentos de validade jurídica das relações civis, a constitucionalização do Direito Civil é mais do que um critério hermenêutico formal. “Constitui a etapa mais importante do processo de transformação, ou de mudanças de paradigmas, por que passou o Direito Civil, no trânsito do Estado liberal para o Estado social”. O Direito Civil deve, pois, ser concebido como ‘serviço da vida’ a partir da sua raiz antropocêntrica. (FACHIN, 2000).

E tem (a releitura) como consequência o posicionamento da pessoa humana no centro da disciplina civilista, mesmo quando se estiver diante de situações centradas no patrimônio. De acordo com Meireles (2009, p. 12), “a chamada despatrimonialização do direito privado é corolário direto do direito civil-constitucional”.

Outrossim, concorre para a ‘repersonalização’ do Direito Civil, fenômeno que, de acordo com Eroulths Cortiano Junior (1998, p. 41) “vai se impondo como resposta à ordem criada, e que não mais se encaixa na moldura dos fatos tampouco nas esperanças do homem”, porque o Direito “não está apenas centrado funcionalmente em torno do conceito de pessoa, mas também seu sentido e sua finalidade são a proteção da pessoa”.

A repersonalização do Direito Civil nada mais é do que colocar a pessoa humana no centro de suas preocupações, acentuando a sua raiz antropocêntrica e sua ligação visceral com a *pessoa* e seus direitos, e revisitando, de algum modo, a ideia kantiana de que o ser humano é dotado de dignidade e que constitui um fim em si próprio.¹⁰ (LÔBO, 1999; FACHIN e PIANOVSKI, 2008).

Com efeito, de acordo com Lôbo (1999, p. 103) a repersonalização reencontra a trajetória da longa história da emancipação humana, “[...] no sentido de repor a pessoa humana como centro do direito civil, passando o patrimônio ao papel de coadjuvante, nem sempre necessário”. É como o discurso de Cortiano Junior (1998, p. 32-33), segundo o qual:

No âmbito do direito privado deixa-se (*rectius*: está se deixando) 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 pelo que elas representam em si mesmas, 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 dos 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.

Segundo Silva Filho (2008), quando se pensa em repersonalização do Direito Civil, é preciso ter em mente que a pessoa, ao ser considerada titular de direitos e capaz de deveres e obrigações, não pode ser tida como um universal racional, mas, também e paradoxalmente, como um particular concreto, uma vez que há inúmeros aspectos reais da vida em relação que não estão contemplados nos recortes funcionais e abstratos da teoria jurídica e que só podem ser percebidos na dimensão concreta da existencialidade.

¹⁰ Diz-se ‘de algum modo’ porque, conforme Barroso (2010), o tratamento contemporâneo da dignidade da pessoa humana incorporou boa parte das ideias de Kant, mas refinou-as, e porque, de acordo com Lôbo (1999), o conteúdo conceptual, a natureza e as finalidades dos institutos básicos do Direito Civil, notadamente família, propriedade e contrato, não são mais os mesmos que vieram do individualismo jurídico e da ideologia liberal oitocentista.

Este autor compreende o fenômeno da repersonalização do Direito Civil como resultante do debate em torno da subjetividade jurídica, que considera rico e promissor, em função das seguintes razões:

- (i) A subjetividade humana se aloja no clássico campo de discussão do tema no Direito, pois é especialmente com relação ao âmbito do Direito Civil que temas como sujeito de direito e direito subjetivo são tradicionalmente desenvolvidos;
- (ii) Projeta-se explicitamente o foco sobre a *pessoa*, abrindo-se claro espaço para resgatar a reflexão filosófico-moral no Direito;
- (iii) A repersonalização do Direito Civil indica a necessidade de ir além da noção de *pessoa* que predominou no jusnaturalismo moderno, apontando para uma noção que faça jus à dimensão concreta, histórica e relacional da *pessoa* humana; e
- (iv) Tal direção articula-se fortemente com o surgimento e fortalecimento de um novo constitucionalismo, visceralmente comprometido, especialmente em países de capitalismo periférico como o Brasil, com a transformação da sociedade e com o aprimoramento da dimensão republicana e comunitária. (SILVA FILHO, 2008, p. 255).

Avalia Silva Filho (2008, p. 271) que, para além dos aspectos acima mencionados, a repersonalização do Direito Civil leva à percepção de um novo constitucionalismo, voltado para a construção do Estado Democrático de Direito:

[...] no qual o vocábulo “democrático” nos remete para a manutenção da abertura de nossas representações jurídicas, da hospitalidade diante do que é sempre cambiante, existencial e diferente, na convicção de que a democracia é a situação comunitária que permite o contato com a diferença sem que esta seja tida como inferioridade ou irrelevância, ou ainda algo que não se percebe pois é sufocado.

O desafio que se coloca aos civilistas, pois, é a capacidade de ver a pessoa em toda a sua dimensão ontológica: a restauração da primazia da pessoa humana, nas relações civis “[...] é a condição primeira de adequação do direito à realidade e aos fundamentos constitucionais”. (LÔBO, 1999, p. 103).

O princípio da dignidade humana, neste âmbito, promove a ênfase em valores existenciais e do espírito, bem como o reconhecimento e desenvolvimento dos direitos da personalidade, tanto em sua dimensão física quanto psíquica. (BARROSO, 2006).

Esta perspectiva orienta-nos ao terceiro Capítulo do estudo.

3 PERSONALIDADE

Todo ser é ele próprio, sob pena de não ser o que é. O próprio de um ser é o que determina que ele seja o que efetivamente é. Portanto, o próprio é constitutivo do ser, não necessitando de outro fundamento além do fundamento de ser, de existir. (TELLES JUNIOR, 2005, p. 143).

3.1 Breve percurso histórico: reflexão sobre personalidade e capacidade

Segundo Martins-Costa (2000), o discurso jurídico é sempre um discurso conotado. Daí porque ‘pessoa’, ‘sujeito’ e ‘personalidade’ são palavras que possuem diversas conotações no tempo e no espaço.

Termos concernentes à personalidade já circulavam entre os gregos e romanos (personagem/personalidade). Por outro lado, a sofisticada criação que atribuiu personalidade ao indivíduo humano, qualificando-o como *pessoa*, deveu-se à tradição teológica cristã – Charles Taylor, por exemplo, observa a presença de subjetividade já em Santo Agostinho, século IV. (STANCIOLI, 2004; SANTI, 2005).

A leitura cristã do ser humano, por sua vez, atribuindo-lhe pessoalidade, foi fundamental para que a Filosofia e o Direito Ocidental desenvolvessem a proteção da personalidade, conceitos que foram paulatinamente secularizados, especialmente a partir da Modernidade. (STANCIOLI, 2004).

Na Modernidade, opera-se o antropocentrismo, isto é, o ‘eu moderno’. Conforme Santi (2005, p. 12):

Deus parece ter se afastado para o céu, deixando o mundo a cargo dos homens. Na Idade Média, é muito comum a representação plástica do mundo como uma esfera cujo centro é Deus, Cristo ou, o que é menos ortodoxo, a virgem Maria; já no Renascimento, há inúmeras representações do mundo nas quais Deus paira sobre ele, que tem agora ao centro o próprio homem.

Na Modernidade, exsurge, pois, uma nova valorização do ser humano, bem como a imposição de que ele construa a sua existência e descubra valores segundo os quais viver, pois ele é um ser individual e autoconsciente. No contexto de uma subjetividade privada, a ideia de liberdade do homem e de sua posição como centro do mundo está incluída. Criam-se, então,

mecanismos para o domínio da formação do ‘eu’, isto é, para os seus ‘modos de ser’. (SANTI, 2005).

No século XVIII esse antropocentrismo passa a ser altamente criticado. E, na passagem do século XVIII para o XIX, a dimensão de interioridade do sujeito adquire extremo refinamento. Com isso, a afirmação do sujeito e da personalidade, cujo ponto máximo localizou-se no século XVII, inicia um longo processo de crise que perduraria pelo século XIX. (SANTI, 2005).

De fato, no discurso pandectista do século XIX, a palavra ‘sujeito’ depreendeu-se das subjetividades e conotou-se a uma ideia externa, objetivada – à ideia de um sujeito visto tão somente como termo ou elemento da relação jurídica, isto é, como aquele que pode (e é capaz de) ser titular de direitos, atuando na ordem jurídica. O sujeito passou a ser visto como indivíduo – “[...] porque não mais definido pela pertença a um grupo, casta, classe, família, status, porque apartado (dividido) de um todo, de uma comunidade que o ultrapassa [...]” – significações reveladoras da uma ‘lógica proprietária’ que revestiu a ideia de pessoa humana. (MARTINS-COSTA, 2000, p. 234).

De acordo com Martins-Costa (2000), uma vez submergida a ideia de *pessoa* na de indivíduo, e não visualizada a ideia de personalidade, a esta (personalidade) conotou-se o conceito técnico de capacidade, traçando-se “tramas semânticas” que acabaram fundindo o “ser *pessoa*” com o “ser capaz de adquirir direitos e contrair obrigações”. Em outras palavras, “instrumentalizou-se a personalidade humana, reproduziu-se, na sua conceituação, a lógica do mercado, o que conduziu à desvalorização existencial da ideia jurídica de pessoa, para torná-la mero instrumento da técnica do Direito [...]”. (p. 234).

À definição de personalidade empregou-se, pois, uma conotação de capacidade como antecedente lógico de todo direito subjetivo, como pré-condição ou pressuposto de todos os direitos.

Surgido no âmbito do direito privado, o conceito de capacidade, como requisito do negócio jurídico, veio atender, em sua gênese, à necessidade de segurança nas relações contratuais. Da aplicação desse conceito decorre que a validade dos negócios jurídicos, assim como seus efeitos, “[...] é primordialmente condicionada a um *modo de ser* da pessoa que pretende praticá-los ou que já os praticou”. (TEIXEIRA, 2009, p. 29).¹¹

¹¹ Este *modo de ser* da pessoa, um dos pressupostos de validade do negócio jurídico, conquanto tenha surgido como exigência de segurança e estabilidade das relações privadas, foi, posteriormente, alçado à categoria de norma de ordem pública, sendo, nesta condição, inderrogável por iniciativa privada. (TEIXEIRA, 2009). (grifos do autor).

Se, ao contrário, a pessoa humana valorada tão somente por si e pelo exclusivo fato de ser humana – “isto é, a pessoa em sua irreduzível subjetividade e dignidade, dotada de personalidade singular” – estivesse em primeiro plano, a dimensão existencial, e não a patrimonial, teria sobressaído nessa época. (MARTINS-COSTA, 2000, p. 234).

Por consequência, se a dimensão ligada fundamentalmente à proteção da pessoa e da personalidade humana “e daquilo que é seu atributo específico, a qualidade do ser humano”, fosse primordialmente considerada, o Direito teria construído princípios e regras de tutela da dimensão existencial desde então. (MARTINS-COSTA, 2000, p. 235).

Até meados do século XX, no entanto, prevaleceu o entendimento de que a personalidade do ser humano é acoplada à sua capacidade de direitos. Ou seja, a pessoa foi compreendida apenas como componente de uma relação jurídica, “[...] ante a noção de personalidade estar voltada ao contexto de *capacidade de direito* [...]”. (GODOY e LIGERO, 2006, p. 3). (grifos dos autores).

Tal entendimento, apesar de superado, como varemos mais adiante, ainda se encontra presente em parte da doutrina, que entende personalidade e capacidade jurídica como categorias jurídicas sinônimas.

Leciona Teixeira (2009) que, tradicionalmente, o conceito de capacidade civil associa-se a duas noções que, até certo ponto, complementam-se uma à outra.

Trata-se, em primeiro lugar, da ideia de aptidão, inerente ao ser considerado *pessoa*, para a aquisição e gozo dos mais variados direitos subjetivos, sendo essa sua condição no mundo. Essa aptidão para o gozo de direitos, própria do ser humano, é também referida como idoneidade para a aquisição e titularidade de direitos. Em um segundo momento, o conceito de capacidade mostra-se relacionado à noção de discernimento, isto é, a aptidão da pessoa em distinguir o que é bom do que é mau, o que é lícito do que não é.

Essas duas noções – a de aptidão, ou idoneidade, e a de discernimento – correspondem, em última análise, às duas macro-unidades semânticas que, conforme a tradição jurídica ocidental, conferem ao conceito de capacidade civil o seu significado mais amplo: a capacidade jurídica (*capacidade de gozo*) e a capacidade de agir, capacidade de exercício, ou, ainda, capacidade de fato. Alguns juristas, ao mesmo tempo em que associam ao conceito de capacidade jurídica a noção de aptidão/idoneidade da pessoa para a aquisição e gozo dos mais variados direitos subjetivos, consideram-no idêntico ao conceito de personalidade jurídica. (TEIXEIRA, 2009, p. 32). (grifos do autor).

Assim, muitas vezes os conceitos de personalidade e de capacidade – gênero da qual são espécies a capacidade de direito ou de gozo (aptidão para adquirir direitos e obrigações) e capacidade de fato ou de exercício (aptidão para efetivar esses direitos e obrigações) – são equiparados. A doutrina civilista tradicional entende personalidade como aptidão, reconhecida pela ordem jurídica a alguém, para exercer direitos e contrair obrigações.

Ocorre que personalidade e capacidade, embora sejam conceitos conexos e aproximados – a capacidade de direito é uma decorrência da personalidade, que é incondicional. Sem personalidade não há, pois, capacidade jurídica – são categorias jurídicas que se distinguem, não se equivalendo tampouco se confundindo. Conforme Capelo de Souza (1995, p. 106):

[...] os institutos da personalidade e da capacidade jurídicas interpenetram-se, sem se confundirem, com o bem da personalidade humana juridicamente relevante, na medida em que os valores jurídicos que aqueles institutos incorporam são reabsorvidos também no bem jurídico da personalidade, enquanto objecto da tutela geral referida. Concretizando, o bem jurídico da personalidade reivindica a incorpora um direito ao bem da personalidade jurídica plena e clama, consequência ou postula o bem de uma capacidade jurídica extensa.

Segundo Eberle (2006), personalidade é uma qualidade essencial que torna possível ao homem ou a determinados entes figurar em relações jurídicas como sujeitos de direito. Difere da chamada ‘personalidade social’, totalidade ontológica do indivíduo, por encerrar em si apenas situações, circunstâncias, papéis ou funções previamente definidos como juridicamente relevantes e que encontram repercussão no meio social.

Ao reconhecer a condição de pessoa ao homem, o legislador, na verdade, atesta que esse homem é o foco central das atenções do Direito. A personalidade, nessa circunstância, revela-se instrumento direto de efetivação e plenificação dos intentos humanos. (EBERLE, 2006, p. 32).

Com igual percepção, Pedro Pais de Vasconcelos (2006, p. 47) afirma que personalidade, “a qualidade de ser pessoa”, é uma qualidade de relevância jurídica crucial, pois todo o Direito é construído a partir dela e a seu propósito.

A personalidade jurídica é, assim, a qualidade de ser pessoa, que o Direito reconhece a todas as pessoas pelo simples facto de o serem, que se traduz no necessário tratamento jurídico das pessoas como pessoas, isto é, como sujeito e não como objecto de direitos e deveres, como originariamente dotadas de dignidade inviolável de pessoas humanas, que o Direito não pode deixar de respeitar e que constitui um dado extralegal, de Direito Natural. (VASCONCELOS, 2005, p. 37).

Já a capacidade define-se pela possibilidade de assunção de direitos e obrigações na ordem jurídica. Segundo Ribeiro da Silva (2008),¹² a capacidade de direito é a aptidão para ser sujeito de direitos, para a ocupação de pólos subjetivos em uma relação jurídica determinada. É, enfim, a condição prévia para a titularidade de direitos: só quem é capaz de direitos pode deter a titularidade dos mesmos.

Nesta esteira, a susceptibilidade de ser titular de direitos e obrigações, de situações jurídicas ativas e passivas, “[...] é uma consequência que decorre da personalidade jurídica, isto é, da constatação pelo Direito da qualidade de ser pessoa humana”. (VASCONCELOS, 2005, p. 37).

De outro modo, se, como informa Eberle (2006), a personalidade designa a suscetibilidade de ser titular de direitos e de ser sujeito a obrigações consideradas em si mesmas, a capacidade jurídica representa a medida dessa aptidão. Ou seja, enquanto a personalidade é eminentemente um conceito qualitativo, a capacidade de direito consiste em conceito quantitativo desse atributo, representando o conteúdo quantificável da propensão à aquisição de direitos e deveres.

A personalidade é abstrata, a capacidade concreta, suscetível de quantificação, considerações que reafirmam a diferença substancial entre esses conceitos. (RÉ, 2007). Assim, esses conceitos não se confundem. Segundo Teixeira (2009, p. 34 e 37):

Com efeito, personalidade e capacidade são institutos essencialmente distintos. Enquanto aquele se refere ao *modo de ser* da pessoa, isto é, ao complexo de qualidades e características que lhe garantem as mais variadas possibilidades de *emanações* e *prolongamentos* no mundo que a circunda, tornando-a assim um ser único e distinguível dos demais, o conceito de capacidade trata de atribuir-lhe, por sua própria condição, a titularidade de direitos, pretensões, ações e exceções, como também a potencialidade para ser sujeito (passivo) de deveres, obrigações, ações e exceções, qualificando-a juridicamente. [...].

Personalidade jurídica não significa propriamente aptidão para ser titular de direitos, mas sim o *modo de ser* da pessoa (o modo como ela se relaciona no mundo e o modo como os outros a veem no mundo). Capacidade jurídica sim é a aptidão, a

¹² <http://www.ribeirodasilva.pro.br/teoriadasincapacidades.html>

qualidade jurídica própria do ser considerado *pessoa*, para ser titular de direitos, enquanto a assunção de obrigações e deveres, [...]. (grifos do autor).

No Brasil, Miguel Reale (2009, p. 216-217), com arguta sensibilidade, há muito já detectara a distinção entre os conceitos de *personalidade* e *capacidade* ao declarar que:

Em sentido amplo, poderíamos estabelecer uma sinonímia entre “personalidade” e “capacidade”. A personalidade é a capacidade *in abstracto* de ser sujeito de direitos ou obrigações, ou seja, de exercer determinadas atividades e de cumprir determinados deveres decorrentes da convivência em sociedade. O conceito de capacidade, em sentido estrito e próprio, não se confunde, porém, com o de personalidade. A palavra “capacidade” por si mesma está dizendo que ela indica uma extensão do exercício da personalidade, como que a *medida da personalidade em concreto*. (grifos do autor).

