

# O “ser” humano concreto e a tutela mediante valores existenciais<sup>1</sup>

Carolina Mendes Franco<sup>2</sup>

## Resumo

O movimento constitucional surgido durante o Iluminismo, bem como o movimento de codificação do século XIX estavam norteados por uma ideologia burguesa que queria garantir a manutenção dos seus direitos individuais. A rígida distinção entre o Direito Público e o Direito Privado marcava esta ideologia individualista que, no Direito Público, assegurava a liberdade de agir do cidadão frente ao Estado, bem como, no Direito Privado, garantia a manutenção da propriedade ao sujeito de direito. Figuras como a do Direito Subjetivo surgiram a partir desta ideologia proprietária e individualista, que assegurava uma igualdade formal para sujeitos abstratos.

A partir das consequências desastrosas da Segunda Guerra Mundial, a realidade impôs uma mudança no próprio Ordenamento Jurídico. A defesa de um Estado de Direito Democrático e Social iniciou uma nova era, ensejando teorias hermenêuticas pautadas na valorização da pessoa humana concreta e não mais no sujeito de Direito Abstrato.

125

**Palavras-chave:** Dignidade Humana. Valores existenciais.

## Abstract

The constitutional movement emerged during the Enlightenment, as well as the movement of codification of the nineteenth century were guided by a bourgeois ideology that wanted to ensure the maintenance of their individual rights. The rigid distinction between public law and private law marked this individualistic ideology that in public law ensured the freedom to act of the citizen against the State as well as in private law, guarantee the maintenance of the property the subject of law. Figures such as the subjective right emerged from the owner of this ideology and individualistic, which provided a formal equality for abstract subjects. From the disastrous consequences of World War II, the reality has imposed a change in the law itself. The defense of a democratic state and Social initiated a new era, occasioning Hermeneutic theories guided the optimization of the human person and not more specific on the subject of the abstract right.

**Keywords:** Human Dignity. Existential values.

<sup>1</sup> O presente texto foi apresentado como trabalho de conclusão da matéria Relações Jurídicas Patrimoniais e Demandas Sociais, ministrada pelo professor Gustavo Tepedino na Pós-graduação Stricto Sensu da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

<sup>2</sup> Mestre em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

## O avanço da Constituição de 1988 e a evidenciação da dignidade da pessoa humana no epicentro do ordenamento jurídico

No Brasil, estas novidades só passaram a fazer parte do cotidiano com a Constituição de 1988, a qual foi marco da retomada democrática após longo período de seguidos governos autoritários.

Como o Direito está sempre inserido na realidade, interagindo constantemente, influenciando e sendo influenciado por ela, é possível verificar as mudanças significativas ocorridas nas últimas décadas na sociedade e no ordenamento jurídico pátrio.

Na década de 80, o fim do regime autoritário e a ascensão da democracia respaldada no novo projeto constitucional foram fatos marcantes.

A Constituição de 1988 continha muitas novidades – um amplo rol de direitos fundamentais, seguido de instrumentos processuais, além da proposição de objetivos fundamentais –, tendo em vista a força exercida pelos denominados “constitucionalistas comunitários brasileiros”<sup>3</sup> antenados com as discussões dos juristas espanhóis, portugueses, alemães e norte-americanos, com a participação direta de alguns deles, como Carlos Roberto Siqueira Castro, por exemplo, no processo constituinte.<sup>4</sup>

Recebida com muitas críticas logo após sua promulgação, a Constituição de 1988 foi modificando aos poucos o cenário jurídico brasileiro.

126

A grande novidade da Constituição de 1988 foi a dignidade da pessoa humana. Na doutrina e jurisprudência pátria, porém, diante da empolgação de alguns em avocá-la para qualquer circunstância, surgiram importantes iniciativas doutrinárias no sentido de delimitar seu conteúdo.<sup>5</sup>

Qualidade intrínseca da pessoa humana pelo simples fato de estar no mundo, impede ressaltar que seu sentido variou muito no decorrer dos séculos, principalmente

<sup>3</sup> De acordo com as explicações de Gisele Cittadino, na época da Assembleia Constituinte, apesar de não se apresentarem como representantes de um “constitucionalismo “comunitário”, uma parcela significativa de constitucionalistas participou do processo constituinte, revelando o compromisso com os ideais do pensamento comunitário, como a preocupação de conferir um fundamento ético à nova ordem constitucional brasileira, tomando-a como uma estrutura normativa que incorpora os valores de uma comunidade histórica concreta. Por tais razões, a autora assim os classificou, tendo em vista, exatamente, a “linguagem comunitária” destes constitucionalistas, em oposição àqueles que constituíam um grupo positivista e privatista, com posições conservadoras no debate constituinte. No pensamento dos nominados “constitucionalistas comunitaristas”, a autora deixa clara a influência de correntes tanto do Direito Norte-americano, quanto do Direito Alemão que possuíam um compromisso com a concepção material da Constituição, sendo incluídos neste elenco liberais, comunitários e crítico-deliberativos. (*Pluralismo, direito e justiça distributiva. Elementos da filosofia constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 1999, p. 3-4/11-49).

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 4.

<sup>5</sup> Assim verifica-se no trabalho de Maria Celina Bodin essa intenção de delimitar os contornos da dignidade da pessoa humana. (*O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo in: SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, pp.). Assim como Ingo Sarlet em *As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível in: SARLET, Ingo Wolfgang. Org. Dimensões da dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 13-43.

se for lembrado que a escravidão de homens foi abolida há pouco tempo da história da humanidade e por milênios foi considerada normal e necessária no seio de sociedades consideradas civilizadas.<sup>6</sup>

Verifica-se, portanto, que esta qualidade é nutrida por um sentido cultural, desenvolvido por inúmeras gerações, pois “a dimensão natural e a dimensão cultural da dignidade da pessoa humana se complementam e interagem mutuamente”.<sup>7</sup>

A pessoa concreta, determinada e situada histórica e socialmente é o parâmetro da Constituição Brasileira, a qual trata especialmente da dignidade da pessoa humana e não apenas da dignidade humana, esta ligada à noção de humanidade como um todo.<sup>8</sup>

No Brasil, o Constituinte, estabelecendo uma nova ordem, a previu não apenas como princípio fundamental, no inciso III do artigo 1º da Constituição, com a clara intenção de lhe conferir a qualidade de norma base, unificadora e informativa de todo o sistema jurídico,<sup>9</sup> mas também como valor-fim da ordem econômica<sup>10</sup> e princípio norteador das relações familiares,<sup>11</sup> sendo, inclusive, invocada para assegurar proteção especial à criança, ao adolescente e ao idoso.<sup>12</sup>

A primazia da dignidade da pessoa humana, com localização privilegiada e estrategicamente antecedente ao título dos direitos fundamentais, reflete a opção do Constituinte em conferir-lhe *status* diferenciado, revelando sua condição de valor norteador não somente dos direitos fundamentais mas, também, da ordem constitucional como um todo, o que, por sua vez, justifica a posição doutrinária que a caracteriza como princípio constitucional de maior hierarquia axiológico-valorativa.<sup>13</sup>

<sup>6</sup> A Grécia Antiga, civilização do nascimento da filosofia e de filósofos cujas ideias até hoje influenciam concepções teóricas de diversas ciências, convivia com a escravidão naturalmente. Nos EUA, mesmo após a independência em relação à Inglaterra, mantinha-se o regime escravocrata, o que só restou abolido com o fim da guerra de secessão. No Brasil, somente pouco tempo antes da Proclamação da República e tempos depois da independência em relação a Portugal, houve a abolição da escravatura com a promulgação em 13 de maio de 1888 da Lei Áurea pela Princesa Isabel.

<sup>7</sup> SARLET, Ingo Wolfgang, amparado nas lições de Peter Häberle. (*A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 110)

<sup>8</sup> Confira-se SARLET. *Ibidem*, p. 111.

<sup>9</sup> Neste sentido manifesta-se Ingo Wolfgang Sarlet, o qual acrescenta que a dignidade da pessoa humana não foi objeto de previsão do Direito Anterior. (*Ib*, p. 104).

<sup>10</sup> Constituição da República Federativa do Brasil: “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna (...)” <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)> Acesso em 13 de julho de 2008.

<sup>11</sup> *Ibidem*. “Art. 226, § 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.”

<sup>12</sup> *Ibidem*. “Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.”

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

<sup>13</sup> SARLET, *Op. cit*, p. 115.

A Constituição de 1988, centrada na dignidade da pessoa humana, - Lei Fundamental hierarquicamente superior e unidade de todo o ordenamento jurídico -, demanda, deste modo, a necessária realização de um processo de filtragem constitucional,<sup>14</sup> o qual condiciona a renovada interpretação e aplicação de todas as normas infraconstitucionais e possibilita, neste sentido, do mesmo modo, a reunificação do Direito Civil<sup>15</sup> em consonância com esta referida ética personalista.

Defensores do Direito Civil Constitucional, também inspirados no pensamento do italiano Pietro Perlingieri, passaram, assim, a defender a alteração do enfoque do Direito Civil, a partir da influência da Constituição e seus valores constitucionais em todos os ramos do Direito.

## **A perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais e as diferenças ideológicas do direito subjetivo em relação à situação jurídica subjetiva**

Correspondem os direitos fundamentais a uma positivação na ordem jurídica interna dos Direitos Humanos reconhecidos em tratados e convenções internacionais.<sup>16</sup> Fruto de um processo histórico, os direitos fundamentais apresentam uma normatividade diferenciada em relação a outros direitos - qualitativamente superior - por comporem o “núcleo duro” do ordenamento jurídico. No Brasil são considerados cláusulas pétreas, constituindo limites materiais ao poder de reforma pelo Constituinte Derivado.<sup>17</sup>

Os direitos fundamentais podem revelar uma dupla perspectiva, ou seja, podem ser considerados tanto como direitos subjetivos individuais quanto elementos objetivos fundamentais da ordem jurídica. Como direitos subjetivos, referem-se os direitos fundamentais a um “feixe de posições estruturalmente diferenciadas, não só no que diz

<sup>14</sup> Paulo Ricardo Schier, que defendeu dissertação sobre o tema, explica que a expressão “Filtragem Constitucional” é utilizada para referir-se a um processo ao qual toda a ordem jurídica, sob a perspectiva formal e material, incluindo procedimentos e valores, se submete, no momento de aplicação do Direito, através da releitura e atualização de suas normas, ao filtro axiológico da Constituição. O autor explica que esta expressão foi utilizada pela primeira vez, no Brasil, por Clémerson Merlin Cléve. (*Filtragem constitucional construindo uma nova dogmática jurídica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 104).

<sup>15</sup> No Direito Brasileiro, o interregno de quase um século entre o Código Civil de 1916 e o Código Civil de 2002, ensejou a promulgação de inúmeras leis esparsas e estatutos como o Código do Consumidor e o Estatuto da Criança e Adolescente, o que fragmentou o sistema do Direito Privado.

<sup>16</sup> “Nesse sentido, PEREZ LUÑO, Antonio Henrique, registra uma “propensão doutrinária e normativa a reservar o termo *direitos fundamentais*, para designar os direitos positivados em nível interno”. *apud* PEREIRA, Jane Reis Gonçalves *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 76.