No percurso histórico, a diferença entre esses institutos jurídicos ficou evidente após a consagração do princípio da dignidade da pessoa humana como vetor fundamental em documentos internacionais e nas Constituições democráticas do pós-Segunda Guerra Mundial, quando em contrapartida à barbárie valorizou-se a dimensão existencial da pessoa. (MARTINS-COSTA, 2000).

Com isso, operou-se um câmbio semântico específico, isto é, a passagem de um grau de significação a outro: a dignidade da pessoa, como princípio jurídico vai designar não apenas o “ser da *pessoa*”, mas a “humanidade da *pessoa*”, vista de uma perspectiva que não a confunde conceitualmente com o *sujeito capaz juridicamente* nem com o indivíduo atomisticamente considerando. Diversamente, significa “[...] a reunião simbólica de todos os homens naquilo que eles têm em comum, a saber, a sua qualidade de seres humanos”. (MARTINS-COSTA, 2000, p. 235).

A identificação entre personalidade e capacidade foi substancialmente alterada. Com o reconhecimento da dignidade própria à pessoa humana, passou a afirmar-se o valor da pessoa como titular de sua própria esfera de personalidade “[...] que, antes de ser vista como mero suposto do conceito técnico de capacidade”. (MARTINS-COSTA, 2000, p. 235).

Conforme Martins-Costa (2000, p. 235):

[...] mais do que uma “vazia expressão”, como poderiam pensar os que estão ainda aferrados à concepção legalista estrita do ordenamento jurídico, a afirmação do

princípio, que nos mais diferentes países tem sido visto como um princípio estruturante da ordem constitucional – apontando-se-lhe inclusive um valor “refundante” da inteira disciplina privada – significa que a personalidade humana não é redutível, nem mesmo por ficção jurídica, apenas à sua esfera patrimonial, possuindo dimensão existencial valorada juridicamente na medida em que a *pessoa*, considerada em si e em (por) sua humanidade, constitui o “valor fonte” que anima e justifica a própria existência de um ordenamento jurídico.

É esse entendimento que norteia a visão atual sobre *personalidade*, até porque a orientação segundo a qual o conceito de personalidade restringe-se à mera possibilidade de o indivíduo ter condições de agir no universo jurídico é discriminatória e excludente. (RODRIGUES, 2003).¹³

A valoração da pessoa em sua dignidade determina o conceito de personalidade. O valor que hodiernamente recai sobre a personalidade enaltece a figura do homem, assim como coloca a acepção natural do termo num patamar mais elevado do que a acepção técnico-jurídica.

No Brasil, como anotam Cortiano Junior *et al* (2009), em observância à Constituição Federal, é preciso separar a personalidade (expressão da dignidade da pessoa humana) da capacidade de ser sujeito de direitos e obrigações, pois a Carta tem seu fundamento na dignidade da pessoa humana, estatuinto como cláusula geral a tutela e a promoção da pessoa.

Isso confirma Tepedino (2002, p. 34), segundo o qual apenas no sentido tradicional é possível identificar as noções de *personalidade* e *capacidade* em equiparação, visto que havia justificativa. Hoje, contudo, tal equiparação suscita inconveniente conceitual grave, na medida em que a personalidade se torna objeto de tutela jurídica. Para evitar semelhante confusão conceitual, a doutrina contemporânea “[...] aparta a noção de subjetividade daquela de personalidade, esta expressão da dignidade da pessoa humana e objeto de tutela privilegiada pela ordem jurídica constitucional”.

A tendência atual é, pois, pelo menos na doutrina, “[...] de se estrear a personalidade da capacidade, estendendo a primeira ao nascituro e até mesmo ao morto, restringindo a segunda às pessoas nascidas com vida”. (BARRETO, 2004, p. 6-7).

No Brasil, ademais, o Direito Civil, com forte carga solidarista e despatrimonializante, em claro reconhecimento da maior hierarquia axiológica à pessoa humana – na sua dimensão do *ser* em detrimento da dimensão patrimonial do *ter* – não pode ser mais analisado sob a ótica individualista, patrimonialista tradicional, conservadora-elitista

¹³ No Brasil, segundo Gama (2007), tal orientação restringiu, na construção das normas jurídicas do texto codificado de 1916, a noção de personalidade à aptidão da pessoa codificada (também chamado de sujeito virtual) no campo de titularização de direitos e deveres, nos termos do artigo 2º do Código Civil revogado.

do período das codificações oitocentistas do qual o Código Civil de 1916 é um exemplar. (GAMA, 2007).

Segundo Gama (2007), o fenômeno da despatrimonialização, no âmbito das situações jurídicas, sob a égide do Direito Civil atual, denota uma opção que se vem demonstrando paulatinamente em favor do personalismo no sentido da superação do individualismo e do patrimonialismo, no da superação da patrimonialidade como um fim em si mesma, como valores que foram fortificados em detrimento de outros valores na escala hierárquica de proteção e promoção do ordenamento jurídico. Em sendo a pessoa humana alvo central da tutela e da proteção do ordenamento jurídico, “[...] é correta a orientação segundo a qual as situações patrimoniais devem ser funcionalizadas em favor das situações existenciais [...]”. (GAMA, 2007, p. 193).

Não por acaso, o novo Código Civil não trata personalidade e capacidade como sinônimos. Assim não fora, não haveria nenhuma necessidade em dizer-se que toda pessoa é capaz de direitos, como expresso no artigo 1º.¹⁴ Muito menos faria sentido atribuir, como faz o texto legal, direitos a quem não seja *pessoa*.

Anota Ribeiro (2003, p. 31 a 33) nesse sentido:

Como já afirmamos, personalidade, em um sistema jurídico ordenado pelos valores e princípios constitucionais, não pode significar para o direito civil apenas a possibilidade de ser sujeito de direito. Associada à expressão do ser humano, a personalidade constitui valor e interesse central de nosso ordenamento. Dito diversamente, a personalidade deve ser encarada como um valor inerente ao ser humano. Tal postura implica a ruptura com o conceito formal de pessoa, da pandectística, em prol do ser humano em si mesmo considerado, ou seja, além de repensar a noção de pessoa, faz-se necessário voltar todo o ordenamento privatístico em torno do Homem, da sua realização, do desenvolvimento de sua personalidade [...].

Assume-se então uma postura de reconhecimento da pessoa como centro nuclear de todo o direito, em especial o civil. Mas não qualquer pessoa ou aquele conceito formulado pelas escolas formalistas, mas sim como sinônimo de ser humano. O direito, assim, encontra seu fundamento e sua razão de existir como meio de proteção e promoção do desenvolvimento da pessoa, que agora não mais pode ser fornecido como um dado formulado e construído pela ordem jurídica, mas preexistente. Por conseguinte, um dado pré-normativo, que é composto de valor em si mesmo.

¹⁴ O artigo 1º do Código Civil dispõe que “toda pessoa é capaz de direitos na ordem civil”. Trata-se, de acordo com Ribeiro da Silva (2008), de um enunciado sintético cuja compreensão depende do conhecimento de dois conceitos: o de pessoa e o de capacidade jurídica.

À visão da personalidade como projeção da natureza humana associam-se direitos de personalidade, tema da próxima seção.

3.2 Direitos de personalidade¹⁵

A porta de entrada dos direitos de personalidade foi o Direito Público, visando à proteção do homem principalmente diante do Poder. Daí as declarações que historicamente se sucederam: a Magna Carta (1215), o *Bill of Rights* (1689), a Declaração Americana (1776) e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), que contribuíram significativamente para o desenvolvimento e posterior construção teórica dos direitos de personalidade, promovendo a proteção do indivíduo contra eventuais ataques praticados pelo Estado.

Para o Direito Civil, principalmente o Direito das Obrigações e das Coisas, não havia qualquer menção a direitos do cidadão, que se restringiam à esfera pública, de proteção contra o Estado.

Deve-se, porém, à doutrina alemã da segunda metade do século XIX o início da trajetória de consolidação da nova categoria jurídica dos direitos da personalidade na esfera privada.

Estima-se que a expressão ‘direito de personalidade’ tenha sido usada pela primeira vez em 1866, pelo civilista alemão Georg Carl Neuner, na obra “*Wesen und Arten der Privatrechtsverhältnisse*” (“Essência e Espécies de Relações de Direito Privado”). Na época, dominando a doutrina savignyana da prevalência da relação jurídica sobre a pessoa, a ideia de *personalidade* foi obscurecida pela de *capacidade*. Predominava a noção jusnaturalista que confinava os direitos fundamentais no âmbito do Direito Público, que tinha por missão proteger o indivíduo (somente) contra atentados perpetrados pelo Estado. (MARTINS-COSTA e BRANCO, 2002; BARRETO, 2004).

Posteriormente, autores como Otto von Gierke (que usou a terminologia ‘direitos da personalidade’), Bernard Windscheid, H. Dernburg, F. Regels-Berger e J. Kohler sistematizaram a ideia de direitos de personalidade para criar novas formas de proteção à pessoa. (BARRETO, 2004).

¹⁵ Segundo Bittar (2004), os direitos de personalidade são também chamados ‘direitos essenciais da pessoa’, ‘direitos subjetivos essenciais’, ‘direitos à personalidade’, ‘direitos essenciais (ou fundamentais) da pessoa’ e ‘direitos personalíssimos’. Neste estudo, adota-se o termo ‘direitos de personalidade’ e ‘direitos da personalidade’ por serem estas as expressões mais usadas pela doutrina.

Tal teoria se impôs à corrente negativista dos direitos de personalidade,¹⁶ que, capitaneada por Friedrich Carl von Savigny,¹⁷ não os admitia, “[...] sob o argumento da impossibilidade da existência de direito do homem sobre sua própria pessoa, o que levaria à incongruência de ser o homem, a um só tempo, sujeito e objeto de direito [...]”. (BARRETO, 2004, p. 9).

A categoria dos direitos de personalidade é construção recente do ponto de vista histórico. Trata-se, para Tepedino (2004), de fruto de elaborações doutrinárias germânica e francesa da segunda metade do século XIX. Já Bittar (1978), buscando raízes mais antigas, considera que a construção da teoria dos direitos da personalidade humana deve-se, principalmente: (i) ao Cristianismo, em que se teria assentado a ideia de dignidade do homem; (ii) à Escola de Direito natural, que firmou a noção de direitos naturais ou inatos ao homem, correspondentes à natureza humana, a ela unidos indissoluvelmente e preexistentes ao reconhecimento do Estado; e (iii) aos filósofos e pensadores do Iluminismo, quando passou-se a valorizar o ser, o indivíduo, frente ao Estado.

No início do século XX, a doutrina passou a admitir a existência de direitos de personalidade, embora na perspectiva dos demais direitos subjetivos de caráter patrimonial.

Mas, a partir da segunda metade do século XX, com o fim da Segunda Guerra Mundial, os direitos de personalidade ganham novo impulso, especialmente a ideia de um direito geral de personalidade, uma vez que a proteção de aspectos particulares da personalidade foi insuficiente para tutelar o ser humano na sociedade. (CAPELO DE SOUZA, 1995).

Menciona Ascensão (2008, p. 93) nesse sentido que a jurisprudência constitucional alemã deu vida ao direito geral da personalidade, “[...] destinado a cobrir insuficiências da disciplina ordinária, nomeadamente no domínio da responsabilidade civil”.

É que inexistia no direito alemão uma cláusula geral de responsabilidade civil. No entanto, várias cláusulas parciais de responsabilidade presentes no Código Civil alemão (BGB) – ilicitude da lesão à vida, ao corpo, à saúde, à liberdade e à propriedade – abriram uma brecha para que o Supremo Tribunal Federal, nos casos de ofensas a bens pessoais não previstos, entendesse que, além dos direitos absolutos expressamente previstos no BGB, a

¹⁶ As chamadas teorias negativistas refutaram a categoria dos direitos de personalidade, negando-lhes existência autônoma. “Afirmava-se, em síntese estreita, que a personalidade, identificando-se com a titularidade de direitos, não poderia, ao mesmo tempo, ser considerada como objeto deles. Tratar-se-ia de uma contradição lógica”. (TEPEDINO, 2004, p. 25).

¹⁷ Do qual são seguidores Roubier; Unger; Dabin; Thon; Ernst Zitelmann; Jellinek; Carl Crome; Ravà; Simoneli; Ludwig Enneccerus; Paul Oertmann; e Von Thur, entre outros. (BARRETO, 2004; TEPEDINO, 2004; FIUZA, 2008).

violação do direito geral de personalidade também constitui hipótese de responsabilidade. Assim, o direito geral de personalidade foi reconhecido na Alemanha a partir de 1954. (MOTA PINTO, 2000).

A valorização da dignidade da pessoa humana nesta época muito contribuiu para tanto, evidenciando a íntima relação entre direitos de personalidade e dignidade. Conforme Lotufo (2003, p. 78), “diz-se que os direitos da personalidade são o mínimo imprescindível para o ser humano desenvolver-se com dignidade”.

A doutrina atual reconhece que os direitos de personalidade afirmam-se diante da necessidade de proteção integral da pessoa humana, “[...] especialmente contra práticas e abusos atentatórios à sua dignidade”. (TASCA, 2002, p. 16).

Com efeito, Tepedino (2004, p. 24) inclui sob a denominação de direitos da personalidade, “[...] os direitos atinentes à tutela da pessoa humana, considerados essenciais à sua dignidade e integridade”. Para Bittar (2004), são direitos que derivam do princípio da dignidade da pessoa humana. Já Pedro Pais de Vasconcelos (1999, p. 250) considera que os direitos de personalidade:

[...] são aqueles sem os quais as pessoas não são tratadas como pessoas, são direitos que são exigidos pela sua radical dignidade como e enquanto Pessoas Humanas; constituem fundamento ontológico da personalidade e da dignidade humana. Um sistema normativo que o não respeite perde a característica de juricidade, pode ser efectivamente vigente, mas não é realmente jurídico.

Características, abrangência e dimensão legal dos direitos de personalidade reforçam a ligação entre os direitos de personalidade e a o princípio da dignidade da pessoa humana, senão, veja-se.

A doutrina aponta como características desses direitos a extrapatrimonialidade; a essencialidade; a intransmissibilidade; a imprescritibilidade; a impenhorabilidade; e a vitaliciedade, destacando seu caráter absoluto, no sentido de que são oponíveis *erga omnes*, isto é, todos estão obrigados a respeitá-los. (TASCA, 2002).

Segundo Gogliano (2000, p. 113):

Os direitos privados da personalidade apresentam a característica de serem absolutos, irrenunciáveis, essenciais, não-pecuniários, intransmissíveis e imprescritíveis nas suas manifestações plúrimas, como atributos da própria

personalidade; não só aquilo que a pessoa tem, *mas naquilo que ela é*, concebendo a pessoa humana na sua mais alta expressão, não meramente como *ser racional*. Absolutos, não pelo fato de a pessoa ser “autônoma”, mas no sentido de sua oponibilidade *erga omnes*, que devem respeitar de acordo com o Direito posto enquanto norma. (grifos da autora).

Por isso, os direitos de personalidade transcendem ao ordenamento jurídico positivo, eis que ínsitos na própria natureza do ser humano, como ente dotado de personalidade. Afirmar Bittar (2004, p. 11) nesse sentido que esses são direitos intimamente ligados ao homem para a sua proteção jurídica, independentemente de relação imediata com o mundo exterior ou outra pessoa; “[...] são intangíveis, de *lege lata*, pelo Estado, ou pelos particulares”.

Daí porque, constituindo-se fundamento primordial do Direito, não podem, de acordo com Vasconcelos (2005, p. 44), deixar de se beneficiar de uma tutela jurídica fortíssima.

Desde logo, num plano suprapositivo, [o direito da personalidade] constitui um princípio de Direito Natural que se impõe ao legislador, mesmo ao legislador constitucional, que se impõe aos juizes, aos juristas e a toda a gente. Vale, mesmo que não conste das constituições e das leis, e não obstante o que nelas esteja escrito em contrário. É uma exigência da ideia de Direito.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988, ao estabelecer a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do País, positivou expressamente alguns direitos de personalidade no artigo 5º, caput, garantindo inviolabilidade ao direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. (CORTIANO JUNIOR, 1998).

Concebe-se, outrossim, que a Constituição brasileira tenha recepcionado a ideia de direito geral da personalidade, tendo em vista que o parágrafo 2º do mesmo artigo 5º prescreve que os direitos e garantias ali expressos não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados. (BRASIL, 2007). Segundo Cortiano Junior (1998, p. 47):

Não podem restar dúvidas que o Brasil fez a opção pelo direito geral de personalidade (ao lado da proteção tipificada) [...] em afirmar que a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça são os valores supremos de nossa sociedade, assegurados pelo Estado de Direito. Além disso, a dignidade da pessoa humana é fundamento da República (art. 1º) e é garantida a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (art. 5º).

A exegese da Constituição do Brasil revela que o direito positivo do País contempla uma cláusula geral de proteção aos direitos de personalidade, de fundamento constitucional, cláusula esta que objetiva tutelar amplamente os interesses das pessoas, vistas como o centro do ordenamento jurídico pátrio. (TASCA, 2002).¹⁸

Além de presentes na Constituição também o estão na legislação infraconstitucional. Neste plano, tem-se o novo Código Civil, de 2002, cujos artigos de 11 a 21 estão dedicados aos direitos de personalidade.

Tasca (2002) avalia que a nova codificação não cuida exaustivamente dos direitos da personalidade, sinalizando previsão ampla e genérica. Por isso, para o autor, há também no Código uma cláusula geral pela qual todo e qualquer atributo da personalidade merece ampla e efetiva proteção, frente ao pilar da dignidade do ser humano no Brasil.¹⁹

Outros autores assim não consideram.

Cantali (2010, p. 121), por exemplo, argumenta que a inserção dos direitos da personalidade no novo Código, apesar do avanço, apresenta caráter mais pedagógico do que propriamente inovador, sobretudo frente à cláusula geral de tutela e promoção da personalidade extraída da dignidade da pessoa humana na Constituição Federal de 1988. Para a autora, o Código contém uma regulação tímida e tipificadora, apresentando incongruências em “[...] soluções pré-moldadas inadequadas diante da tutela geral que os direitos de personalidade merecem”.

De todo modo, se é verdade que, conforme Tasca (2002), a multiplicidade de leituras possíveis dos direitos da personalidade e sua pluralidade dificultam a formulação de uma ideia unívoca sobre esses direitos, também é verdade que a sua tipificação em lei não é exaustiva, mas antes, simplesmente exemplificativa, bem como eventuais situações mencionadas pela doutrina.

Vasconcelos (2005, p. 48) é esclarecedor a esse respeito, ao afirmar que:

Os tipos de direito de personalidade previstos na lei e enunciados pela doutrina são tipos representativos. Quer isto dizer que, para além dos tipos enunciados, outros podem surgir, e que os que são referidos correspondem apenas a casos especialmente exemplares e elucidativos que servem para exprimir modelos de comportamentos, são casos paradigmáticos de tutela da personalidade. [...]. Os direitos de personalidade podem ser tipificados, como paradigmas mais importantes

¹⁸ Tasca (2002) informa que o mesmo ocorre no Direito português e no Direito alemão. No primeiro, o artigo 70º do Código Civil é norma geral de tutela da personalidade humana, consagrando um verdadeiro direito geral de personalidade. No segundo, a tutela geral dos direitos da personalidade se afirmou a partir da Lei Fundamental de Bonn em seu artigo 1º.

¹⁹ Diga-se que, além da Constituição Federal de do Código Civil, também o Código Penal protege e disciplina os direitos de personalidade. O mesmo ocorre em legislação especial, como a Lei de Imprensa, a Lei dos Transplantes e a Lei Autoral.

da tutela da personalidade e como caracterizações mais relevantes do princípio do respeito pela personalidade, em direito à vida, à integridade física e psíquica, à inviolabilidade moral, à honra e à privacidade.

Com efeito, por não serem os direitos de personalidade uma concessão do direito positivo, desnecessário é tipificar um a um, de modo a inserir cada um no ‘mundo do direito’. (FACHIN e PIANOVSKY, 2008).

Não existe, portanto, uma taxatividade, um regime de *numerus clausus*, a propósito dos direitos da personalidade, até porque eles existem com o fito de proteger integralmente a pessoa, independentemente da previsão normativa. Com Tasca (2002) afirmamos, pois, que merece crítica a posição doutrinária que limita a tutela jurídica dos direitos de personalidade aos expressamente previstos em lei, revelando-se injustificável tal restrição.²⁰

Deste modo, ainda que não houver previsão específica em lei da proteção dos direitos de personalidade, deve ser considerada a proteção genérica, de forma a abranger todas as situações.

Um aspecto relevante relacionado aos direitos da personalidade (e que merece ser mencionado) diz respeito à sua distinção ou não aos direitos fundamentais – segundo Fachin e Pianovsky (2008), é lugar comum cogitar da distinção entre ambos.

Com efeito, Stancioli (2004), por exemplo, considera que direitos de personalidade se distinguem dos direitos fundamentais por serem constitutivos da própria noção plena de pessoa humana, que já existia como conceito anteriormente à própria criação do Estado Liberal. Já os direitos fundamentais, constitucionalmente tutelados, foram concebidos para defender o cidadão perante o Estado.

Também Ascensão (1998, p. 132) compartilha deste entendimento, advogando que *direitos de personalidade e direitos fundamentais* não são termos equivalentes. Para o autor português:

Os direitos da personalidade são aqueles direitos que exigem em absoluto reconhecimento, porque exprimem aspectos que não podem ser desconhecidos sem afectar a própria personalidade humana. O acento dos direitos fundamentais é diferente. Não só não respeitam exclusivamente às pessoas físicas como a sua preocupação básica é a da estruturação constitucional. Demarcam muito em

²⁰ Segundo Stancioli (2004), há autores que criticam a ideia de uma tutela geral da personalidade. José Oliveira Ascensão, por exemplo, menciona sua desmesurada extensão e o desfavorecimento à tipificação desses direitos. Para Stancioli (2004), contudo, com esforço hermenêutico é possível chegar-se a ‘direitos adstritos de personalidade’, dotados de maior especificidade. Defende, ainda, Stancioli (2004) que a positivação de um Direito Geral de Personalidade parece saudável “[...] em especial se independe de preocupações concernentes à organização e estrutura burocrático-administrativa do Estado nacional”.

particular a situação dos cidadãos perante o Estado. É assim a categoria cidadão (ou se quisermos a do súbdito, para falar com maior amplitude) que está primacialmente em causa.

Outros autores, todavia, não concordam com esta perspectiva. É o caso de Fachin e Pianovsky (2008), que consideram que, contemporaneamente, tal distinção perde muito de sua razão de ser.

Para esses autores, em função da eficácia direta e imediata (horizontal ou vertical) dos direitos fundamentais sobre as relações de Direito Privado, a proteção civil aos direitos de personalidade torna-se uma faceta dessa incidência dos direitos fundamentais sobre relações interindividuais. Nesse horizonte, verifica-se com clareza um “espaço em que se apresenta identidade de fundamento entre dados Direitos Fundamentais e os Direitos de Personalidade: ambos decorrem do princípio maior da tutela da dignidade da pessoa humana”. (p. 112).

Fachin e Pianovsky (2008) vão mais além, ao afirmar que não apenas os fundamentos de ambos são comuns, mas o próprio conteúdo do direito de personalidade se insere no que se pode denominar como direitos fundamentais. Considerando que nem todos os direitos fundamentais sejam direitos de personalidade, diante da concepção contemporânea da dignidade da pessoa humana e da relação entre Constituição e Direito Civil, os direitos de personalidade nada mais seriam do que direitos fundamentais, não havendo sentido na distinção proclamada.

Para os autores, a construção jurídica dos Direitos de Personalidade “[...] constitui subconjunto do universo mais amplo de Direitos Fundamentais, e que, como tais, aplicam-se tanto às relações que envolvem o Estado como aquelas que envolvem apenas indivíduos”. (FACHIN e PIANOVSKY, 2008, p. 113).

Ou seja, se antes havia uma fronteira entre direitos de personalidade e direitos fundamentais, hoje há uma interlocução entre ambos.

Menezes e Gonçalves (2012, p. 197) corroboram esta perspectiva ao considerar que, se num primeiro momento a eficácia dos direitos fundamentais limitava-se à relação vertical com o Estado, com a constitucionalização do Direito Privado esses direitos passaram a ter eficácia também nas relações com particulares, horizontalidade que representou mais um passo na defesa da pessoa em todas as suas relações. Admitindo-se a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, “[...] na defesa da incidência de tais direitos nas relações entre particulares, complicada se torna a distinção conceitual entre essas modalidades de direitos”.

De acordo com Menezes e Gonçalves (2012), frente à fundamentalidade e humanidade presente na dinâmica dos direitos de personalidade, não há como olvidar da tênue fronteira entre a cláusula geral de tutela da pessoa, representando o direito geral de personalidade, os direitos fundamentais e mesmo os direitos humanos. Para essas autoras, o ponto que aproxima esses direitos é o amadurecimento dos direitos fundamentais e humanos destinados à promoção do homem, enquanto que os direitos de personalidade vieram para, também na ordem privada, edificar muros para salvaguarda da pessoa.

É de fácil observação a zona de coincidência entre as três categorias: a busca incessante pela garantia da dignidade da pessoa humana. Inicialmente, pelos direitos humanos, depois por meio dos direitos fundamentais até culminar nos direitos de personalidade, numa evolução conturbada, com avanços e retrocessos, mas com o objetivo comum de zelar pela pessoa. A doutrina se debate na tentativa de firmar divisórias precisas para categorizar esses direitos, mas é certo que no momento em que a ciência do Direito põe à prova o conhecimento tradicional, numa verdadeira reflexão sobre os caminhos que se pretende seguir, as linhas demarcatórias das construções jurídicas passam de contínuas a pontilhadas. E essa porosidade é própria do momento atual, em que os princípios e cláusulas gerais ganham destaque, permitindo, com sua abertura oxigenadora, que o sistema sobreviva aos novos problemas da contemporaneidade, acompanhando, sem grandes reformas legislativas, “a marcha infinita da personalidade”. (MENEZES e GONÇALVES, 2012, p. 197).

Resulta desse entendimento que a distinção que se fundava na clivagem entre público e privado, e que aprisionava os direitos fundamentais ao âmbito público, perde sentido. Segundo Fachin e Pianovsky (2008, p. 113), não mais se pode cogitar da restrição absoluta operada pela clivagem entre Direito Público e Direito Privado. “Ou seja: não apenas os Direitos de Personalidade se aplicam às relações interprivadas, mas os demais Direitos Fundamentais”.

E não poderia ser diferente, na medida em que, restringir de modo absoluto a aplicação do princípio da dignidade humana – de status constitucional – a limites definidos pelo legislador infraconstitucional seria menosprezar a Constituição e violar o próprio princípio. Assim, independente da existência ou não de previsão infraconstitucional sobre direitos de personalidade, a dignidade da pessoa humana nas relações interprivadas é protegida pela aplicação dos direitos fundamentais, “[...] constituindo estes universos mais amplos que abrangem os próprios Direitos de Personalidade”. (FACHIN e PIANOVSKY, 2008, p. 114).

Frente à proteção à personalidade pelos direitos de personalidade, impulsionada pela elevação da dignidade da pessoa humana a princípio, supera-se a dicotomia entre Direito Público e Direito Privado. Assim, conforme Cortiano Junior (1998, p. 38), “não se fala mais em proteção da pessoa humana pelo direito público e pelo direito privado, mas em proteção da pessoa humana pelo Direito”.

3.3 Livre desenvolvimento da personalidade

“O desenvolvimento da personalidade humana e de todas as suas potencialidades é a função promocional que deve ser abraçada pelo civilista do século XXI”. (RODRIGUES, 2003, p. 30).

Os direitos de personalidade e a ideia de uma cláusula geral para protegê-los emergem da elevação da dignidade da pessoa humana a princípio central dos ordenamentos jurídicos dos Estados democráticos.

A dignidade da pessoa humana associa-se às ideias de autonomia da vontade e de autodeterminação da pessoa.

A primeira é característica indispensável para a concepção da pessoa humana – pois, ligando-se a uma concepção humanista ou personalista do homem, compreende em sentido amplo a possibilidade de conformar e compor interesses próprios –, um dos pilares da personalidade e fulcro da democracia, na medida em que consiste no alicerce da vida pautada no efetivo exercício da liberdade cotidiana. A autodeterminação da pessoa é manifestação dessa autonomia da vontade. (SANCIOLI, 2004).

Associando-se a tais ideias, a dignidade da pessoa humana implica no direito ao livre desenvolvimento de sua personalidade, isto é, a possibilidade de o indivíduo tomar para si os rumos de sua vida, dentro, evidentemente, de uma orientação que respeite princípios e regras que, jurídica e socialmente, regulam a sociedade humana, em especial no que respeita à não-violação dos direitos alheios, em consonância com o sentido axiológico do respeito à alteridade.

O direito ao desenvolvimento da personalidade apresenta-se, pois, como uma das emanções do princípio da dignidade da pessoa humana. Ou seja, é da dignidade humana que resulta a garantia de cada pessoa ao direito de livremente desenvolver a sua personalidade, as suas potencialidades humanas, na interação social.

No plano internacional tal perspectiva foi prevista no artigo 22º da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948 – “toda pessoa, como membro da sociedade, tem

direito ao livre desenvolvimento da personalidade” – e também no artigo 29º – “toda pessoa tem deveres para com a comunidade, na qual o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade é possível”.

De acordo com Barros (2010b, p. 34), além de colocar o livre desenvolvimento da personalidade como direito pertencente a todos os seres humanos, uma das peculiaridades da previsão normativa da Declaração Universal “[...] é a colocação de deveres para com a comunidade como um dos limites desse direito”.²¹

No direito comparado, a perspectiva em comento foi pioneiramente adotada na Alemanha, pela Constituição Federal de Bonn, de 1949. Seus artigos 1º e 2º, rezando, respectivamente, que a dignidade da pessoa humana é inviolável e que todos têm o direito ao livre desenvolvimento de sua personalidade, passaram a influenciar as decisões do Tribunal Constitucional instituído naquele país em 1951.

Conforme Cortiano Junior (1998, p. 46), a Lei Fundamental e o Tribunal Federal alemão reconheceram que todo homem merece respeito à sua dignidade e que tem o direito ao livre desenvolvimento de sua personalidade, “direitos que são o fundamento da vida social e em relação aos quais o Estado tem o dever de observância”.

A consagração pioneira do direito ao livre desenvolvimento da personalidade na Constituição alemã serviu (e ainda serve) de inspiração para outros sistemas jurídicos. (CANTALI, 2010). De fato, em muitas Constituições Federais do último quarto do século XX, esse direito está protegido.

Encontra-se presente no artigo 5º, n. 1, da Constituição da Grécia, de 1975, e na Constituição espanhola, de 1978, cujo artigo 10º prevê que a dignidade da pessoa, os direitos invioláveis que lhe são inerentes, o livre desenvolvimento da personalidade, o respeito pela lei e pelos direitos dos outros são fundamentos da ordem política e da paz social. (BARROS, 2010b).

No Brasil, a Constituição não prevê expressamente o livre desenvolvimento da personalidade, tampouco traça limites a esse direito, como ocorre nas Constituições alemã e espanhola. No entanto, conforme Barros (2010b), o direito ao livre desenvolvimento da personalidade pode ser extraído do princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que

²¹ A respeito de limites, oportuno mencionar Cantali (2010, p. 130), segundo a qual: “A dignidade da pessoa humana funciona como fundamento para os atos de disposição sobre bens ligados à personalidade [...]. No entanto, a mesma dignidade que serve de fundamento serve de limite a esses atos. O poder de disposição sobre os bens ligados à disponibilidade sofre limitações diante dos interesses de terceiros, já que a dignidade possui uma dimensão intersubjetiva que percebe o homem na perspectiva relacional com os outros, sofrendo limitações em face da ordem pública, na qual se encontra a mesma dignidade na sua mais alta hierarquia, e sofre limitações no que toca à proteção do núcleo mínimo do direito que está sendo restringido, haja vista que neste núcleo encontra-se entronizado o valor da dignidade humana”.

não existe dignidade sem liberdade. Deste modo, a autonomia pessoal, entendida no sentido de capacidade para a liberdade, constitui simultaneamente pressuposto e concretização direta da dignidade do ser humano.

O direito ao livre desenvolvimento da personalidade também pode ser extraído do artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição brasileira, “[...] que prevê que os direitos previstos na Constituição não excluem outros decorrentes dos princípios e do regime por ela adotados, bem como dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte”. (BARROS, 2010b, p. 36).

Finalmente, na revisão da Constituição de Portugal, ocorrida em 1997, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade foi consagrado expressamente no artigo 26º, n. 1, operando. (BARROS, 2010b).

Dentro da proposta de classificar oito tipos legais de direitos de personalidade, que considera poderes que integram o direito da personalidade e que contribuem para o seu êxito na tutela da personalidade, Vasconcelos (2006) elenca o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, cujo fundamento é a ideia de uma personalidade suscetível de desenvolvimento.²²

Capelo de Souza (1995, p. 353) compreende o direito ao livre desenvolvimento da personalidade como um bem em sentido amplo, que impõe:

[...] a possibilidade de emergência de forças energéticas e transformadoras, interiores de cada homem; a garantia de meios e condições existenciais e convivenciais, tanto naturais como sociais, suficientes para todo o homem se poder desenvolver e a salvaguarda do poder de autodeterminação de cada homem e de autoconstituição da sua personalidade individual.

Já para Mota Pinto (*apud* VASCONCELOS, 2006), o direito ao livre desenvolvimento da personalidade tem dupla dimensão: a tutela da personalidade enquanto substrato da individualidade e nos seus múltiplos aspectos e a tutela da liberdade geral de ação pessoal humana. A dupla qualidade traduz uma perspectiva positiva e negativa do direito ao livre desenvolvimento: por um lado, defende a liberdade da pessoa de se autoformar, por outro, a de remover os obstáculos que as limitações da sua liberdade de ação oponha à mesma

²² Além do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, tratado nesse estudo, Vasconcelos (2006) nomeia como tipos legais de direitos de personalidade: o direito à vida; o direito à integridade física e psíquica; o direito à inviolabilidade moral; o direito à identidade pessoal e ao nome; o direito à honra; o direito à privacidade; e o direito à imagem.

autoformação. “A pessoa, deve poder ser e devir o que bem entender”. (VASCONCELOS, 2006, p. 75).

Segundo Vasconcelos (2006, p. 75), a referência ao livre desenvolvimento da personalidade se assenta numa concepção de pessoa segundo a qual “[...] o ser humano tem o dom, dado por Deus, de poder determinar a sua própria natureza, de ser auto-consciente”. A pessoa, neste sentido desenvolve-se naquilo que é, naquilo que vai sendo e naquilo que virá a ser. “Esta possibilidade, quase divina, é inerente à própria natureza humana, é-lhe constituinte. Daí que um dos direitos de personalidade tenha especificamente por missão essa qualidade”.

Ora, em um Estado democrático, plural e secular não se pode negligenciar a autonomia do cidadão. A Constituição brasileira erige como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, em seu artigo 1º, III, a dignidade da pessoa humana, reforçando a perspectiva de que a *pessoa* deve ser o epicentro de todo o ordenamento jurídico.

O próprio reconhecimento da dignidade da pessoa humana é a fonte principal do direito ao livre desenvolvimento da personalidade. É, pois, uma cláusula geral de tutela a *pessoa* humana, através da qual qualquer indivíduo deve ser respeitado em sua essência.

Em nossa Constituição da República não existe previsão expressa acerca do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, o que não significa que ele não deva ser observado, uma vez que representa um desvelamento direto da dignidade.

Com efeito, quando se afirma que o direito geral da personalidade busca tutelar também a pessoa em *devir*, está-se a falar da pessoa em desenvolvimento, o que, de acordo com Cantali (2010, p. 126), implica necessariamente a garantia de que a pessoa possa se desenvolver livremente, autonomamente, tomando suas decisões com liberdade de realizar suas escolhas existenciais, e conformando seu projeto de vida. “A tutela positiva garante o poder de autodeterminação pessoal, o qual nada mais é do que uma das dimensões da própria dignidade”.

No mesmo sentido, Mota Pinto (1999, p. 149 e seguintes) afirma que a pessoa é um *devir*, um centro de decisão livre.