<sup>17</sup> Art. 60 § 4º, IV, CRFB: “§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) IV - os direitos e garantias individuais”. Segundo, SARLET, Ingo Wolfgang, “a opção do Constituinte, ao erigir certa matéria à categoria de direito fundamental, se baseia na efetiva importância que aquela possui para a comunidade em determinado momento histórico, circunstância esta indispensável para que determinada posição jurídica possa ser qualificada como fundamental”. (A eficácia..., p. 99). “(...) à luz de uma interpretação sistemática e teleológica, é possível sustentar a tese de que todos os direitos e garantias fundamentais da Constituição (inclusive os situados fora do catálogo) constituem limite material à reforma constitucional, já que o Constituinte contemplou a todos com a mesma força jurídica e fundamentalidade”. (A eficácia..., p. 167).

com a forma de positivação, conteúdo e alcance, mas também no que concerne às diferentes funções que desempenham no âmbito do conjunto dos direitos fundamentais”.<sup>18</sup> De acordo com Sarlet, inspirado em Robert Alexy, estas posições jurídicas compreenderiam direitos (positivos e negativos), liberdades (no sentido de negação de exigências e proibições), bem como poderes (através de competências ou autorizações).<sup>19</sup>

Percebe-se, deste modo, claramente, que esta visão dos direitos fundamentais como direitos subjetivos é distinta da concepção clássica de direito subjetivo, cujo conteúdo era inspirado por uma filosofia individualista e patrimonialista. Isto se torna possível porque os conceitos jurídicos não possuem um sentido estagnado, tendo em vista que após o momento em que são concebidos, há contínuas releituras contextuais.<sup>20</sup>

Flávio Galdino, ciente das controvérsias relativas ao conceito de direito subjetivo, adota posição de que o direito subjetivo fundamental deve ser compreendido como *situação jurídica subjetiva*.<sup>21</sup> Segundo o autor, a noção privatística e individualista despreza a natureza pública dos direitos subjetivos reconhecidos em face do Estado, principalmente dos direitos fundamentais. Para ele, a expressão direitos subjetivos “é manifesta e absolutamente inadequada para designar as situações subjetivas referentes aos direitos subjetivos públicos, e bem assim para assegurar-lhes a respectiva tutela, notadamente àquelas que referem situações jurídicas existenciais”.<sup>22</sup>

Galdino entende, portanto, que a denominação *situação jurídica* - referente a uma categoria genérica concebida para substituir a categoria do direito subjetivo - expressa melhor a complexidade estrutural que envolve os direitos fundamentais. Reconhece, não obstante, que se no Direito Civil esta categoria ganhou espaço, no Direito Público ainda não é cabível a substituição da expressão “direitos fundamentais” por “situações jurídicas de direito fundamental”, embora também compreenda que a utilização da expressão “direito subjetivo” para os direitos fundamentais se encontra relacionada à situação jurídica ativa.<sup>23</sup>

Se o Direito Público, porém, ainda se utiliza da expressão originariamente carregada de um matiz ideológico individualista, ainda que com sentido atual diverso, no solo do direito civil-constitucional, há clara opção pela utilização do conceito de situação jurídica subjetiva, tendo em vista que a situação jurídica é modelo que atribui consequências jurídicas a partir da valoração de fatos concretos, sob uma ética personalista, no sentido de que a pessoa é o valor-fim do direito.<sup>24</sup> Assim sendo, este modelo identifica centros de interesses jurídicos inseridos em relações jurídicas, revelando a complexidade das situações jurídicas, composta tanto de poderes como de deveres, obrigações e ônus e, inclusive, de direitos subjetivos, de tal forma que à atribuição de direitos aliam-se deveres e obrigações.

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 157-158.

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 158.

<sup>20</sup> HESPANHA, António M. *Panorama histórico da cultura jurídica europeia*. Lisboa: Publicações Europa-América, 1997, p. 25.

<sup>21</sup> GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos. Direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005, p. 25.

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 67.

<sup>23</sup> *Ibidem*, p. 85 e 143.

<sup>24</sup> ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil e teoria geral, vol. III, relações e situações jurídicas*. Coimbra Editora, 2002, p. 11-12.

A relevância desta categoria decorre do fato de que hoje se vive em um Estado de Direito Democrático e Social, o qual impregna o ordenamento jurídico de forte teor solidarista, não cabendo apenas falar em interesse juridicamente protegido que atribui ao seu titular o poder de exigir algo a partir do exercício da sua vontade, como hoje entende-se o direito subjetivo.<sup>25</sup> O que existem são centros de interesses, que quantitativamente distinguem-se em situações jurídicas passivas e ativas<sup>26</sup> - já que em ambas há frequentemente direitos, poderes e deveres gerais e específicos, de forma a evidenciar a complexidade das situações jurídicas - conforme a prevalência de determinados comportamentos em detrimento de outros dentro da relação jurídica.