A liberdade de desenvolvimento da pessoa humana compreende-se, pois, com base numa concepção do “indivíduo conformador de si próprio e da sua vida segundo o seu próprio projeto espiritual (*plastes et fctor*). A forma de realização da personalidade humana não é algo de pré-determinado, que se receba por atribuição, herança, situação num dado momento ou classe, ou por imposição ou dádiva a partir de um determinado padrão ou modelo. Trata-se, antes, de

algo que se auto-institui ou constrói, segundo o seu próprio projecto, determinado a partir da própria pessoa, como centro de decisão autónomo.

Ainda em relação ao devir, Cleyson de Moraes Mello sempre afirmou que “o Direito não é; ele é sendo”, já que o Direito está alinhado à espiral hermenêutica do *Dasein*. Vejamos os ensinamentos do autor:

O Direito é um sendo, é um acontecer, é uma abertura de possibilidades. O ser deve ser compreendido a partir do homem em seu próprio acontecer, historicamente situado. A hermenêutica, com o viés da ontologia fundamental, procura interrogar o ser por meio da historicidade e da temporalidade do ser-aí, ou seja, compreender a questão do ser fora do contexto da tradição metafísica. Desse modo, é a partir do pensar originário que a ciência jurídica vai desdobrando o seu jogo de preceitos legais. No viço dessa originalidade, pensar o Direito quer dizer: vir e chegar à plenitude de ser no Direito é a clareira, *aletheia*; é a essência do pensamento jurídico em seu desvelar-se, em seu dar-se originário.

Vê-se, pois, a produção do Direito e não, simplesmente, a sua (re)produção jurídica. É essa operação do pensamento jurídico que possibilita a sua renovação pela (re)fundamentação de seu ser. A compreensão é a própria abertura do ser-no-mundo, bem como é um existencial. Todo o compreender é derivado dessa compreensão existencial, que é a própria luz, iluminação, abertura, clareira, revelação do ser-aí, *Aletheia*. O Direito deve ser compreendido de modo originário e autêntico, desvinculado dos conceitos ingênuos e opiniões que a tradição em si as carrega. Há que se buscar uma abertura mais abrangente e mais originária do Direito. (MELLO, 2013, p. 47)

Segundo Barros (2010b, p. 26), a finalidade principal do direito ao livre desenvolvimento da personalidade é assegurar aos indivíduos um direito de liberdade em relação a modelos de personalidade, com base numa concepção do indivíduo como a proposta por Canotilho, isto é, “conformador de si próprio e da sua vida segundo o seu próprio projeto espiritual” (por isso mesmo, deve-se, a princípio, respeitar a liberdade de agir dos cidadãos, como legítimos conformadores de suas personalidades).

Nesse horizonte, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade possui múltiplas dimensões no sistema jurídico, constituindo-se em um direito extremamente complexo, daí alguns autores, a exemplo de Paulo Otero e Paulo Mota Pinto, destacarem algumas de suas dimensões. Trata-se, efetivamente de um princípio com várias dimensões no sistema jurídico. (BARROS, 2010b).

Não obstante, um dos aspectos mais importantes do direito ao livre desenvolvimento da personalidade é que a sua natureza assume a de um princípio de direito fundamental, que

visa garantir que uma pessoa possa decidir sobre seu próprio ser, individual e social – “em uma palavra, possa ser livre para determinar e desenvolver a sua personalidade, da forma que quiser, explorando ao máximo as suas potencialidades”. (BARROS, 2010b, p. 31).

A dignidade, na qual subjaz a tutela da pessoa humana, é fundamento não apenas do impedimento de violações que possam direcionar-se aos direitos de personalidade, mas também para que a pessoa, no exercício de sua liberdade e autonomia, “[...] possa determinar o seu projeto de vida conforme suas convicções pessoais, o que autoriza inclusive a prática de atos restritivos a certos direitos fundamentais da personalidade”. (CANTALI, 2010, p. 117).

Disso resulta um outro aspecto a ser mencionado, qual seja, a relação entre livre desenvolvimento da personalidade e a questão da indisponibilidade dos direitos de personalidade.

Segundo Cantali (2010, p. 130-131), a defesa da indisponibilidade absoluta dos direitos da personalidade fundamenta-se no termos da mercantilização da pessoa humana, “[...] reduzindo-a a mero objeto de direito”.

Entretanto, a ideia de uma indisponibilidade absoluta dos direitos de personalidade viola o direito fundamental do livre desenvolvimento da personalidade, violando, por conseguinte, os direitos fundamentais da autonomia privada e da liberdade, bem como contrariando a própria dignidade da pessoa humana.

Os direitos da personalidade são essencialmente indisponíveis, mas esta característica não é absoluta, já que o titular do direito pode, em maior ou menor medida, dispor voluntariamente sobre os bens protegidos por tais direitos num exercício de liberdade e autonomia que constitui também expressão da própria personalidade e da dignidade. [...]. Ademais, as pessoas não são eventos acabados, revelam projetos com fins próprios, tendendo sempre ao aperfeiçoamento, o qual é um direito que deve ser assegurado.

Nessa medida, os direitos de personalidade tomam caráter dinâmico que se evidencia na garantia do espaço de atuação de cada um e se concentra essencialmente na ideia de liberdade, nas várias liberdades que asseguram o exercício de autonomia necessário ao desenvolvimento humano. Só em liberdade o homem pode desenvolver a sua personalidade e preservar a sua dignidade. (CANTALI, 2010, p. 131).

Assim, a característica da indisponibilidade deve admitir relativizações em função do respeito à dignidade da pessoa humana, que não pode admitir a autonomia e a autodeterminação da pessoa suprimidas quando está em questão o livre desenvolvimento de sua personalidade, sobretudo relacionando-se a valores existenciais.

Esta conformação dos interesses pessoais é o que permite o pleno desenvolvimento da personalidade. Imperiosa é, pois, a preservação das escolhas pessoais. (CANTALI, 2010).

Com base no exposto nos três primeiros Capítulos, o próximo dedica-se ao enfrentamento da disposição contida no artigo 1.641, inciso II, do Código Civil brasileiro.

4 AUTODETERMINAÇÃO PATRIMONIAL DO IDOSO COMO CONSECTÁRIO DO RECONHECIMENTO DO DIREITO AO LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE

“E, como é de bom método, quando se termina um livro, reportar-se às esperanças que se nutriam ao começá-lo, vejo que mantive todos os meus devaneios nas facilidades da alma”. (BACHELARD, 2009, p. 205).

4.1 Direitos dos idosos e tutela jurídica do idoso no Brasil

A partir, sobretudo, do século XX, rompe-se o equilíbrio entre os níveis de mortalidade e os de fecundidade da população mundial, verificando-se a diminuição de ambos. (TORRES, 1996).

A essa transformação dá-se o nome de transição demográfica, fenômeno no qual se observa o envelhecimento da população, cujo crescimento acelerado (e sem precedentes na história da humanidade) é devido essencialmente à melhoria das condições de vida e higiene, ao avanço da Medicina, inovações tecnológicas, bem como à conquista da seguridade social, que permitiu que idosos de baixo poder aquisitivo passassem a ter acesso a serviços de saúde, assistência e previdência social. (TORRES, 1996; ALMEIDA e PATRIOTA, 2009).

Por isso, cresce no mundo a preocupação com os idosos.

Atenta a este movimento, a ONU, no plano internacional, tem sido a entidade de maior representatividade para a promoção do idoso em seu processo de envelhecimento. Segundo Silva (2006), o primeiro instrumento a cuidar do envelhecimento, guiando entendimentos e formulação de políticas e programas, foi o Plano de Viena, endossado pela ONU em 1982.

Ao indicar sete áreas prioritárias (saúde e nutrição, proteção ao consumo, habitação e ambiente, família, bem-estar social, segurança e emprego e educação), o Plano representou um marco para a formação da consciência universal de atenção ao idoso. (SILVA, 2006).

Tanto que ensejou a adoção de uma Carta de Princípios para pessoas idosas uma década depois, em 1991, que enumerou 18 direitos, agrupando-os em cinco grandes temas: independência, participação, cuidado, autorealização e dignidade. (ONU, 2013).²³

No ano seguinte, 1992, a ONU, através da Conferência Internacional sobre Envelhecimento, adotou a Proclamação do Envelhecimento e, seguindo recomendação da Conferência, declarou 1999 como o Ano Internacional do Idoso. (ONU, 2013).

²³ <http://www.onu.org.br/a-onu-em-acao/a-onu-em-acao/a-onu-e-as-pessoas-idosas/>

No ano de 2002, por ocasião da Segunda Assembleia Mundial das Nações Unidas sobre o Envelhecimento, surge um novo Plano de Ação, o Plano de Madri, reforçando a necessidade de mudanças nas políticas e práticas na direção das potencialidades do envelhecimento no século XXI. Segundo a ONU (2013), as recomendações específicas do Plano de Madri priorizaram o idoso e seu desenvolvimento, saúde, bem-estar, habilitação e ambiente de apoio.

Não obstante a relevância dos Planos de Ação e Resoluções, e ainda que se os considere os alicerces da formação de uma cultura gerontológica,²⁴ acredita-se que eles guardam fragilidade impositiva. (SILVA, 2006). Não são obrigações para os Estados, “são normas gerais ou princípios, não normas jurídicas vinculativas. Apesar de os Estados poderem observar seu cumprimento, não estão legalmente obrigados”. (NOTARI e FRAGOSO, 2011, p. 263).

De acordo com Silva (2006, p. 57), eles encerram em si as limitações próprias de ‘*soft law*’, conceito que se refere a uma norma não obrigatória, ou ‘semi-obrigatória’. Deste modo, a orientação da ONU:

De um lado, fica a depender da colaboração e do comprometimento dos Poderes Públicos para “reificação” do que preceitua; de outro, é instrumento de grande adaptabilidade e flexibilidade, abarcando as várias compreensões e diversas possibilidades dos Estados, favorecendo, nesta “elasticidade”, o consenso natural das relações internacionais.

A não existência de um instrumento internacional juridicamente vinculativo que padronize e proteja os direitos das pessoas idosas faz com que esta proteção ocorra pela exegese dos instrumentos internacionais de direitos humanos existentes. Para alguns autores, a exemplo de Notari e Fragoso (2011), na doutrina dos direitos humanos o idoso não recebe tratamento manifestamente específico.

Contudo, é preciso ponderar que, apesar das limitações dos mecanismos internacionais de proteção de direitos dos idosos, eles tiveram e têm grande importância e influência no ordenamento jurídico de diferentes países, seja no plano constitucional ou no infra-constitucional.

²⁴ O termo ‘gerontológica’ vem de gerontologia, que se refere, segundo Salgado (1991), ao estudo do processo de envelhecimento, tendo por base os conhecimentos oriundos das ciências biológicas, psicocomportamentais e sociais. De acordo com o autor, a gerontologia vem se fortalecendo através de dois ramos que contribuem significativamente para a elucidação da natureza do processo de envelhecimento: a geriatria, que trata das doenças no envelhecimento, e a gerontologia social, voltada aos processos psicossociais manifestados na velhice.

Nos países desenvolvidos, especialmente os da Europa, direitos e proteção ao idoso partem de uma perspectiva constitucional espraiando-se para uma série de leis e regulamentos específicos de amparo ao idoso e resguardo de seus direitos. Segundo Braga (2011), nesses países há uma estrutura de apoio que tanto governos como sociedades colocam em funcionamento para garantir que as regras legais criadas sejam obedecidas, tornando-se parte da vida local e do cotidiano. Essa interação entre leis, governo e sociedade civil torna mais efetiva a proteção ao idoso.

No mundo, poucos países contemplam o idoso nas suas Constituições. Na África, nenhum país possui previsão constitucional tutelando o idoso em seus direitos; na América do Norte, somente a Constituição do México, de 1917, pioneira na consagração dos direitos fundamentais, faz referência ao direito do idoso; na América Central, apenas Cuba; e na América do Sul as Constituições do Peru, do Uruguai, Venezuela e Brasil. Poucos países europeus, como Espanha e Itália, além do Brasil, têm como referência em suas Constituições o princípio da dignidade da pessoa humana, profundamente relacionado aos direitos dos idosos e sua proteção. (SOUSA, 2004).

No Brasil, a Constituição de 1988 foi a primeira dentre todas a salvaguardar a velhice e a tratar explícita e diretamente do idoso. Segundo Faleiros (2007, p. 37), foi no processo de transição democrática que a Constituição de 1988 “[...] propiciou o paradigma dos direitos da pessoa idosa assim como o paradigma da proteção integral para crianças e adolescentes”.

Refletindo um pacto social fundado na redemocratização da sociedade e na garantia de direitos, a Constituição declara direitos dos cidadãos, acarretando implicações para o segmento da população idosa. Os direitos da pessoa idosa estão presentes nos Capítulos de assistência, da família, do trabalho e da previdência, merecendo destaque:

- (i) O artigo 3º, inciso IV, dispondo que o objetivo do Estado é a promoção do bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação;
- (ii) O artigo 7º, inciso XXX, que proíbe diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão para o trabalho por motivo de idade;
- (iii) O artigo 14, parágrafo 1º, que faculta o direito de voto a maiores de 70 anos;
- (iv) O artigo 201, inciso I, que prenuncia o atendimento da previdência social à idade avançada;
- (v) O artigo 203, Inciso I, que prevê assistência social na velhice; e

- (vi) O artigo 230, que prevê o dever da família, da sociedade e do Estado 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, claramente defendendo a sua dignidade. (BRASIL, 2007; FALEIROS, 2007).

A partir da Constituição, surgem, no ordenamento jurídico brasileiro, outros dispositivos legais relacionados ao amparo da pessoa idosa. Os direitos dos idosos (uma forma de levar em conta a realidade do envelhecimento social e individual) e o reconhecimento desses direitos no âmbito constitucional passaram a traduzir-se infraconstitucionalmente, em várias leis cuja centralidade é a proteção, o protagonismo e a prioridade do idoso. (FALEIROS, 2007).

Dentre esses dispositivos, dois são aqui destacados em linhas gerais, pois irradiam a proteção emanada da Constituição e porque tratam especificamente do idoso: a Lei 8.842, de 1994, conhecida como Política Nacional do Idoso, e a Lei n. 10.741, de 2003, o denominado Estatuto do Idoso.

No final dos anos 1970, as pessoas idosas do Brasil começaram a se organizar em associações. O processo de democratização do País na década de 80 abriu espaços para manifestações, das quais participaram os idosos, que passaram a implementar fóruns, conselhos e centros para tratar de seus direitos. (FALEIROS, 2007). A Lei 8.842, de 1994, nasce nesse contexto, como resultado do processo de redemocratização do País no qual se deram reivindicações pelos direitos do idoso por parte da sociedade em geral e pelos próprios idosos.

O objetivo da Política Nacional do Idoso, ainda em vigor, foi assegurar direitos sociais criando condições para promover a autonomia dos idosos, integração e efetiva participação na sociedade (artigo 1º). No escólio da Constituição Federal, teve como princípios: a defesa dos direitos de cidadania do idoso, sua dignidade, bem-estar e seu direito à vida; e a não discriminação de qualquer natureza. (artigo 3º).

Para Sousa (2004, p. 124), a Lei em comento:

[...] veio consolidar os direitos dos idosos já assegurados na Constituição Federal, apresentando formas de concretização de instrumento legal capaz de coibir a violação desses direitos e promover a proteção integral do idoso em situação de risco social, retratando as novas exigências da sociedade brasileira para o

atendimento da população idosa, sob o pressuposto da manutenção da Política Nacional do Idoso, como norma orientadora da atuação governamental da área.

Todavia, a Política Nacional do Idoso, como o próprio nome indica, “[...] é de ordem eminentemente programática, estabelecendo somente princípios e diretrizes para promover os direitos dos idosos”. (JULIÃO, 2004, p. 12). Apesar da sua vigência, não houve uma efetiva implementação das políticas públicas nela estabelecidas para assegurar os direitos dos idosos. Da mesma forma, o Estado não se instrumentalizou para assegurar aquilo que havia sido previsto em lei. “E, o pior, não havia nenhuma previsão legal de qualquer penalidade para o caso de omissão ou descumprimento daquilo que estava disposto naquela legislação, que é meramente programática”. (JULIÃO, 2004, p. 12).

Por esta razão, cresceu a necessidade de criar-se um Estatuto próprio para o idoso, nos moldes do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), de 1990, que estabelecesse medidas de proteção ao idoso em razão de sua especificidade.

Assim foi feito. O Estatuto do Idoso surge no ordenamento no ano de 2003, através da Lei n. 10.741, entrando em vigor em 2004, destinando-se a regular e tutelas os direitos de todos os indivíduos brasileiros com 60 anos e mais. É possível afirmar que constitui-se o principal dispositivo legal de direitos aos idosos no Brasil e de maior potencial de tutela jurídica ao idoso.

Pontos importantes e inéditos deste diploma são destacados pela doutrina, tais como:

- (i) A necessidade de observância absoluta aos princípios da solidariedade social e da prioridade ao idoso no que respeita a deveres e obrigações por parte da família, da comunidade, sociedade e do Estado (o princípio da solidariedade refere-se ao acolhimento de idosos em situação de risco e o princípio da prioridade pressupõe a garantia de atendimento preferencial, imediato e individualizado);
- (ii) O estabelecimento de regras de Direito Público, Privado, Previdenciário, Civil e Processual Civil, incluindo a proteção penal ao idoso; e
- (iii) A promoção do ‘*status civitatis*’ do ancião. (FALEIROS, 2007; SOUSA, 2004; FREITAS JUNIOR, 2008; RAMAYANA, 2004).²⁵

²⁵ Importa mencionar opiniões em contrário a respeito do ineditismo do Estatuto do Idoso, a exemplo de Diniz (2010), segundo a qual não se justifica o ‘alvorço’ criado com a edição desse diploma legal no Brasil, pois o antigo Código Civil (de 1916); o Código Penal (de 1940); a Consolidação das Leis do trabalho (de 1943); leis previdenciárias editadas na década de 70; a Lei 8.842 (Política Nacional do Idoso); e outras, já traziam em seus corpos dispositivos de proteção ao idoso. Para a autora, “[...] o celebrado Estatuto do Idoso, ao contrário do que foi apregoado, não trouxe tantas inovações”. Os brasileiros, em sua maioria, é que não teriam conhecimento de

Na avaliação de Braga (2005, p. 186), a maior contribuição do Estatuto foi a publicidade dada à temática do envelhecimento. Para a autora, trata-se de um instrumento que proporciona autoestima e fortalecimento “[...] a uma classe de brasileiros que precisa assumir uma identidade social. [...]”. O idoso “precisa se inserir na sociedade, e, assim, passar a ser respeitado como indivíduo, cidadão e participe da estrutura politicamente ativa”.