Elucida, assim, Perlingieri, que há uma contextualidade entre situação subjetiva e relação jurídica, pois não se concebe um direito ou um dever fora de uma relação jurídica, de forma que a conexão entre as duas exprime a exigência de valoração de um determinado comportamento não apenas no momento estático, isto é, no momento da descrição de determinado efeito, mas também no momento dinâmico, qual seja, no da realização concreta do programa predeterminado na disciplina do fato jurídico.<sup>27</sup>

Deste modo, não obstante seu uso não ser ainda difundido no Direito Público, a perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais certamente é melhor expressa pela categoria da situação subjetiva, na medida em que esta revela toda a complexidade destes direitos, os quais não se reduzem aos clássicos direitos de liberdade pois, repita-se, trata-se de um conjunto de posições estruturalmente diferenciadas, não apenas em razão da sua positivação, conteúdo e alcance, mas também por conta das diferentes funções que desempenham no âmbito do conjunto dos direitos fundamentais.<sup>28</sup>

## **Perspectiva objetiva dos direitos fundamentais e suas conseqüentes eficácias: irradiante e nas relações entre particulares**

A perspectiva objetiva,<sup>29</sup> por sua vez, determina que os preceitos relativos aos direitos fundamentais apresentam-se na seara constitucional também como valores ou fins diretivos buscados objetivamente pela comunidade, já que as escolhas valorativas

<sup>25</sup> GALDINO, Flávio, Op. cit., p. 129

<sup>26</sup> PERLINGIERI, Pietro. *O direito civil na legalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 735.

<sup>27</sup> Idem, ibidem, p. 735.

<sup>28</sup> SARLET, *A eficácia...*, p. 157-158.

<sup>29</sup> Daniel Sarmento, em sua tese de doutorado da UERJ, defendeu expressamente a total compatibilidade da teoria alemã da dimensão objetiva dos direitos fundamentais ao Direito Brasileiro. Segundo o autor, esta teoria “não apenas se revela perfeitamente compatível com o espírito da Constituição de 88, como representa uma importante contribuição para o enfrentamento jurídico dos graves problemas da sociedade brasileira, marcada pela desigualdade e pela violência, e tão necessitada da afirmação concreta dos valores constitucionais e dos Direitos Humanos.” (*Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Júris Editora, p. 172). Segundo o autor, se o predomínio do positivismo não contribuiu para o aprofundamento da discussão de teorias mais avançadas, “não há dúvidas de que a Constituição, como norma superior de uma comunidade política, consagra e juridiciza os valores mais relevantes dessa comunidade. Ademais, Constituições como a brasileira, a alemã, a espanhola e a portuguesa, que representam marcos na superação de formas estatais autoritárias, são timbradas pela preocupação com a promoção de valores humanitários de dignidade humana, liberdade, democracia, igualdade e justiça. Não há como negar, diante de constituições com este teor e esta origem, a relevância da dimensão axiológica dos respectivos textos magnos”. (SARMENTO, Daniel. *A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria*, in: *Jurisdição constitucional e os direitos fundamentais*, coord. José Adércio Leite Sampaio, p. 274-275).

constitucionais, prioritariamente aquelas que compõem o “núcleo duro” da Constituição - os direitos fundamentais - devem orientar a ação do Estado e de todos os setores da sociedade.<sup>30</sup> Esta perspectiva representa também uma autêntica mutação dos direitos fundamentais provocada, principalmente, pela transição do modelo de Estado Liberal para o Estado Social e Democrático de Direito, de forma a garantir efetiva liberdade para todos,<sup>31</sup> não apenas no sentido da não ingerência no espaço individual de cada pessoa, mas de assegurar efetivas condições para o desenvolvimento de potencialidades pessoais no seio de uma comunidade solidária.

Embora reconhecida na teoria constitucional, não há consenso quanto aos efeitos e significados da referida dimensão objetiva.<sup>32</sup> De acordo, porém, com Jane Reis, há convergência na identificação de alguns caracteres, quais sejam, a função legitimadora dos direitos fundamentais - os quais corporificam a base axiológica do Estado Democrático e Social de Direito - bem como a função de reforço jurídico, de mais-valia jurídica, a qual desencadeia efeitos jurídicos autônomos.

Desta função autônoma da dimensão objetiva defluiu a chamada eficácia irradiante das normas constitucionais que prevêem direitos fundamentais, tendo em vista fornecerem subsídios e diretrizes para uma interpretação conforme aos direitos fundamentais, servindo como ferramenta para a interpretação e aplicação às normas infraconstitucionais, bem como método de legitimação e aferição da constitucionalidade.<sup>33</sup>

No âmbito hermenêutico, portanto, a eficácia irradiante revela o que designa-se por filtragem constitucional, fenômeno que, como já mencionado, relê e atualiza as normas infraconstitucionais sob a ótica constitucional, o que, indubitavelmente, também, possibilita a defesa de uma metodologia de Direito Civil-Constitucional.

Associada intrinsecamente à eficácia irradiante, há o desenvolvimento da noção de eficácia externa ou horizontal ou perante terceiros - *Drittwirkung*, expressão da doutrina alemã - no sentido dos direitos fundamentais não serem oponíveis apenas perante ao Estado mas, também, perante a terceiros.<sup>34</sup>

<sup>30</sup> Quanto ao tema, ver Pereira, Jane Reis, Op. cit. SARMENTO, Daniel. Op. cit., SARLET, Ingo, op. cit.

<sup>31</sup> SARLET, *A eficácia...*, p. 156.

<sup>32</sup> Na Alemanha, a metodologia científico-espiritual de Rudolf Smend que propugna a ideia de Constituição como ordem vinculada a valores, apesar das críticas, até hoje influencia a jurisprudência alemã. Sobre o tema confira-se CITTADINO, Gisele, Op. cit., p. 29. Confira-se, ainda, SARMENTO, Daniel. *A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: Fragmentos de uma teoria in:* Jurisdição constitucional e os direitos fundamentais, coord. José Adércio Leite Sampaio, pp. 270-275: “Como afirmou Peter Häberle, o sistema de valores da Constituição não corresponde a “valores válidos a priori, sem qualquer referência ao espaço e ao tempo no qual se encontram”. Pelo contrário, trata-se, como afirmou o Professor da Universidade de Bayreuth, dos valores “de uma comunidade concreta e dos homens que vivem nela, e que na sua Lei Fundamental fixaram os próprios parâmetros axiológicos e determinaram as posições e a hierarquia dos bens jurídicos”. Mas esta ancoragem dos valores numa matriz culturalista também vai provocar reações, como a de Ernst Forsthoff, defensor da concepção liberal dos direitos fundamentais e da hermenêutica constitucional clássica, adstrita aos métodos de Savigny. De acordo com o jurista alemão, a teoria da ordem dos valores torna a interpretação dos direitos fundamentais refém das correntes valorativas arraigadas em cada época, sujeitas a rápidas e constantes mutações. Na verdade, a concepção da Constituição como ordem de valores é objeto de severas reticências e intensa crítica por parte de amplos setores da doutrina.”

<sup>33</sup> SARLET, op. cit., p. 152.

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 152. Ressalte-se que este tema é controvertido no Direito Público, mas os adeptos da dogmática de Direito Civil-Constitucional defendem a aplicabilidade imediata das normas constitucionais às relações jurídicas entre particulares. Exemplificativamente, TEPEDINO, Gustavo; BODIN, Maria Celina, dentre outros.

Outra importante consequência da dimensão objetiva é a dedução da possibilidade dos direitos fundamentais gerarem deveres de proteção do Estado, no sentido de que a este incumbe zelar, inclusive preventivamente, pela proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos, tanto contra os poderes públicos quanto contra agressões oriundas de outros Estados e/ou de particulares, adotando medidas positivas.<sup>35</sup>

## A doutrina do Direito Civil Constitucional no Brasil

Esta inovadora nova ordem constitucional, centrada na pessoa humana, possibilitou a defesa de uma “despatrimonialização” e “repersonalização” do Direito Civil, a qual já vinha se verificando em países alienígenas e passou a ser inserida no debate brasileiro,<sup>36</sup> alavancada pelos avanços da “Constituição Cidadã”.<sup>37</sup>

As expressões “despatrimonialização”<sup>38</sup> e “repersonalização” conjugam-se, pois enquanto a primeira remete à ideia de transformação das bases ideológicas do Direito Civil, o qual perderia sua lógica individualista e proprietária, inadequada aos ditames constitucionais, a segunda revela a mudança de paradigma do Direito Civil em consonância com a dignidade da pessoa humana.

Essas ideias norteiam o fenômeno da constitucionalização do Direito Civil. Segundo Perlingieri, esta perspectiva confere uma tutela qualitativamente diversa.<sup>39</sup> A lógica proprietária do “ter” é substituída pela lógica personalista do “ser”, em razão de uma remodelagem dos institutos e conceitos do Direito Civil sob a ótica dos valores evidenciados na Constituição.

Esta proposta dogmática de constitucionalização do Direito Civil ainda enfrenta obstáculos dentro do ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista a defesa de correntes doutrinárias que, segundo Tepedino, são nostálgicas da concepção do Código Civil como o estatuto orgânico das relações patrimoniais, sem alteração da estrutura e função destas diante dos ditames constitucionais.<sup>40</sup>

<sup>35</sup> SARLET, *A eficácia...*, p. 153.

<sup>36</sup> Maria Celina Bodin foi uma das juristas pioneiras no Brasil na defesa da força normativa da Constituição e da necessária interpretação das normas de Direito Civil à luz da Constituição de 1988, bem como na “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”. *Revista de Direito Civil*, vol. 65, p. 28.

<sup>37</sup> Qualificação conferida pelo deputado Ulysses Guimarães, presidente da Assembleia Nacional Constituinte, em discurso proferido no Congresso Nacional no dia da promulgação da Constituição, em 5 de outubro de 1988, em razão da previsão de amplo sistema de direitos e garantias. (V. Cittadino, Gisele, *Op. cit.*, p. 13).

<sup>38</sup> Despatrimonialização do Direito Privado, segundo a definição do Prof. Carmini Donisi, criador do termo, significa “(...) progressiva e cada vez mais destacada sensibilidade do Direito Privado contemporâneo, em todos os seus componentes (legislativo, doutrinário e jurisprudencial), a dados não confináveis nos esquemas e lógicas de índole econômica, mesmo – note-se – nos setores institucionalmente reservados às relações patrimoniais” (*apud* SARMENTO. *Direitos fundamentais e relações privadas*, cit., p. 115).

<sup>39</sup> PERLINGIERI, Pietro; tradução de: Maria Cristina de Chico. *Perfis do direito civil*. 1. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 34.

<sup>40</sup> TEPEDINO, Gustavo. O novo e o velho direito civil, *in*: Gustavo TEPEDINO: *Temas de direito civil* - Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 399.



Nada obstante essas concepções nostálgicas, o movimento do Direito Civil-Constitucional no Brasil avança sob ventos auspiciosos, encontrando eco na doutrina e jurisprudência e sendo bem desenvolvido e estudado na academia em escolas conceituadas, como a da Universidade do Estado do Rio de Janeiro e a Federal do Paraná, inspiradas pelas doutrinas de Pietro Perlingieri<sup>41</sup> e pela perspectiva da dimensão objetiva dos direitos fundamentais.

Nesta remodelagem, o trabalho do intérprete é fundamental, trazendo novas luzes a institutos do Direito Civil que necessitam desta abordagem diferenciada, principalmente nas situações existenciais.