De acordo com Sousa (2004, p. 179), o Estatuto é uma legislação contemporânea que assegura aos idosos, com tutela legal ou por outros meios, as oportunidades e facilidades para a preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, “[...] em condições de liberdade e dignidade”. Dignidade, aliás, que, conforme Martinez (2005, p. 45), “representa respeito, não à discriminação, e reconhecimento do valor do idoso, nas diferentes circunstâncias”.

4.2 O critério cronológico na definição do idoso e a realidade do idoso no Brasil

Norberto Bobbio (1997), em uma de suas últimas obras (“O Tempo da Memória: de senectude e outros escritos autobiográficos”), estabelece três perspectivas que norteiam a velhice: a censitária ou cronológica, a burocrática e a psicológica ou subjetiva.

A perspectiva censitária ou cronológica considera idoso o indivíduo a partir do ponto em que este alcança uma idade previamente estipulada. Trata-se de um critério que independe de considerações de outras ordens que se possa fazer a seu respeito. Conforme Braga (2005, p. 42), a perspectiva “[...] é meramente formal. Estipula-se um patamar (uma idade) e todos que o alcançarem são considerados idosos, independentemente de suas características pessoais”.

A perspectiva burocrática a que Bobbio se refere corresponde “[...] àquela idade que gera direitos a benefícios, como a aposentadoria por idade ou passe livre em ônibus urbanos”. (BRAGA, 2005, p. 42). De natureza econômico-social, baseia-se fundamentalmente na ideia de que o indivíduo hipossuficiente carece de maior proteção do Estado na comparação com o indivíduo autosuficiente.

Finalmente, a perspectiva psicológica ou subjetiva não pressupõe parâmetros objetivos ou legislativos, sendo por isso mais complexa: “depende do tempo que cada indivíduo leva para sentir-se velho”. (BRAGA, 2005, p. 42). Advinda de um conjunto de aspectos personalíssimos, para o qual concorrem diferentes fatores, constitui, se tomado por si todos os instrumentos de sua proteção, tornando-os, grande parte das vezes, obsoletos. (p. 6.795).

só, um critério de difícil adoção para classificar o indivíduo como idoso. Isso porque “[...] cada pessoa vivencia essa fase da vida de uma forma, considerando sua história particular e todos os aspectos estruturais (classe, gênero e etnia) a ela relacionados, como saúde, educação e condições econômicas”. (MINAYO e COIMBRA JR., 2002, p. 14).

Pela natureza essencialmente objetiva, a perspectiva cronológica é o critério adotado por documentos internacionais e legislações.

A ONU, desde 1982, estabeleceu (através da Resolução 39/125 da Primeira Assembleia Mundial das Nações Unidas sobre o Envelhecimento da População, em Viena) que nos países desenvolvidos idoso é o indivíduo com idade igual ou superior a 65 anos e que nos países em desenvolvimento corresponde ao indivíduo com idade igual ou superior a 60 anos. (SANTOS, 2003).²⁶

O mesmo critério foi primordialmente adotado em diferentes dispositivos legais no Brasil (caso da Política Nacional do Idoso, Lei n. 8.842/1994, e do Estatuto do Idoso, Lei n. 10.741/2003), que, na qualidade de país em desenvolvimento, estabelece como indivíduo idoso aquele que tem 60 anos ou mais. Assim, no Brasil, é idoso quem tem 60 ou mais anos de idade, homem ou mulher, nacional ou estrangeiro, urbano ou rural, trabalhador da iniciativa privada ou do serviço público, livre ou recluso, exercendo atividades ou aposentado, incluindo o pensionista “[...] e qualquer que seja a sua condição social”. (MARTINEZ, 2005, p. 20).

No entanto, a perspectiva cronológica na definição da velhice ou do idoso é contestada.

Braga (2005, p. 44) avalia que o grande problema do critério cronológico é não considerar diferenças pessoais e a larga faixa etária abrangida pelo conceito, principalmente se se levar em conta que atualmente são cada vez mais numerosas as pessoas centenárias. “Pode haver enorme diferença no estado de saúde (física e mental), entre duas pessoas sexagenárias, uma delas pode ser doente e debilitada, enquanto a outra se encontra em pleno vigor, sendo perfeitamente lúcida”.

Com igual percepção Camarano e Pasinato (2004, p. 5), para quem:

Idoso, em termos estritos, é aquele que tem “muita” idade. A definição de “muita” traz uma carga valorativa. Os valores que referendam esse juízo dependem de características específicas do ambiente onde os indivíduos vivem. Logo, a definição de idoso não diz respeito a um indivíduo isolado, mas à sociedade como um todo. Assumir que a idade cronológica é o critério universal de classificação para a

²⁶ <http://www.unati.uerj.br/tse/scielo.php>

categoria idoso é correr o risco de afirmar que indivíduos de diferentes lugares e diferentes épocas são homogêneos.

De fato, o critério cronológico é dos mais imprecisos. Segundo Santos (2003, p. 88), considerando a relação do todo com as partes e vice-versa, “[...] o ser idoso não pode ser definido só pelo plano cronológico, pois outras condições, tais como físicas, funcionais, mentais e de saúde, podem influenciar diretamente na determinação de quem o seja”.

Por outro lado, a adoção deste critério, por sua objetividade, facilita a identificação do idoso no caso concreto, auxiliando propósitos jurídico-legais, e não apenas estes, mas também objetivos administrativos no desenho de políticas públicas e planejamento ou oferta de serviços para o idoso. (BRAGA, 2005; SANTOS, 2003).

A apreensão de um conceito de idoso já nos parece tormentosa, eis que suscita dificuldades interpretativas que geram argumentos contrários e controvérsias do ponto de vista científico. De outra parte, como nos alerta Néri (1991, p. 32), a busca por um conceito fechado restringe os significados de ‘idoso’ e de ‘velhice’ ao olhar do investigador, delineando um quadro predominantemente ideológico que reforça mitos, estereótipos e preconceitos, pois, “[...] o que há em relação que *significa ser velho no Brasil* são opiniões. E muitas. De leigos e profissionais”. (grifos da autora).

Por tal razão, não se considera conveniente, por ingloria, estender uma discussão para um alcance conceitual.

Outrossim, frisa-se que neste estudo não se adota qualquer um dos critérios anteriormente mencionados na definição do indivíduo idoso. Aborda-se predominantemente a perspectiva cronológica tão somente por ser ela que orienta a seara do Direito em seus diplomas legais. Toma-se, pois, esse critério, não como um critério absoluto, mas, sim como um referencial, tendo em mente as palavras de Néri (1995, p. 7):

[...] a passagem do tempo, referida pela idade cronológica, não causa o início da velhice nem de qualquer outro período etário. Ela é simplesmente um referencial ou um parâmetro social para julgamento da maturidade social do indivíduo, ou uma dimensão ao longo da qual são registradas as mudanças evolutivas.

Assim também se procede porque o uso exclusivo da idade na definição do indivíduo idoso traz-lhe nefastas consequências numa sociedade, em geral conservadora, tendente a preconceitos, estereótipos e estigmas.

Uma dessas consequências diz respeito ao poder prescritivo contido neste critério. Segundo Camarano e Pasinato (2004, p. 5-6), a sociedade cria expectativas em relação aos papéis sociais daqueles com *status* de idoso e exerce diversas formas de coerção para que esses papéis se cumpram, independentemente de características particulares dos indivíduos.

O *status* de idoso pode ser atribuído a indivíduos com determinada idade, mesmo que não apresentem características de dependência ou senilidade associadas à velhice e, mais importante, que recusem esse *status*. Um exemplo claro dessa coerção é a aposentadoria compulsória presente nos regimes de aposentadorias de vários países do mundo, inclusive dos países desenvolvidos. (grifos das autoras).

Além dos expedientes coercitivos, outras consequências cristalizam-se nos mitos, estereótipos e estigmas que sobre ele recaem, bem como sobre a experiência do envelhecimento, que, consistindo em constructos sociais históricos sedimentados ao longo do tempo, ainda hoje persistem. O modelo social de velhice da sociedade contemporânea atribui características estigmatizadoras ao idoso, “[...] pois quando o indivíduo já não possui atributos como capacidade produtiva, memória, beleza, força, etc. já não atende mais aos conceitos ideológicos criado pela mesma”. (ALMEIDA e PATRIOTA, 2009, p. 4).

Ou seja, em nossa cultura a velhice não é bem aceita e certamente essa recusa associa-se à construção social do idoso, que sempre atribuiu qualidades ou características negativas que o define como ‘sujeito decadente’. (ALMEIDA e PATRIOTA, 2009).

Paradigmas tradicionais pessimistas em relação aos idosos geram efeitos negativos.

Nesse sentido, cita-se a discriminação que os idosos sofrem quando participam do mercado de trabalho, sendo vistos como indivíduos intrinsecamente improdutivos. De acordo com Camarano e Pasinato (2004, p. 7), tal visão “[...] leva a se pensar que mesmo que o envelhecimento seja desejável sob a perspectiva dos indivíduos, [...] pode acarretar um peso sobre a população jovem [...]”. Nesse esteio, o custo do aumento da população idosa poderia vir a se constituir uma ameaça ao futuro das nações.

E também a discriminação na sua realização através da afetividade, tema de delicadeza e pessoalidade e em relação ao qual o Direito resiste em preconceitos. (SILVA, 2007).

A visão que limita aos idosos a liberdade e presume a sua incapacidade subtrai-lhes as necessidades afetivas e sentimentais (e todos os seus desdobramentos), que, na verdade, permanecem inalteradas. No contexto da afetividade entre casais, também subtrai dos idosos a

possibilidade de exercer erotismo e sexualidade, tema que historicamente é cercado de tabus e que, particularmente em relação aos idosos, constitui assunto eivado de preconceitos. (SILVA, 2007; ALMEIDA e PATRIOTA, 2009).

Sabe-se que o idoso, mesmo mediante eventuais limitações fisiológicas, pode exercer plenamente a sua sexualidade e satisfazer-se ao fazê-lo, tal qual o jovem. A idade não ‘dessexualiza’ o indivíduo. No entanto, nesta senda predomina uma visão que reflete mitos e estereótipos amplamente difundidos – entre outros, de que as pessoas idosas não são atraentes fisicamente, de que não têm interesse por sexo (seriam assexuadas), ou, ainda, de que são incapazes de sentir algum estímulo sexual – que, unidos à falta de informação estipulam o que é ou não adequado para cada faixa etária, induzindo a uma atitude pessimista em tudo o que se refere ao sexo na velhice. (ALMEIDA e LOURENÇO, 2008; ALMEIDA e PATRIOTA, 2009).

Dentre mitos, estereótipos e estigmas, toma-se o idoso como um *ser* vulnerável do ponto de vista de sua autonomia privada – processo que faculta a livre constituição e conformação das relações jurídicas pelos sujeitos que dela participam – e de autodeterminação, não obstante tais categorias jurídicas serem manifestações de sua dignidade e consequências lógicas do livre desenvolvimento de sua personalidade, permitindo a realização de um projeto existencial.

Isso inclui tomar o indivíduo idoso como vulnerável também do ponto de vista patrimonial, não obstante saber-se, com Pargendler (2003), que, por via da autonomia privada, da qual a liberdade contratual é a manifestação mais importante, e da autodeterminação patrimonial, deduzida do princípio da dignidade da pessoa humana e constitucionalmente tutelada, preserva-se o livre desenvolvimento da personalidade nas relações contratuais, hoje situadas num quadro de referências principiológicas – relações essas que, no enquadramento normativo da liberdade de contratar, incluem parcerias associativas, a exemplo dos contratos matrimoniais que formalizam a união entre os casais e tudo o que envolva o seu patrimônio.

Tais colocações têm implicação direta na análise do inciso II do artigo 1.641 do Código Civil, Título II, Do Direito Patrimonial, que dispõe sobre o regime de bens entre cônjuges no Brasil. Referido Inciso impõe regime obrigatório de separação de bens a pessoa maior de 70 anos (redação dada pela Lei n. 12.344, de 2010), portanto legalmente idosa no ordenamento jurídico do País.

Estaria a norma vulnerando de modo absoluto o princípio da dignidade do idoso e seu poder de autodeterminação ao subtrair-lhe o direito de decidir quanto à sorte de seu

patrimônio? O enfrentamento do dispositivo, realizado a seguir, busca respostas para essa indagação.

4.3 Enfrentamento do inciso II do artigo 1.641 do Código Civil

Ao nascimento da Constituição Federal de 1988, Lôbo (1989, p. 71) já identificava que a preocupação excessiva com os interesses patrimoniais, característica do Direito de Família de corte liberal, não encontrava eco na família daquele momento, “[...] vincada por outros interesses de cunho pessoal ou humano, tipificados por elemento aglutinador e nuclear distinto: a afetividade”. Para o doutrinador, tal elemento nuclear definia o suporte fático da família tutelada na Constituição.

Desde então, as funções econômica, política e religiosa do casamento ganharam valor secundário, privilegiando-se a realização pessoal, através do convívio, da solidariedade e da afetividade.

Exatamente por isso, as relações patrimoniais no âmbito familiar inseriram-se em um contexto tangencial, sem, contudo, deixar de se manter como uma realidade inexorável da vida em conjunto, afigurando-se matéria digna de tutela, “[...] mas sempre com o sentido de acessoriedade, ou melhor, instrumentalização para a mais completa proteção do indivíduo”. (SOUZA, 2009, p. 1).

O direito patrimonial de família, de expressão econômica, reúne um conjunto de regras organizadoras dos bens da entidade familiar, de que podem ser titulares os cônjuges, também por isso compreendendo a projeção dos efeitos decorrentes do casamento/união estável sobre o seu patrimônio.

Na hipótese de casamento os efeitos patrimoniais são regulados mediante o regime de bens, estatuto que disciplina interesses econômicos, ativos e passivos, do casamento e também regulando suas consequências.

No Código Civil brasileiro, quatro regimes de bens estão previstos: comunhão parcial (artigos 1.658 a 1.666); comunhão universal ou total de bens (artigos 1.667 a 1.671); separação universal ou total de bens (artigos 1.687 a 1.688); e o regime de participação final nos aquestos, bens adquiridos durante o casamento (artigos 1.672 a 1.686), que revogou as normas do regime dotal do Código Civil de 1916.

Devido ao caráter essencialmente patrimonial do regime de bens, indicando tratar-se de um direito disponível, ao casal, em sua liberdade e autonomia, cabe a escolha do regime de bens para o casamento, conforme se extrai do artigo 1.639 do Código Civil, segundo o qual “é

lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto a seus bens, o que lhes aprouver”. Tal escolha tem influência para além do casamento, alcançando aspectos sucessórios, pois é possível estabelecer ou não o cônjuge como herdeiro na primeira linha sucessória, em concorrência com os descendentes.

Em termos gerais, são as partes interessadas livres para a escolha do tratamento que será conferido aos seus bens após o estabelecimento da união, seja ela livre ou conjugal. Para tanto, existem os instrumentos do pacto antenupcial e do acordo estabelecido voluntariamente por aqueles que vivem em união estável. (SOUZA, 2009, p. 2).

Resta claro, portanto, “[...] que a liberdade rege a situação dos bens do casal, sendo-lhe permitido optar pelo regime que melhor atender aos interesses de ambos”. (CABRAL e FIGUEIREDO, 2012, p. 117).

No entanto, o inciso II do artigo 1.641 do Código Civil obriga o indivíduo maior de 70 anos a um só regime de bens no casamento, o de separação – antes da Lei n. 12.344, de 2010, esta obrigação era fixada a pessoa maior de 60 anos – vedando-lhe escolher o regime de bens patrimoniais que vigorará no seu casamento.

Ou seja, contrariamente aos nubentes das demais faixas etárias, aos quais é facultada a livre escolha do regime de bens, ao idoso maior de 70 anos obriga-se casar-se por um regime escolhido segundo a vontade do legislador.

Importa destacar que o regime de separação obrigatória implica individualização patrimonial no casamento, com preservação de bens na esfera de cada um dos cônjuges, tanto no que diz respeito à aquisição como na administração desses bens. (SOUZA, 2009). De acordo com Silva (2006, p. 78), por esse regime “[...] conserva-se a individualidade do patrimônio de cada um dos cônjuges, havendo, em verdade, dois patrimônios distintos que não se comunicam”. Implica ainda, em caso de morte de um dos cônjuges, a condição de não-herdeiro àquele que sobrevive, caso comprovadamente não tenha havido esforço comum para a formação do patrimônio.

Das três hipóteses do regime obrigatório de separação de bens no casamento previstas no artigo 1.641 – as outras duas no inciso I, causas suspensivas da celebração do casamento (presentes no artigo 1.523) e no inciso III (autorização judicial) – a que determina tal regime a pessoa maior de 70 anos é a mais controvertida. O disposto no inciso II é das

matérias que mais tem suscitado controvérsias e divergências no âmbito do regime jurídico de bens do Código em vigor.²⁷

Sobretudo, porque, a despeito da tentativa de alinhar-se com as concepções atuais do Direito de Família na regulamentação do regime de bens do casamento, repisa a lógica do ultrapassado Código Bevilacqua, que, fundado em princípios liberais patrimonialistas, assentava na própria lei o regime de separação obrigatória de bens no casamento de indivíduos com determinada idade, independentemente da vontade das partes – o inciso II do artigo 258 do Código 1916 previa separação obrigatória de bens ao maior de 60 anos e à maior de 50 anos.²⁸

Ao estipular a regra de separação obrigatória de bens no casamento de indivíduos de determinada idade o legislador de 1916 tinha a preocupação em garantir a manutenção do patrimônio da família de origem, já que, naquele tempo, dificilmente alguém se casaria “tão velho”. (CAMPOS e VALLADARES, 2007). De maneira equivocada e preconceituosa, “[...] supunha que o homem sexagenário e a mulher cinquentenária já teriam perdido os seus encantos e atributos físicos, de modo que seriam invariavelmente vítimas do denominado golpe do baú”. (NEVES, 2008, p. 19).

No entanto, a despeito da Constituição Federal, de todos os documentos legais de proteção aos direitos do idoso no Brasil e das transformações da sociedade, o legislador do vigente Código repetiu a mesma lógica do Código de 1916, incidindo no mesmo pecado. (NEVES, 2008). Ou seja, ainda que aparentemente não tenha dado tratamento equivocado e preconceituoso a idosos de 60 a 69 anos, o fez em relação aos idosos maiores de 70 anos.

Segundo Souza (2009, p. 2):

A organização do matrimônio no novo Código Civil de 2002 acompanhou em grande parte a estrutura estabelecida pela legislação anterior, aproveitando-se da construção erguida em benefício da chamada família oriunda das justas núpcias, que, juntamente com a propriedade e o contrato, sempre se constituiu como um dos pilares de sustentação do direito privado nacional.

²⁷ Outra questão controversa diz respeito ao conteúdo do parágrafo 2º do artigo 1.639, que admite alteração do regime de bens no curso do casamento (mediante autorização judicial e em pedido motivado por ambos os cônjuges). Tal dispositivo, na visão de Gagliano (2002), subverteu o tradicional princípio da imutabilidade do regime de bens, restando saber se terão direito à alteração do regime as pessoas casadas antes de vigorar o Código de 2002. Para o doutrinador, tal indagação, que suscita controvérsia, apenas a jurisprudência poderá dirimir.

²⁸ Diga-se que, visando flexibilizar a rigidez do artigo 258 do Código de 1916, o Supremo Tribunal Federal editou, em 1964, a Súmula 377, estabelecendo que, independente do enquadramento do regime jurídico determinado pelo referido artigo, deveria haver comunicabilidade entre os bens adquiridos na constância do matrimônio. De acordo com Oliveira e Lima (2012), com a Súmula 377, o STF reconheceu que o artigo 258 prejudicava um dos cônjuges, uma vez que em muitos casos havia colaboração mútua para o acréscimo patrimonial do casal durante a convivência.

São várias as incongruências e contradições do conteúdo do inciso II, inclusive em relação ao próprio Código, conforme nos relata Silva (2006, p. 77-78):

O regime obrigatório baseado na idade contradiz a lógica do Código mesmo, que em artigo anterior, o 1513, estabelece ser vedado a qualquer *pessoa*, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família, considerando ainda, no artigo 1565, que os cônjuges assumem, mutuamente, a condição de consortes, companheiros e são, ambos, responsáveis pelos encargos da família, sendo essa obrigação recíproca reforçada ainda no artigo 1566, que estipula como dever mútuo, entre outros, o de assistência, no artigo 1567, estabelecendo que a direção da sociedade conjugal é exercida conjuntamente pelo homem e pela mulher e também no artigo 1568, que os obriga a concorrer, na proporção de seus rendimentos e bens, para o sustento do lar.

Parece-nos oportuna a reflexão, ainda que breve, sobre quais causas teriam motivado a aplicação do regime de separação obrigatória de bens a pessoas maiores de 70 anos.

A doutrina clássica do Direito Civil era a favor da estipulação de uma idade a partir da qual deveria ser aplicado o regime de separação de bens no casamento.

Pontes de Miranda (1955, p. 278-279), por exemplo, era favorável à separação de bens “[...] para evitar explorações, consistentes em levar-se ao casamento, para fins de comunhão de bens, mulheres em idade vulnerável, ou homem em fase de crise afetiva”. Por isso, a lei, acertadamente, teria cerceado a possibilidade de estipulações convencionais de ordem matrimonial, excluindo o regime comum.

Já para Clovis Bevilacqua, acompanhando o pensamento anterior, era válida a imposição do regime de separação de bens neste caso, uma vez que pessoas idosas já teriam passado da idade em que o casamento se realiza por impulso afetivo. (SOUZA, 2009).

Esta defesa, entretanto, ainda persiste na atualidade. Aduz-se haver pessoas, que, por se encontrarem em determinadas circunstâncias, necessitam ser protegidas pelo Estado em função do risco de perda patrimonial pela possibilidade da confusão entre bens. Este seria o caso dos idosos com idade acima de 70 anos. (SOUZA, 2009). Assim, o dispositivo em estudo teria caráter protetivo, de modo a “[...] afastar o incentivo patrimonial do casamento de uma pessoa jovem que se consorcia com alguém mais idoso”. (VENOSA, 2004, p. 175).

Nessa direção o doutrinador Silvio Rodrigues (2004, p. 13), para quem:

É evidente o intuito protetivo do legislador, ao promulgar o dispositivo. Trata-se, em cada um dos casos compendiados no texto, de pessoas que, pela posição em que se encontram, poderiam ser conduzidos ao casamento pela atração que sua fortuna exerce. Assim, o legislador, para impedir que o interesse material venha a constituir o elemento principal a mover a vontade do outro consorte, procura, por meio do regime obrigatório da separação, eliminar essa espécie de incentivo.

E também Zeno Veloso (1997), que entende que a regra protetiva, o casamento sob regime imperativo da separação, deve ser mantida, uma vez que “[...] os amores crepusculares tornam as pessoas presas fáceis de gente esperta e velhaca, que quer enriquecer por via de um casamento de conveniência, o que na linguagem popular se conhece por ‘golpe do baú’”. (p. 120).

A defesa do conteúdo protetivo contido do inciso II, contudo, não se sustenta. Conforme Caio Mário da Silva Pereira (2006, p. 206), a regra não encontra justificativa econômica tampouco moral, pois, “se é certo que podem ocorrer matrimônios por interesse nesta faixa etária, certo também que em todas as idades o mesmo pode existir”. Deste modo, esse tipo de desconfiança e suspeita sobre o casamento de idosos acima de 70 anos não tem razão para subsistir.

Aduz-se ainda que o dispositivo teria vocação para a manutenção da paz familiar, evitando a intervenção dos filhos na vida dos pais à medida que esses constroem novos relacionamentos. Tal intervenção seria uma forma de controle alerta à possibilidade de uso do dinheiro da família e dilapidação do patrimônio. Segundo Souza (2009, p. 4), ainda se acredita que uma possível comunhão de bens interfere diretamente na herança a ser deixada, “[...] resultado que a muitos incomoda, tendo em vista os interesses meramente patrimoniais que estes possuem”.

Mas o tratamento dado ao idoso maior de 70 anos, refletido na dicção do inciso em estudo, faz com que não possa decidir sobre questões patrimoniais. Ele é obrigado, mesmo que não queira, a manter o seu patrimônio para seus futuros herdeiros, numa clara violação da regra de que não existe herança de pessoa viva. (DINIZ, 2010).

Essa visão certamente se funda na ideia das incapacidades que cercam o indivíduo idoso, presunção que origina um tratamento jurídico bastante diferenciado em relação a outros adultos, aí incluídos os que têm de 60 a 69 anos. (CAMPOS e VALLADARES, 2007; DINIZ, 2010). Muitas pessoas pensam que a idade avançada *per se* é causa de incapacidade jurídica e

também que uma eventual disposição dos bens pelo idoso pode ser vista como prodigalidade, motivo que justificaria a sua interdição. (DINIZ, 2010).

Percebe-se que o legislador, ao invés de valorizar a pessoa humana, procurou proteger o patrimônio de futuros herdeiros que, inúmeras vezes, tentam a todo custo coibir os atos da vida civil praticados pelo idoso, através, por exemplo, de pedidos de interdição. Assim, o idoso é impossibilitado, no fim de sua vida, de usufruir de tudo aquilo que construiu – com o que o ordenamento não pode compactuar. Inclusive, há de se destacar que o art. 10, parágrafo 1º da Lei n. 8.842/94 (Política Nacional do Idoso) dispõe que: “É assegurado ao idoso o direito de dispor de seus bens, proventos, pensões e benefícios, salvo nos casos de incapacidade judicialmente comprovada”. (DINIZ, 2010, p. 6.807).

Assim, reduzir homens e mulheres idosos à condição de que não sabem guiar-se senão por critérios irracionais e emoções primárias, constitui juízo que afronta e amesquinha a realidade humana, sobretudo porque a evolução das condições materiais e espirituais da sociedade, repercutindo no grau de expectativa e qualidade de vida, “[...] garante que a idade madura não tende a corromper, mas a atualizar as virtualidades da pessoa, as quais constituem o substrato sociológico na noção da capacidade jurídica”. (CAHALI, 2005, p. 173).

Há que se destacar também, que, contraditoriamente, o próprio Código Civil afirma o oposto, pois a capacidade civil dos indivíduos não está ali limitada. O que se extrai dos artigos 3º e 4º do Código nos permite afirmar que é cediço a pessoas legalmente idosas, por exemplo, candidatar-se à Presidência da República ou ser Ministro do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.²⁹

Enfim, os argumentos que tentam justificar e defender a imposição do regime de separação obrigatória a indivíduos maiores de 70 anos mostram-se inconsistentes. Só comprovam o tratamento preconceituoso e discriminatório que se dá ao idoso no Brasil, como evidenciado na seção 4.2, e como este tratamento, ainda predominante, tem o poder de transitar com vigor para a seara jurídica, a ponto de alojar-se no principal diploma civilista do País, mais especificamente no inciso II do artigo 1.641.

²⁹ Segundo o artigo 3º, são absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: I) os menores de 16 anos; II) os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos; e III) os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade. Segundo o artigo 4º, são incapazes relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer: I) os maiores de 16 anos e menores de 18 anos; II) os ébrios habituais, os viciados em tóxicos e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido; III) os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo; e IV) os pródigos. No Parágrafo Único do artigo tem-se que a capacidade dos índios será regulada por legislação especial. (BRASIL, 2002).

Conforme Oliveira e Lima (2012, p. 14), em que pese a ampliação do limite, a restrição “[...] ainda permaneceu deixando implícito todos os preconceitos do legislador em relação ao idoso. Mais especificamente no tocante à sua vulnerabilidade em relações afetivas estabelecidas em momento mais avançado da vida”.

Tão ou mais importante do que esses aspectos, ressalta a característica paternalista do Estado brasileiro, que, a título de proteção ao idoso ou da defesa da manutenção da paz familiar, abre espaço para deliberações e arbitrariedades do legislador. De acordo com Villela (1999), são autoritárias nossas leis de família sempre que retiram das pessoas as faculdades inerentes à capacidade negocial que se lhes reconhece. Não haveria razão lógica, justiça ou bom senso no inciso que obriga aos idosos o regime da separação de bens no casamento.

Transforma-se, assim, o Estado num Estado interventor, a interferir na esfera da privacidade amorosa e patrimonial. Trata-se de uma intervenção desarrazoada, naturalmente, que, de acordo com Souza (2009, p. 2-3), “[...] insiste em substituir a vontade dos interessados por regras já existentes para o casamento”. Ultrapassa, desse modo, o sentido da proteção. É claramente perceptível que a imposição legal de um regime de organização dos bens “é regra excepcional por desconsiderar a liberdade de escolha dos sujeitos, permitindo-se a união, mas interferindo-se o Estado em aspectos econômicos, portanto disponíveis, da nova vida do casal”.

E isso tem graves repercussões frente a todos os conteúdos anteriormente tratados nesta pesquisa, conforme identifica a doutrina.

Souza (2009) afirma que não se pode confundir tutela com poder de fiscalização e controle, pois isso restringe a autonomia privada, limitando de forma exacerbada a vontade e a liberdade dos indivíduos.

Com igual percepção Campos e Valladares (2007, p. 112), para quem, em decorrência do dispositivo, é defeso aos idosos o exercício da autonomia privada, “[...] que passa a ser limitada abstratamente em função do fator idade”. O inciso desconsidera, assim, a supremacia da autonomia da vontade do idoso.

Neves (2008, p. 19), referindo-se ao dispositivo antes da alteração promovida pela Lei 12.344 (que passou para maiores de 70 anos a obrigatoriedade do regime de separação de bens no casamento) afirma que:

Salta aos olhos o desacerto do legislador e, especificamente, no que tange aos sexagenários, nos dias atuais, não é demais dizer que afronta o princípio da isonomia contemplado na nossa Lei Maior uma vez que se permite às pessoas de dezoito, de

trinta, de quarenta, de cinquenta anos, enfim todas as pessoas com idade entre dezoito e sessenta anos, a possibilidade de eleger o regime que regulará as relações patrimoniais durante o seu casamento. Porque não atribuir idêntico direito ao sexagenário? Não teria ele a livre disposição de seus bens? Não pode o sexagenário realizar todos os demais atos da vida civil? Porque não pode ele eleger o regime de bens que regerá suas relações matrimoniais?

A intromissão do legislador, neste ponto, chega a ser imperdoável. Nem se argumente que haveria hipótese onde seria necessária tal imposição para proteger terceiros, tal qual se dá com os filhos do primeiro matrimônio, ou do pupilo ou da pupila. É que tal proteção poderia, como efetivamente pode, ser alcançada por outros meios mais eficazes e sem coartar o direito que se confere à maioria das *pessoas* de optarem livremente pelo regime de bens que melhor lhes aprouver e até de criarem espécie diversa daquelas expressamente existentes no Código Civil.

De acordo com Oliveira e Lima (2012, p. 13), limitar o direito do idoso de mais de 70 anos de gerenciar conforme a sua vontade o seu patrimônio, aí incluído o direito de escolher o próprio regime de bens do casamento, “[...] viola o direito à liberdade de escolha e à dignidade do cidadão, que, sendo plenamente capaz para a prática de todos os atos da vida civil, vê-se cerceado em um direito fundamental”. Identificam essas autoras que no inciso II:

[...] verifica-se a inegável afronta ao Princípio da Dignidade da pessoa Humana por diminuir a autonomia da pessoa detentora de direitos e deveres e constrangê-la socialmente imputando-lhe uma incapacidade de discernimento e restrição à sua manifestação de vontade que a própria Constituição vedou. É imputar deficiência mental presumida *iuris et de iure* àquele que de fato possui maior capacidade pela maior experiência e maturidade acumulada devendo revelar a mais apurada sabedoria. [...]. A restrição representa ofensa a direitos assegurados constitucionalmente, como liberdade de escolha, a igualdade e a dignidade humana, bem como afronta direitos assegurados aos idosos em estatuto específico, o Estatuto do Idoso. (OLIVEIRA E LIMA, 2012, p. 13- 14). (grifos das autoras).

Cahali (2005, p. 174), na mesma direção, considera que a eficácia restritiva da norma legítima e perpetua “verdadeira degradação”, que retirando do idoso o poder de dispor de seu patrimônio nos limites do casamento, atinge o cerne mesmo da ‘dignidade da pessoa humana’, um dos fundamentos da República.

[...] não só porque a decepa e castra no seu núcleo constitutivo de razão e vontade, na sua capacidade de entender e querer, a qual, numa perspectiva transcendente, é vista como expressão substantiva do próprio ser, como porque não disfarça, sob as vestes grosseiras de paternalismo insultuoso, todo o peso de uma intromissão estatal indevida em matéria que respeita, fundamentalmente, à consciência, intimidade e autonomia do cônjuge.

Notória, portanto, a violação ao princípio da dignidade da pessoa humana contida no inciso e a princípios que deste decorrem – e que são constitucionalmente garantidos – como a liberdade (inclusive de associação); a autonomia privada; a autodeterminação; igualdade e isonomia; e o exercício de direitos existenciais, fundamentais para se viver de forma digna, como o direito de personalidade, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade (pois o afeto é um direito de personalidade) e da capacidade (eis que esta é projeção da personalidade). E violar princípios é romper com a Constituição.

Por isso, a defesa da inconstitucionalidade do dispositivo, considerando-se que a majoração da idade no regime de bens do novo Código não torna a norma ‘mais constitucional’. Conforme Cabral e Figueiredo (2012, p. 121):

Os diversos posicionamentos doutrinários acerca do tema não criticam a questão quantitativa, se 60 ou 70 anos, e sim, a determinação de uma limitação da vontade de forma injustificada e desigual imposta ao cidadão, tendo em vista que o Código Civil prevê um início para a capacidade civil, em razão da idade. Não estabelecendo, por certo, uma idade para cessar tal capacidade.

Correta, portanto, a visão de Souza (2009, p. 3), segundo a qual o desrespeito à dignidade humana “[...] faz com que a defesa da inconstitucionalidade da norma seja a melhor solução para o equilíbrio do sistema jurídico [...]”.

Tal defesa é advogada também por boa parte da doutrina, que, inclusive, assim se posicionou mesmo antes da majoração da idade à qual obriga-se o regime de separação de bens no casamento.³⁰ Aqui transcrevemos alguns deles.

Farias e Rosenvald (2008, p. 242-243) avaliam que se trata efetivamente de dispositivo legal inconstitucional, “às escâncaras, ferindo frontalmente o fundamental princípio da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III) por reduzir a sua autonomia como pessoa e constrangê-lo pessoa e socialmente, impondo uma restrição que a norma constitucional não previu”.

Para Diniz (2010, p. 6.805):

³⁰ A título informativo, citam-se alguns doutrinadores contrários à tese da inconstitucionalidade do Inciso II do artigo 1.641 do CC, entre outros, Washington de Barros Monteiro, Josaphat Marinho e Zeno Veloso. (CABRAL e FIGUEIREDO, 2012).

Tal restrição, convenhamos, é manifestamente inconstitucional, pois fere o princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que comporta uma intervenção na vida íntima do indivíduo, limitando a sua autonomia privada – o que não condiz com a principiologia do Estado Democrático de Direito. São também desrespeitados os princípios da igualdade e da liberdade, vez que qualquer indivíduo, desde que apto para o casamento, pode livremente escolher o regime de bens que melhor lhe aprouver. [...]. Tal norma é completamente incoerente com o ordenamento jurídico.

Assim também se posiciona Paulo Luiz Netto Lôbo (2010, p. 323), ao entender que tal hipótese é “atentatória do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana”, por reduzir sua autonomia como pessoa e constrangê-la a tutela reducionista, além de estabelecer restrição à liberdade de contrair matrimônio, que a Constituição não faz. “Consequentemente é inconstitucional esse ônus”.

Finalmente Cabral e Figueiredo (2012, p. 127), para quem, mesmo após a majoração da idade, o dispositivo é inconstitucional “[...] por privilegiar a tutela de direito patrimonial, em sua natureza essencialmente disponível, em detrimento da tutela da dignidade da *pessoa* humana, na qual se inserem a autonomia da vontade, o direito à autodeterminação e afetividade [...]”.

Segundo Souza (2009), nos Tribunais, a tese da inconstitucionalidade ainda não é de todo vitoriosa, preponderando o entendimento de que a restrição é proporcional e que o intuito protetivo do legislador deve prevalecer.

No entanto, a pesquisa junto à jurisprudência apontou várias decisões a respeito do conteúdo do inciso II, seja criticando a regra, seja defendendo a inconstitucionalidade do dispositivo. Tais decisões vêm evidenciando a mudança da perspectiva dos Tribunais brasileiros. Algumas delas são destacadas a seguir.