## A necessária alteração do “ter” para o “ser” e a preeminência da pessoa humana

Verifica-se que, em alguns setores, esta tutela qualitativamente diversa é imprescindível, como no caso dos direitos da personalidade,<sup>42</sup> principalmente pela força vertiginosa das constantes mudanças do mundo atual. Com relação a estes direitos, os quais refletem o princípio da dignidade da pessoa humana, o legislador do Código Civil de 2002 - lamentavelmente, em detrimento de uma perspectiva abrangente que, considerada a irredutibilidade do valor da pessoa humana a qualquer espécie de padronização ou enquadramento, seja capaz de propiciar uma multifacetada e efetiva tutela diante das variáveis circunstâncias concretas - optou por estabelecer um rol de situações abstratas. Inúmeras as críticas doutrinárias<sup>43</sup> no sentido de que esta não é a técnica adequada, na medida em que tem por consequência não somente uma descabida restrição às hipóteses elencadas como enseja a proteção

133

<sup>41</sup> PERLINGIERI, *Perfis*, p. 155: “A esta matéria não se pode aplicar o direito subjetivo elaborado sobre a categoria do “ter”. Na categoria do “ser” não existe a dualidade entre sujeito e objeto, porque ambos representam o ser e a titularidade é institucional, orgânica. Onde o objeto de tutela é a pessoa, a perspectiva deve mudar; torna-se necessidade lógica reconhecer, pela especial natureza do interesse protegido, que é justamente a pessoa a constituir ao mesmo tempo o sujeito titular do Direito e o ponto de referência objetivo de relação.”

<sup>42</sup> Oportunas são as elucidações doutrinárias sobre o conceito de personalidade: “A rigor, há dois sentidos técnicos para o conceito de personalidade. O primeiro associa-se à qualidade para ser sujeito de Direito, conceito aplicável tanto às pessoas físicas quanto às jurídicas. O segundo traduz o conjunto de características e atributos da pessoa humana, considerada objeto de proteção privilegiada por parte do ordenamento, bem jurídico representado pela afirmação da dignidade humana, sendo peculiar, portanto, à pessoa natural (...) Personalidade como valor (...) é característico da pessoa humana, atraindo, por isso mesmo, disciplina jurídica típica e diferenciada, própria das relações existenciais. Já a qualidade para ser sujeito de direito o ordenamento confere indistintamente a todas as pessoas e, segundo opções de política legislativa, pode fazê-lo em favor de entes despersonalizados. Por isso mesmo, deve-se preferir designar este último sentido de personalidade com subjetividade”. (TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. *Código civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

<sup>43</sup> Posicionam-se neste sentido, Gustavo Tepedino, Maria Celina Bodin, Anderson Screiber, Danilo Doneda. “A personalidade é, portanto, não um direito, mas um valor (o valor fundamental do ordenamento) e está na base de uma série aberta de situações existenciais (...) Não existe um número fechado de hipóteses tuteladas: tutelado é o valor da pessoa sem limites, salvo aqueles colocados no seu interesse e naquele de outras pessoas.” (...) (PERLINGIERI, Pietro, Op. cit, p. 155-156)

apenas no seu momento patológico, o que reafirma, infelizmente, os persistentes e perniciosos resquícios de uma lógica patrimonialista.<sup>44</sup>

Na doutrina, exemplificativamente, Gustavo Tepedino, entusiasta e divulgador da metodologia civil-constitucional, posiciona-se no sentido da existência de uma cláusula geral da personalidade,<sup>45</sup> em interpretação lógico-sistemática da Constituição, de forma a trazer unidade para todo o sistema e garantir uma tutela adequada que não se limite às hipóteses elencadas no Código Civil.

O amparo efetivo da pessoa humana, por conseguinte, unifica o ordenamento e condiciona todas as normas ao seu parâmetro, refletindo-se, também, na atividade judicial. Revela-se, neste prisma, tanto de forma repressiva e disciplinar, como acontece na responsabilidade civil por danos morais por violação aos direitos da personalidade, quanto, preventivamente, mitigando o *pacta sunt servanda*, de molde a condicionar questões patrimoniais às existenciais.

Na proteção concretizada pelo Judiciário, pode-se constatar que a imagem, como direito da personalidade, quando utilizada por terceiros, indevidamente, com abuso ou com locupletamento econômico, enseja a indenização por danos morais. No Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, foi confirmada a indenização por dano moral pela utilização indevida do nome, *status* social e imagem do Cônsul de Luxemburgo, no lan-

<sup>44</sup> “(...) mostra-se insuficiente qualquer construção doutrinária que, tipificando vários direitos da personalidade ou cogitando de um único direito geral da personalidade, acaba por limitar a proteção da pessoa à atribuição de poder para salvaguarda meramente ressarcitória, seguindo a lógica dos direitos patrimoniais”. (TEPEDINO, Gustavo. *Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002*, in: A Parte Geral do Novo Código Civil, coord. Gustavo Tepedino, Renovar, 2002, p. XXII). “A personalidade humana deve ser considerada antes de tudo como um valor jurídico, insuscetível, pois, de redução a uma *situação jurídica-tipo* ou a um elenco de *direitos subjetivos típicos*, de modo a se proteger eficaz e efetivamente as múltiplas e renovadas situações em que a pessoa venha a se encontrar, envolta em suas próprias e variadas circunstâncias.” (TEPEDINO, Gustavo. *Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002*, in: A Parte Geral do Novo Código Civil, coord. Gustavo Tepedino, Renovar, 2002, p. XXIII). “Em que pese, pois, a extraordinária importância de construções doutrinárias que engendraram os direitos da personalidade, a proteção constitucional da pessoa humana supera a setorização da tutela jurídica (...) bem como a tipificação de situações previamente estipuladas, nas quais pudesse incidir o ordenamento.” (TEPEDINO, Gustavo. *Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002*, in: A parte geral do novo Código Civil, coord. Gustavo Tepedino, Renovar, 2002, p. XXIV).