Cabral e Figueiredo (2012, p. 121-122) mencionam o ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal, Cezar Peluso, que, quando ainda era desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, proferiu, em 1998, importante voto acerca do tema. Eis o voto.

Lei que, com o propósito racional de guardar o patrimônio de algumas *pessoas* contra as fraquezas da submissão amorosa, priva-as a todas de exercitarem a liberdade jurídica de dispor sobre seus bens e de pautarem suas ações por razões íntimas, ressentindo-se de nexo de proporção entre o objetivo legítimo, que está na tutela dos casos particulares de debilidade senil, e o resultado prático exorbitante, que é, no fundo, a incapacitação da ampla classe das pessoas válidas na mesma faixa etária. Ou seja, inabilita e deprecia quase todos, por salvar uns poucos, que, aliás,

têm outros meios jurídicos para se redimir dos enganos das paixões crepusculares [...].

O alcance irracional e injusto da mesma norma vulnera ainda princípios constitucionais, até com gravidade maior, sob outro ponto de vista, que é o da mutilação da “dignidade” da pessoa humana em situação jurídica de casamento, porque, desconsiderando-lhe, de modo absoluto e sem nenhum apoio na observação da realidade humana, o poder de autodeterminação, sacrifica, em nome de interesses sociais limitados e subalternos, o direito fundamental do cônjuge de decidir quanto à sorte de seu patrimônio disponível, que, não ofendendo direito subjetivo alheio nem a função social da propriedade, é tema pertinente ao reduto inviolável de sua consciência.

É muito curta a razão normativa para a invasão tamanha. A lei, aqui, é modo exemplar de intrusão estatal lesiva ao direito à intimidade (right of privacy, ou, como se usa dizer, direito à privacidade), enquanto dimensão substancial da pessoa humana e objeto de tutela constitucional explícita (art. 5º, X, da Constituição Federal) e implícita (art. 5º, LIV).

A Ministra Nancy Andrighi, do Superior Tribunal de Justiça, em decisão proferida no ano de 2008, votou pela validade de doações realizadas por idoso a seu cônjuge. Entre seus argumentos, um especialmente interessa a este estudo, motivo pelo qual grifamos.

EMENTA. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE CONHECIMENTO SOB O RITO ORDINÁRIO. CASAMENTO. REGIME DA SEPARAÇÃO LEGAL DE BENS. CÔNJUGE COM IDADE SUPERIOR A SESSENTA ANOS. DOAÇÕES REALIZADAS POR ELE AO OUTRO CÔNJUGE NA CONSTÂNCIA DO MATRIMÔNIO. VALIDADE.

São válidas as doações promovidas, na constância do casamento, por cônjuges que contraíram matrimônio pelo regime da separação legal de bens, por três motivos: (i) o CC/16 não as veda, fazendo-no apenas com relação às doações antenupciais; **(ii) o fundamento que justifica a restrição aos atos praticados por homens maiores de sessenta anos ou mulheres maiores que cinquenta, presente à época em que promulgado o CC/16, não mais se justificam nos dias de hoje, de modo que a manutenção de tais restrições representam ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana;** (iii) nenhuma restrição seria imposta pela lei às referidas doações caso o doador não tivesse se casado com a donatária, de modo que o Código Civil, sob o pretexto de proteger o patrimônio dos cônjuges, acaba fomentando a união estável em detrimento do casamento, em ofensa ao art. 226, parágrafo 3º, da Constituição Federal. Recurso especial não conhecido. (STJ, 2009).³¹

O Processo n. 2010107802, julgado em 2010 pelo Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, teve como Relator o desembargador Osório de Araujo Ramos Filho. Este se posicionou pela inconstitucionalidade do Inciso por afronta ao princípio da dignidade humana, conforme se extrai da Ementa abaixo.

³¹ <http://www.stj.jus.br>

INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE - REGIME DE BENS - SEPARAÇÃO LEGAL OBRIGATÓRIA - NUBENTE SEXAGENÁRIO - INCISO II, DO ART. 1.641, DO CÓDIGO CIVIL - DISPOSITIVO QUE FERE O DIREITO FUNDAMENTAL DO CÔNJUGE DE DECIDIR QUANTO À SORTE DE SEU PATRIMÔNIO DISPONÍVEL - PRESUNÇÃO DE INCAPACIDADE POR IMPLEMENTO DE IDADE - INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA.

O disposto no inciso II, do art. 1.641, do CC exprime exigência legal que irradia afronta à dignidade humana abarcando sem critérios válidos cidadãos plenamente capazes e com extrema carga de experiência de vida, igualando-os às pessoas sem capacidade civil. (TJSE, 2010).³²

Também do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe e também sob a relatoria do desembargador Osório de Araujo Ramos Filho segue Ementa de julgado da Apelação Cível n. 20009217775, de 2010.

APELAÇÃO CÍVEL - REGIME DE BENS - SEPARAÇÃO LEGAL OBRIGATÓRIA - NUBENTE SEXAGENÁRIO

Lei que fere o direito fundamental do cônjuge de decidir quanto à sorte de seu patrimônio disponível. Presunção de incapacidade por implemento de idade. Arguição de inconstitucionalidade pelos apelados. Instauração do incidente de inconstitucionalidade dos artigos 1.641, II, do NCC e 258, PU, Inciso II do Código Civil de 1916. Matéria a ser apreciada pelo tribunal pleno. Artigo 97 da Constituição Federal, art. 480 e seguintes, do Código de Processo Civil e artigo 181 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de Sergipe. (TJSE, 2010).³³

No julgamento da Apelação Cível n. 70004348769, sobre anulação de doação em 2002, na 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado Rio Grande do Sul, a Desembargadora Maria Berenice Dias proferiu decisão conforme ementada abaixo, declarando a inconstitucionalidade do Inciso em estudo.

ANULAÇÃO DE DOAÇÃO. REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS.

Descabe a anulação de doação entre cônjuges casados pelo regime da separação obrigatória de bens, quando o casamento tenha sido precedido de união estável. Outrossim, o art. 312 do Código Civil de 1916 veda tão-somente as doações realizadas por pacto antenupcial. A restrição imposta no inciso II do art. 1641 do Código vigente, correspondente do inciso II do art. 258 do Código Civil de 1916, é inconstitucional, ante o atual sistema jurídico que tutela a dignidade da *pessoa* humana como cânone maior da Constituição Federal, revelando-se de todo descabida a presunção de incapacidade por implemento de idade.

³² <http://www.tjse.jus.br/portal/>

³³ <http://www.tjse.jus.br/portal/>

Apelo, à unanimidade, desprovido no mérito, e, por maioria, afastada a preliminar de incompetência, vencido o Em. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. (TJRS, 2002).³⁴

O mesmo é indiretamente declarado pela Desembargadora Maria Berenice Dias no julgamento de Apelação Cível n. 70017318940, em 2006, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, conforme Ementa abaixo.

CASAMENTO CELEBRADO PELO REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS POR IMPLEMENTO DE IDADE. UNIÃO ESTÁVEL ANTERIOR AO CASAMENTO. DIREITOS SUCESSÓRIOS.

Afronta a Constituição Federal o tratamento desigual conferido aos cônjuges e companheiros relativamente aos direitos sucessórios, bem com a adoção do regime da separação obrigatória de bens por implemento de idade. Dessa forma, à cônjuge supérstite casada pelo regime da separação obrigatória de bens e que viveu em união estável no período que antecedeu ao casamento conferem-se os direitos hereditários previstos no art. 1.829, inciso I, cumulado com art. 1.832 do Código Civil, concernentes ao regime da comunhão parcial de bens. Apelo provido. (TJRS, 2006).³⁵

Finalmente, vem do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia a última Ementa, de relatoria de Rosita Falcão de Almeida Maia, em decisão de 2012 sobre Embargos de Declaração de Processo n. 0000570-32.2006.8.5.0237, na qual é mencionada a inconstitucionalidade do dispositivo, com grifos nossos.

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO SANADA SEM EFEITOS MODIFICATIVOS. EMBARGOS ACOLHIDOS PARCIALMENTE. Apesar de suficientemente fundamentado, o acórdão embargado, de fato, não se pronunciou sobre algumas questões relevantes, tais como o direito da embargada à partilha dos bens. Vale esclarecer que, para fins de fixação de regime de bens, observa-se que o de cujus contava com 66 (sessenta e seis) anos de idade, por ocasião do início da união estável (fls. 10 e 12). Neste aspecto, comungo no sentido da inaplicabilidade analógica do art. 1.641, II, do Novo CC à união estável. Com efeito, **mesmo que a regra contida no art. 258, parágrafo único, II, do CC/16, tenha sido recepcionada no novo Código Civil, no art. 1.641, II, que impõe o regime obrigatório da separação de bens à pessoa maior de sessenta anos, temo que tal dispositivo expresse aparente inconstitucionalidade, visto que atenta contra o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana esculpido no art. 1.º, III, da CF, além do direito e garantia fundamental de que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, onde deve necessariamente se enquadrar a idade.** Os bens amealhados durante a convivência, considerando que a união estável teve início no ano de 1996 e fim em 2003, aplicável o disposto no art. 1.725 do Código Civil que dispõe que: “Na união estável, salvo contrato escrito entre os companheiros, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.” Comprovada a existência da união estável, os bens adquiridos na sua constância

³⁴ <http://www.tjrs.jus.br/site/>

³⁵ Idem.

devem ser partilhados na proporção de cinquenta por cento para cada convivente, dispensada a prova de que ambos contribuíram financeiramente para a aquisição dos bens, eis que se presume fruto da colaboração comum. Sanada a omissão suscitada, não há que se falar em violação a qualquer dispositivo infraconstitucional ou constitucional. Embargos acolhidos parcialmente, sem efeitos modificativos apenas com o fim de sanar a omissão apontada, mantendo a decisão embargada em sua íntegra. (TJBA, 2012).³⁶

Frente ao posicionamento majoritário da doutrina civilista pátria e à evolução da jurisprudência dos Tribunais, é possível afirmar que a tese da inconstitucionalidade do inciso II do artigo 1.641 do CC, aqui advogada, ganha corpo.

Esta realidade pode ser considerada bastante significativa e alvissareira no sentido de se imaginar a possibilidade de mudanças que reconduzam o Código Civil brasileiro ao patamar de conformidade, observância e respeito aos princípios elencados na Constituição Federal e nos principais documentos internacionais de igual envergadura. Em especial, ao princípio da dignidade da *pessoa* humana, norteador de todos os outros e da orientação da ordem democrática.

³⁶ <http://www5.tjba.jus.br/index.php>

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esta pesquisa visou analisar, à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, a validade do conteúdo normativo do inciso II do artigo 1.641 do Código Civil, que prevê o regime de separação de bens no casamento de maiores de 70 anos.

Para tanto, tratou inicialmente do conceito de '*pessoa*' enquanto categoria ontológica, chegando à formulação da ideia de *pessoa* na atualidade, que acentua não a pessoa como algo permanente e imutável, mas como um ser em contínua transformação, portanto, incompleto e inacabado, evolutivo e mutável, um vir-a-ser em contínuo *devenir*. A perspectiva atual de pessoa coloca-a como âncora da noção de dignidade humana, pois apenas a pessoa fornece a razão da dignidade.

A dignidade da pessoa humana foi tema tratado aqui desde uma perspectiva filosófica, para a qual contribuiu sobremaneira o pensamento kantiano, que acabou por influenciar a migração deste conceito para o mundo jurídico e o mundo do Direito, introduzindo-se como uma contingência necessária especialmente depois dos horrores cometidos na Segunda Guerra Mundial. A partir de então, a ideia de dignidade da pessoa humana entranhou-se no constitucionalismo contemporâneo.

Conforme revisado na pesquisa, a dignidade da pessoa humana é compreendida como um imperativo ético-existencial que antecede o próprio ordenamento jurídico: um conceito apriorístico, um dado que, preexistindo a qualquer experiência, tal qual a ideia de *pessoa* humana, paira sobre o Direito e o informa.

Exatamente por isso, constata-se a sua elevação, nas décadas finais do século XX, à condição de superprincípio, isto é, de vetor fundamental do constitucionalismo contemporâneo, inaugurando um novo momento do conteúdo do Direito, que, despatrimonializando-se e repersonalizando-se, atribuiu à dignidade da pessoa humana o seu valor supremo.

Esta realidade abriu espaço para a promoção de valores existenciais e espirituais da *pessoa*, consubstanciada na compreensão do conceito de personalidade, no reconhecimento dos direitos de personalidade e no livre desenvolvimento da personalidade nas dimensões física e psíquica. *Pari passu* à consideração da personalidade do indivíduo como um valor, a sua capacidade foi sendo considerada paulatinamente como o reconhecimento desse valor no âmbito jurídico. Portanto, a dignidade da pessoa humana, como repisado ao longo deste estudo, passou a designar não apenas o ser da *pessoa*, mas a sua própria humanidade.

Tem-se, hoje, que o princípio da dignidade da pessoa humana é pressuposto do regime jurídico das sociedades democráticas, pois opera tanto como princípio axiológico fundamental quanto como limite ao próprio poder estatal. A sua observância é, pois, um desafio que se coloca no âmbito civilista.

Daí porque a necessidade de examinar o inciso II do artigo 1.641 à luz desse princípio maior.

Procedendo ao exame do dispositivo em questão desde esse ponto de vista, chega-se à conclusão de que se trata de regra arbitrária, discriminatória e preconceituosa, além de profundamente intervencionista, em que pesem os argumentos que tentam justificá-la no âmbito protetivo do idoso ou da manutenção da paz familiar. Viu-se no estudo que esses argumentos, por sua inconsistência, não se sustentam, tendo em vista que qualquer indivíduo adulto apto, categoria na qual se inserem indivíduos idosos com idade superior a 70 anos, pode, perfeitamente, não apenas conduzir o destino de sua vida afetiva como também optar pelo regime de bens patrimoniais no casamento da forma que melhor lhe aprouver.

Mais do que isso, tem-se a convicção da inconstitucionalidade do referido inciso na medida em que, notoriamente, viola o princípio da dignidade da pessoa humana e que, nessa direção, viola tantos outros princípios constitucionalmente garantidos, entre eles o da liberdade, o da autonomia e autodeterminação da *pessoa*, da igualdade e isonomia, além de obstaculizar o exercício de direitos existenciais, pressuposto para se viver de forma digna, quais sejam, o direito de personalidade e o direito ao livre desenvolvimento da personalidade.

Ou seja, o inciso II do artigo 1.641 do Código Civil brasileiro, surpreendentemente, vai na contramão de conquistas históricas do ser humano e do cidadão brasileiro cristalizadas nas Constituições dos Estados democráticos, a exemplo da Constituição da República Federativa do Brasil. E isso ficou evidenciado na pesquisa não apenas pela visão majoritária da doutrina atual como também pela tendência jurisprudencial que ora se apresenta.

Por óbvio, esta dissertação não teve o condão de esgotar o tema. Em nenhum momento, pretendeu-se exauri-lo, inclusive porque se trata de um tema vasto que contempla inúmeros aspectos, todos passíveis de reflexão e análise. Por esse motivo, recomenda-se a produção de novos trabalhos científicos, inclusive sob outros enfoques que, acredita-se, podem somar para sistematizar conhecimentos.

Tendo em conta que estudos futuros podem de ampliar a análise aqui realizada, sugere-se especialmente o desenvolvimento de pesquisas empíricas que, em campo e em contato com parcela do universo da população-alvo, possam reafirmar as nossas conclusões.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Thiago de; LOURENÇO, Maria Luiza. Amor e Sexualidade na Velhice: direito nem sempre respeitado. **Revista Brasileira de Ciências do Envelhecimento Humano**, vol. 5, n. 1, pp. 130-140, Passo Fundo, jan./jun. de 2008.

ALMEIDA, Lucimêre Alves de; PATRIOTA, Lucia Maria. Sexualidade na Terceira Idade: um estudo com idosas usuários do Programa Saúde da Família do bairro Cidades – Campina Grande/PB. **Revista Qualitas**, vol. 8, n. 1, pp. 01-20, João Pessoa, UEPB, 2009.

ASCENSÃO, José Oliveira. A Dignidade da pessoa e o fundamento dos direitos humanos. **Revista Mestrado em Direito**, vol. 8, n. 2, pp. 79-101, Osasco, 2008.

_____. Os Direitos de Personalidade no Código Civil brasileiro. **Revista Forense**, vol. 342, pp. 121-145, Rio de Janeiro, abr/mai/jun de 1998.

BACHELARD, Gaston. **A Poética do Devaneio**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

BARRETO, Wanderlei de Paula. Inovações sobre a personalidade jurídica e os direitos da personalidade no novo Código Civil brasileiro. **Revista Mitteilungen der DBJV**, n. 2, pp. 03-19, Osnabrück, 2004.

BARROS, Carlos Roberto Galvão. **Aplicabilidade das Normas Internacionais no Espaço**: a compatibilidade com as constituições e com os direitos humanos. São Paulo: Baraúna, 2010.

_____. **O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade do Menor**. São Paulo: Biblioteca 24hs, 2010b.

BARROSO, Luis Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo**: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. Versão Provisória para debate público. Dezembro de 2010. Mimeografado.

_____. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). **Revista da Escola Nacional de Magistratura**, vol. 1, n.2, p. 26-72, Brasília, outubro de 2006.

BARROSO, Luis Roberto; MARTEL, Leticia de Campos Velho. A Morte como ela é: dignidade e autonomia individual no final da vida. **Revista da EMERJ**, vol. 13, n. 50, pp. 19-63, Rio de Janeiro, abril/maio/junho de 2010.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

_____. Os Direitos da personalidade e o projeto de Código Civil brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, vol. 15, n. 60, pp. 105-128, Brasília, outubro/dezembro de 1978.

BOBBIO, Norberto. **O Tempo da Memória**: de senectute e outros escritos autobiográficos. Rio de Janeiro: Campus, 1997.

BRAGA, Pérola M. Vianna. **Direitos do Idoso**: de acordo com o Estatuto do Idoso. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

_____. Entrevista. **Jornal Carta Forense**, São Paulo, dezembro de 2011.

BRAGATO, Fernanda Frizzo. A Definição de pessoa e de dignidade humana e suas implicações práticas. **Revista Direitos Fundamentais & Justiça**, Ano 4, n. 13, pp. 78-95, Porto Alegre, outubro/dezembro de 2010.