<sup>45</sup> “Com efeito, a escolha da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, associada ao objetivo fundamental de erradicação da pobreza e da marginalização, e de redução das desigualdades sociais, juntamente com a previsão do § 2.º do art. 5º, no sentido da não exclusão de quaisquer direitos e garantias, mesmo que não expressos, desde que decorrentes dos princípios adotados pelo Texto Maior, configuram uma verdadeira cláusula geral de tutela e proteção da pessoa humana, tomada como valor máximo pelo ordenamento.” (TEPEDINO, Gustavo. *Crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002*, in: A Parte Geral do Novo Código Civil, coord. Gustavo Tepedino, Renovar, 2002, p. XXV). No mesmo artigo, Tepedino faz referência aos precursores da defesa desta cláusula geral de tutela da personalidade: “Atente-se para a palavra precursora de José Lamartine Correa de Oliveira e Francisco José Ferreira Muniz, *O Estado de Direito e os Direitos da Personalidade*, cit. p. 14, que propuseram (em 1980!) uma cláusula geral de tutela da pessoa humana no ordenamento jurídico brasileiro, aos moldes da experiência alemã, relatada pelos autores, os quais destacam: “A tipologia que se pretende exaustiva não exaure a realidade e camufla o sentido único de toda *problemática*”. (Ibidem, nota 11)

çamento de um empreendimento imobiliário.<sup>46</sup> Neste caso, como em outro em que a intimidade da pessoa foi violada em razão de veiculação não autorizada e equivocada de nome e telefone residencial de anúncio comercial em seção de massagem,<sup>47</sup> reafirmou-se o entendimento consolidado de que a violação a direito de personalidade não precisa da obtenção da prova do prejuízo na medida em que ele é *in re ipsa*, isto é, na simples violação presume-se o prejuízo.

Como direito fundamental, na colisão com outros direitos fundamentais, como a liberdade de imprensa, abusos perpetrados aos direitos da personalidade pelos veículos de comunicação geram danos morais passíveis de indenização.<sup>48</sup>

<sup>46</sup> BRASIL, STJ, 4ª T, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, REsp 45305/SP, publ. DJ 25/10/2009, em <www.stj.gov.br> Acesso em 28 de julho de 2008. Ementa: “DIREITO AUTORAL. DIREITO À IMAGEM. LANÇAMENTO DE EMPREENDIMENTO IMOBILIÁRIO. CÔNSUL HONORÁRIO DE GRÃO DUCADO. UTILIZAÇÃO SEM AUTORIZAÇÃO DE SEU NOME E TÍTULO. PROVEITO ECONÔMICO. DIREITOS EXTRAPATRIMONIAL E PATRIMONIAL. LOCUPLETAMENTO. DANO. PROVA. DESNECESSIDADE. HONORÁRIOS. DENUNCIÇÃO DA LIDE. DESCABIMENTO. AUSÊNCIA DE RESISTÊNCIA DA DENUNCIADA. ENUNCIADO N. 7 DA SÚMULA/STJ. PRECEDENTES. RECURSO DESACOLHIDO. UNÂNIME. I - O direito à imagem constitui um direito de personalidade, de caráter personalíssimo, protegendo o interesse que tem a pessoa de opor-se à divulgação dessa imagem, em proteção à sua vida privada. II - Na vertente patrimonial, o direito à imagem opõe-se à exploração econômica, regendo-se pelos princípios aplicáveis aos demais direitos patrimoniais. III - A utilização da imagem de cidadão, com fins econômicos, sem a sua devida autorização, constitui locupletamento indevido, ensejando a indenização. IV - Em se tratando de direito à imagem, a obrigação da reparação decorre do próprio uso indevido do direito personalíssimo, não havendo que se cogitar de prova da existência de prejuízo ou dano. Em outras palavras, o dano é a própria utilização indevida da imagem com fins lucrativos, não sendo necessária a demonstração do prejuízo material ou moral. V - No recurso especial não é permitido o reexame de provas, a teor do enunciado nº 7 da súmula/STJ. VI - Não havendo resistência da denunciada, ou seja, vindo ela a aceitar a sua condição e se colocando como litisconsorte do réu denunciante, descabe a sua condenação em honorários pela denunciação da lide.”

<sup>47</sup> BRASIL, STJ, 4ª T, Rel. Min. Fernando Gonçalves, Resp 506437/SP, publ. DJ 06.10.2003, em <www.stj.gov.br> Acesso em 28 de julho de 2008. Ementa: “RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. VIOLAÇÃO. DIREITOS DA PERSONALIDADE. INTIMIDADE. VEICULAÇÃO. LISTA TELEFÔNICA. ANÚNCIO COMERCIAL EQUIVOCADO. SERVIÇOS DE MASSAGEM. 1. A conduta da prestadora de serviços telefônicos caracterizada pela veiculação não autorizada e equivocada de anúncio comercial na seção de serviços de massagens, viola a intimidade da pessoa humana ao publicar telefone e endereço residenciais. 2. No sistema jurídico atual, não se cogita da prova acerca da existência de dano decorrente da violação aos direitos da personalidade, dentre eles a intimidade, imagem, honra e reputação, já que, na espécie, o dano é presumido pela simples violação ao bem jurídico tutelado. 3. Recurso especial parcialmente conhecido e provido”.