CABRAL, Hideliza Lacerda T. Boechat; FIGUEIREDO, Ramon Gama. A (in) constitucionalidade da imposição do regime de separação de bens às pessoas com idade superior a setenta anos. **Revista Jurídica Lex**, vol. 53, pp. 110-128, São Paulo, 2012.

CAHALI, Francisco José. **Família e Sucessões no Código Civil de 2002** (acórdãos, sentenças, pareceres, normas administrativas e projetos legislativos). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

CAMARANO, Ana Amélia; PASINATO, Maria Tereza. Introdução. In: CAMARANO, Ana Amélia (org.). **Os Novos Idosos Brasileiros**: muito além dos 60? Rio de Janeiro: IPEA, 2004.

CAMPOS, Carolina Lopes Cançado; VALLADARES, Maria Goreth Macedo. Autonomia privada e o regime obrigatório de bens para os maiores de sessenta anos. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. **Direito Civil**: atualidades. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

CANTALI, Fernanda Borghetti. A Dignidade da pessoa humana e a tutela geral da personalidade: tutela promocional para além da protetiva e o direito à privacidade em épocas de *reality shows*. **Revista Direitos Fundamentais & Justiça**, n. 12, pp. 115-140, Porto Alegre, julho/setembro de 2010.

CAPELO DE SOUZA, Rabindranath, V.A. **O Direito Geral de Personalidade**. Coimbra: Almedina, 1995.

CARVALHINHOS, Patricia de Jesus; ANTUNES, Alessandra Martins. Princípios teóricos de Toponímia e Antroponímia: a questão do nome próprio. In: CONGRESSO NACIONAL DE LINGÜÍSTICA E FILOGIA, XI, 2007, Rio de Janeiro. **Anais...** Rio de Janeiro, CiFEFiL, 2007.

CHAUÍ, Marilena. **Convite à Filosofia**. São Paulo: Ática, 2010.

COELHO, Saulo de Oliveira Pinto; MELLO, Rodrigo Antonio Calixto. A Sustentabilidade como um direito fundamental: a concretização da dignidade da pessoa humana e a necessidade de interdisciplinaridade do Direito. **Revista Veredas do Direito**, vol. 8, n. 15, pp. 09-24, Belo Horizonte, janeiro/junho de 2011.

COMPARATO, Fabio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. A Humanidade no Século XXI: a grande opção. **Revista CEJ**, vol. 5, m. 13, pp. 187-198, Brasília, janeiro/abril de 2001.

CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos de personalidade. In: FACHIN, Luiz Edson (coord.). **Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

CORTIANO JUNIOR, Eroulths; MEIRELLES, Jussara Maria Leal de; PAULINI, Umberto. Um estudo sobre o ofuscamento da realidade: a impossibilidade de proteção de novos valores e fatos a partir de velhos institutos. In: CORTIANO JUNIOR, Eroulths; MEIRELLES, Jussara Maria Leal de; FACHIN, Luiz Edson; NALIN, Paulo (coords.). **Apontamentos Críticos para o Direito Civil Brasileiro Contemporâneo**. Curitiba: Juruá, 2009.

DINIZ, Fernanda Paula. A interpretação constitucional do direito do idoso no Código Civil. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, XIX, 2010, Fortaleza. **Anais...** Fortaleza, CONPEDI, 2010.

EBERLE, Simone. **A Capacidade entre o Fato e o Direito**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.

ENGELHARDT JR, H. Tristam. **Fundamentos da Bioética**. São Paulo: Loyola, 2004.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FACHIN, Luiz Edson; PIANOVSKI, Carlos Eduardo. A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Contemporâneo: uma contribuição à crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista. **Revista Trimestral de Direito Civil (RTDC)**, Ano 9, vol. 35, pp. 101-119, Rio de Janeiro, 2008.

FALEIROS, Vicente de Paula. Cidadania e direitos da *pessoa* idosa. **Revista Serviço Social**, n. 20, pp. 35-61, Brasília, jan/jun de 2007.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

FERNANDES, Paulo Cezar. **A Liberdade Segundo Kant**. Marília: Jônia, 2010.

FIUZA, César. **Direito Civil**: curso completo. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

FEITAS JUNIOR, Roberto Mendes de. **Direitos e Garantias do Idoso**: doutrina, jurisprudência e legislação. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

GAGLIANO, Pablo Stolze. O Impacto do Novo Código Civil no Regime de Bens do Casamento. **Jornal A Tarde**, Salvador, 14 de dezembro de 2002, p. 5.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Capacidade para testar, para testemunhar e para adquirir por testamento. In: HINORAKA, Giselda Maria Fernandes; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coords.). **Direito das Sucessões**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

GEDIEL, José Antônio Peres. **Os Transplantes de Órgãos e a Invenção Moderna do Corpo**. Curitiba: Moinho do Verbo, 2000.

GIL, Maria Estelita. Bioética e Medicina Fetal. *In*: CLOTET, Joaquim; FEIJÓ, Anamaria Gonçalves dos Santos; OLIVEIRA, Marília Gerhardt de. (coords.). **Bioética**: uma visão panorâmica. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2005.

GODOY, Kêmella Gnocchi de; LIGERO, Gilberto Notário. A Evolução histórica do direito da personalidade e seu atual aspecto constitucional. **Revista ETIC**, Encontro de Iniciação Científica, vol. 2, n. 2, pp. 01-11, Presidente Prudente, 2006.

GOGLIANO, Daisy. Autonomia, Bioética e Direitos de Personalidade. **Revista de Direito Sanitário**, vol. 1, n. 1, pp. 107-127, São Paulo, novembro de 2000.

GONÇALVES, Diogo Costa. **Pessoa e Direitos de Personalidade**: fundamentação ontológica da tutela. Lisboa: Almedina, 2008.

GONZÁLEZ, José Alberto. **Código Civil Anotado**. Vol. I. Parte Geral. Coimbra: Almedina, 2011.

HERVADA, Javier. **Lições Propedêuticas de Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

HOGEMANN, Edna Raquel. A Ambiguidade da noção de pessoa e o debate bioético contemporâneo. *In*: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, XIX, 2010, Fortaleza. **Anais...** Fortaleza, CONPEDI, 2010.

JULIÃO, Sandra de Oliveira. Uma nova lei: o Estatuto do Idoso. **Revista Reviva**, n. 1, pp. 12, Brasília, PRODIDE, 2004.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. São Paulo: Barcarolla, 2009.

LACERDA, Bruno Amaro. A Dignidade humana em Giovanni Pico Della Mirandola. **Revista Legis Augustus**, vol. 3, n. 1, pp. 16-23, Rio de Janeiro, setembro de 2010.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A Repersonalização nas Relações de Família. *In*: BITTAR, Carlos Alberto. **O Direito de Família e a Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. Constitucionalização do Direito Civil. **Revista de Informação Legislativa**, Ano 36, n. 141, pp. 99-109, Brasília, jan/mar de 1999.

_____. **Direito Civil**: famílias. São Paulo: Saraiva, 2010.

LOTUFO, Renan. **Curso Avançado de Direito Civil**. Vol. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Comentários ao Estatuto do Idoso**. São Paulo: LTr, 2005.

MARTINS-COSTA, Judith. A Universidade e a construção do Biodireito. *In*: CONGRESSO BRASILEIRO DE BIOÉTICA, III, e CONGRESSO DE BIOÉTICA DO CONESUL, I, 2000, Porto Alegre. **Anais...** Porto Alegre, 2000.

_____. **Pessoa, Personalidade, Dignidade**: ensaio de uma qualificação. 2003. 273 f. Tese (Doutorado em Direito Civil). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Universidade de São Paulo, USP, São Paulo, 2003.

MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002.

MAUSS, Marcel. **Sociologia e Antropologia**. São Paulo: EPU, 1974.

MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em Evolução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MELLO, Cleyson de Moraes. **Código Civil Comentado**. Campo Grande: Contemplar, 2013.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. **Autonomia Privada e Dignidade Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

MENEZES, Joyceane Bezerra de; GONÇALVES, Camila Figueiredo Oliveira. Das fronteiras à interlocução entre os direitos da personalidade, os direitos fundamentais e os direitos humanos: elementos para a construção da subjetividade. **Revista Jurídica Cesumar – Mestrado**, vol. 12, n. 1, pp. 175-203, Maringá, janeiro/junho de 2012.

MINAYO, Maria Cecília de Souza; COIMBRA JR., Carlos E.A. (orgs.). **Antropologia, Saúde e Envelhecimento**. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2002.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. T. 8. Rio de Janeiro: Borsoi, 1955.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A Caminho de um Direito Civil Constitucional. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, vol. 1, pp. 59-73, Rio de Janeiro, PUC-RIO, jul/dez de 1991.

MOTA PINTO, Paulo. Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e os direitos de personalidade no direito português. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **A Constituição Concretizada**: construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____. O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade. **Boletim da Faculdade de Direito [da] Universidade de Coimbra**: Portugal-Brasil, Ano 2000, Coimbra, 1999.

NÉRI, Anita Liberasso. **Envelhecer Num País de Jovens**: significados de velhos e velhice segundo brasileiros não idosos. Campinas: UNICAMP, 1991.

_____. O desenvolvimento integral do homem. **Revista A Terceira Idade**, Ano VI, n. 10, pp. 04-15, São Paulo, SESC, dezembro de 1995.

NEVES, Gustavo Kloh Muller. **Direito de Família**. V. 2. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2008.

NOTARI, Maria Helena de Aguiar; FRAGOSO, Maria Helena J.M. de Macedo. A inserção do Brasil na política internacional de direitos humanos da pessoa idosa. **Revista Direito GV**, vol. 7, n. 1, pp. 259-276, São Paulo, jan/jun de 2011.

OLIVEIRA, Valéria Edith Carvalho de; LIMA, Aurélia Tinti Lourenço de. A Inconstitucionalidade da limitação do direito de escolha quanto ao regime de bens no casamento em função da idade. **Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva**, vol. 18, pp. 01-14, Belo Horizonte, 2012.

ONU, Organização das Nações Unidas. **A ONU e as pessoas idosas**. Disponível em: < <http://www.onu.org.br/a-onu-em-acao/a-onu-em-acao/a-onu-e-as-pessoas-idosas/> > Acesso em: 15 de fevereiro de 2013.

PARGENDLER, Mariana. A Ressignificação da autonomia privada. In: CRUZ, Tânia Rodrigues da; ROCHA, Marinha Aranha. (orgs.). **Jovens Pesquisadores: diversidade do fazer científico**. Porto Alegre: UFRGS, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PINHEIRO JUNIOR, Gilberto. Sobre alguns conceitos e características de velhice e terceira idade: uma abordagem sociológica. **Revista Linhas**, v. 6, n. 1, pp. 01-14, Florianópolis, UDESC, 2005.

PIOVESAN, Flávia. Direitos sociais, econômicos, e culturais e direitos civis e políticos. **SUR, Revista Internacional de Direitos Humanos**, vol. 1, n. 1, pp. 20-47, São Paulo, 2004.

RAMAYANA, Marcos. **Estatuto do Idoso Comentado**. Rio de Janeiro: Roma Victor, 2004.

RÉ, Aluísio Iunes Monti Ruggeri. **A Responsabilidade Civil como Um Sistema Aberto**. São Paulo: Lemos & Cruz, 2007.

REALE, Miguel. **Introdução à Filosofia**. São Paulo: Saraiva, 1989.

_____. **Lições Preliminares de Direito**. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Pessoa, Sociedade e História. In: Symposium sobre Derecho Natural y Axiologia, 1963, México. **Anais...** México, 1963.

RIBEIRO DA SILVA, Claudio Henrique. **Teoria das Incapacidades**. 21/09/2008. Disponível em: < <http://www.ribeirodasilva.pro.br/teoriadasincapacidades.html> > Acesso em: 25 de janeiro de 2013.

RIZZATTO NUNES, Luiz Antônio. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2010.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O Princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**, Ano 2, vol. 2, , n. 2, pp. 49-67, Fortaleza, 2001.

RODRIGUES, Rafael Garcia. A Pessoa e o ser humano no novo Código Civil. *In*: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **A Parte Geral do Novo Código Civil**: estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. Vol. 6. Direito de Família. De acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2003.

RUBIO, Alfonso García. **Unidade na Pluralidade**: o ser humano à luz da fé e da reflexão cristãs. São Paulo: Paulus, 2001.

SALGADO, Marcelo Antonio. **Velhice, uma nova questão social**. São Paulo: SESC, 1991.

SANTANA, Sammyra de Alencar. Velhice e participação social – quem é velho no Brasil? *In*: Encontro Regional de Estudantes de Direito e Encontro Regional de Assessoria Jurídica Universitária, XXI, 2008, Crato. **Anais...** Crato, Fundação Ararape, 2008.

SANTI, Pedro Luiz Ribeiro de. **A Construção do Eu na Modernidade**: da Renascença ao século XIX. São Paulo: Holos, 2005.

SANTOS, Silvana Sidney Costa. Gerontologia e os pressupostos de Edgar Morin. **Revista Textos sobre Envelhecimento**, vol. 6, n. 2, pp. 77-91, Rio de Janeiro, 2003. Disponível em: < <http://www.unati.uerj.br/tse/scielo.php> > Acesso em: 18 de fevereiro de 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. As Dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. **Revista Brasileira de Direito Constitucional (RBDC)**, n. 9, pp. 361- 388, São Paulo, janeiro/junho de 2007.

_____. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição da República de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVA, Anna Cruz de Araujo Pereira da. Afetiv(idade): uma questão afeta ao Direito. **Revista Kairós**, Gerontologia, vol. 10, n. 1, pp. 43-58, São Paulo, junho de 2006.

_____. O papel das convenções da ONU na elaboração de uma cultura gerontológica. **Revista Kairós**, Gerontologia, vol. 9, n. 1, pp. 71-83, São Paulo, junho de 2007.

SILVA, José Afonso da. A Dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. **Revista de Direito Administrativo**, n. 212, pp. 125-145, Rio de Janeiro, abril/junho de 1998.

_____. **Comentário Contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. A Repersonalização do Direito Civil em uma sociedade de indivíduos: o exemplo da questão indígena no Brasil. *In*: MORAIS, José Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz (orgs.). **Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica**. Vol. 4. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SOUSA, Ana Maria Viola de. **Tutela Jurídica do Idoso**: a assistência e a convivência familiar. Campinas: Alínea, 2004.

SOUZA, Vanessa Ribeiro Corrêa Sampaio. **As Relações Patrimoniais de Família**: algumas observações. Belo Horizonte: IBDFAM, abril de 2009.

STANCIOLI, Brunello Souza. **Relação Jurídica Médico-Paciente**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____. **Renúncia ao Exercício de Direitos da Personalidade**: ou de como alguém se torna o que quiser. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

_____. Sobre os Direitos de Personalidade no Novo Código Civil Brasileiro. **Revista Videtur**, vol. 27, pp. 41-46, São Paulo, 2004.

STJ, Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão. Resp. 471958/RS. DJe, 18/02/2009**. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br> > Acesso em: 22 de fevereiro de 2013.

TASCA, Flori Antonio. Os Direitos de personalidade e o novo Código Civil brasileiro. **Revista Jurídica Mater Dei**, vol. 3, n. 3, pp. 13-45, Pato Branco, julho/dezembro de 2002.

TEIXEIRA, Ivan Lobato Prado. **Capacidade e Consentimento na Relação Médico-Paciente**. 2009. 210 f. Dissertação (Mestrado em Direito Civil). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Universidade de São Paulo, USP, São Paulo, 2009.

TELLES JUNIOR, Goffredo. **Estudos**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005.

TEPEDINO, Gustavo. A Tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. *In*: TEPEDINO, Gustavo (coord.). **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. Cidadania e os Direitos de Personalidade. **Revista da ESMESE, Escola Superior da Magistratura de Sergipe**, n. 3, pp. 23-44, Aracaju, dezembro de 2002.

_____. **Temas de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TERRA, Ricardo. *In*: **Cadernos IHU em Formação**, Ano 1, n. 2, pp. 01-27. Emmanuel Kant: razão, liberdade, lógica e ética. São Leopoldo: UNISINOS, 2005.

TJBA, Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. **Embargos de Declaração de Processo n. 0000570-32.2006.8.5.0237**. 17/11/2012. Disponível em: < <http://www5.tjba.jus.br/index.php> > Acesso em: 24 de fevereiro de 2013.

TJRS, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível n. 70004348769**. 2002. Disponível em: < <http://www.tjrs.jus.br/site/> > Acesso em: 22 de fevereiro de 2013.

_____. **Apelação Cível n. 70017318940**. 2006. Disponível em: < <http://www.tjrs.jus.br/site/> > Acesso em: 22 de fevereiro de 2013.

TJSE, Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe. **Apelação Cível n. 20009217775**. 06/04/2010. Disponível em: < <http://www.tjse.jus.br/portal/> > Acesso em: 22 de fevereiro de 2013.

_____. **Processo n. 2010107802.** 17/11/2010. Disponível em: <
<http://www.tjse.jus.br/portal/>> Acesso em: 22 de fevereiro de 2013.

TORRES, Adelino. **Demografia e Desenvolvimento:** elementos básicos. Lisboa: Gradiva, 1996.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional, Financeiro e Tributário.** Vol. V. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

TRINDADE, José Damião de Lima. **História Social dos Direitos Humanos.** São Paulo: Peirópolis, 2011.

VASCONCELOS, Pedro Pais de. **Direito de Personalidade.** Coimbra: Almedina, 2006.

_____. Protecção de Dados Pessoais e Direito à Privacidade. **Revista Direito da Sociedade de Informação**, vol. I, pp. 241-255. Lisboa: Coimbra, 1999.

_____. **Teoria Geral do Direito Civil.** Coimbra: Almedina, 2005.

VAZ, Henrique C. de Lima. **Antropologia Filosófica II.** São Paulo: Loyola, 1992.

VELOSO, Zeno. Regimes Matrimoniais de Bens. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Direito de Família Contemporâneo.** Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil.** São Paulo: Atlas, 2004.

VERGARA, Sylvia Constant. **Projetos e Relatórios de Pesquisa em Administração.** São Paulo: Atlas, 2010.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos Fundamentais:** uma leitura da jurisprudência do STF. São Paulo: Malheiros, 2006.

VILLELA, João Baptista. Repensando o Direito de Família. In: Congresso Brasileiro de Direito de Família, I, 1999, Belo Horizonte. **Anais...** Belo Horizonte, IBDFAM, OAB/MG, 1999.