<sup>48</sup> Como ficou decidido no Resp 818764, STJ, 4ª T, Rel. Min. Jorge Scar, publ. DJ 12.03.2007, em <www.stj.gov.br> Acesso em 28 de julho de 2008, assim ementado: “RECURSO ESPECIAL - RESPONSABILIDADE CIVIL - DANO MORAL - DIREITO DE INFORMAÇÃO - ANIMUS NARRANDI - DIREITO À HONRA - DISCUSSÃO VEDADA NESTA SEARA - RE-EXAME DE PROVA - INADMISSIBILIDADE - SÚMULA 07/STJ - DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL - QUANTUM INDENIZATÓRIO - POSSIBILIDADE DE REVISÃO PELO STJ - VALOR QUE EXTRAPOLA OS LIMITES DO RAZOÁVEL - INEXISTÊNCIA - MANUTENÇÃO DO MONTANTE FIXADO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS - RECURSO NÃO CONHECIDO. 1. A responsabilidade civil decorrente de abusos perpetrados por meio da imprensa abrange a colisão de dois direitos fundamentais: a liberdade de informação e a tutela dos direitos da personalidade (honra, imagem e vida privada). A atividade jornalística deve ser livre para informar a

Não apenas, porém, no âmbito da responsabilidade civil por danos morais a dignidade da pessoa humana confere novo teor às decisões judiciais. Observando concomitantemente outros princípios constitucionais, o Judiciário concretiza a alteração paradigmática do direito civil, enaltecendo as questões existenciais quando em confronto com as patrimoniais, como se pode verificar, outrossim, em decisão proferida no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em sede de Agravo de Instrumento, julgado pela Décima Quarta Câmara Cível, onde entendeu-se que caberia a purgação da mora pelo devedor/consumidor e a preservação do contrato, em razão da Constituição de 1988 impor a prevalência dos valores existenciais sobre os patrimoniais.<sup>49</sup>

Neste e em outros Tribunais, igualmente, já é pacífico o entendimento no sentido de que o desconto em folha de pagamento por empréstimos bancários não pode ultrapassar o percentual de 30% do salário do consumidor, ainda que haja autorização por ele. Em tais casos, permite-se a relativização dos contratos bancários para reequilibrar a relação e assegurar o mínimo existencial ao consumidor.<sup>50</sup>

---

sociedade acerca de fatos cotidianos de interesse público, em observância ao princípio constitucional do Estado Democrático de Direito; contudo, o direito de informação não é absoluto, vedando-se a divulgação de notícias falaciosas, que exponham indevidamente a intimidade ou acarretem danos à honra e à imagem dos indivíduos, em ofensa ao fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana.2. No que pertine à responsabilidade pelo dano cometido através da imprensa, o Tribunal a quo, ao apreciar as circunstâncias fático-probatórias, entendeu pela caracterização do dano moral, assentando que o recorrente abusou do direito de transmitir informações através da imprensa. Maiores digressões sobre o tema implicariam o re-exame da matéria probatória, medida absolutamente vedada na via estreita do recurso especial, a teor da Súmula 07 desta Corte. Precedentes. 3. No que se refere à reparação por danos morais, tem-se que o valor arbitrado judicialmente não escapa ao controle do STJ, conforme remansosa jurisprudência desta Corte. Precedentes. 4. A lesão a direitos de natureza moral merece ser rechaçada mediante a fixação de indenização que repare efetivamente o dano sofrido, notadamente quando se trate de autoridade pública ocupante de cargo relevante na estrutura do Poder Judiciário Estadual, de modo que o patamar mantido pelo Tribunal a quo merece ser prestigiado. Precedentes. 5. Recurso especial não conhecido.”

<sup>49</sup> BRASIL. TJRJ. 4ª CC, Rel. Des. José Carlos Paes, AI nº2008. 002.15589, publ. 26/06/2008, em <www.tj.rj.gov.br> Acesso em 28 de julho de 2008: “AGRAVO DE INSTRUMENTO. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA. PURGAÇÃO DA MORA. POSSIBILIDADE. 1. A decisão recorrida, ao determinar a expedição de guia para depósito judicial, tão-somente atendeu ao acórdão acostado aos autos e que anulou a sentença proferida pelo Juízo de 1º grau. Natureza declaratória do acórdão, que reconhece direito pre-existente do devedor em purgar a mora. Impossibilidade de rediscutir questão preclusa. 2. Ressalte-se que o réu requereu o pedido para purgar a mora dentro do prazo de cinco dias a que alude o § 2º, do art. 3º, do Decreto-Lei 911/69, com redação dada pela Lei nº 10.931/04.3. O direito de purgar a mora pelo devedor, ora consumidor, decorre de uma influência principiológica do Código de Proteção e Defesa do Consumidor que incorpora uma nova teoria geral dos contratos voltado à socialização desse instituto, permitindo-se, assim, relativizar a autonomia da vontade e a força obrigatória dos contratos. 4. Outrossim, por força da Constituição de 1988, que impõe a prevalência dos valores existenciais aos valores patrimoniais, há que ser observada a função social do contrato que reforça o princípio da conservação do contrato, consagrado no CPDC. 5. A norma constitucional que dispõe sobre a razoável duração do processo representa uma vedação à dilações indevidas no processo. Nos documentos e alegações produzidas nos autos não se verifica o propósito do devedor em retardar a marcha do processo. 6. Não se vislumbra, assim, as hipóteses do art. 14, I, III e IV do CPDC, não havendo por quê perquirir-se da má-fé do devedor, que encontra-se no exercício do seu direito subjetivo declarado pelo acórdão. 7. Negado seguimento ao recurso”.

<sup>50</sup> Exemplificativamente colaciona-se a ementa da Apelação Cível nº 2008.001.19527, 2ª CC, Rel. Des. Elisabete Filizzola. TJRJ, Publ. D.O: 24/04/2008, em <www.tj.rj.gov.br> Acesso em 28 de julho de 2008.: “AGRAVO INOMINADO EM APELAÇÃO CÍVEL. CONTRATO DE EMPRÉSTIMO BANCÁRIO COM AUTORIZAÇÃO DE DESCONTO DIRETO EM CONTA

Deste modo, com fulcro nas construções hermenêuticas que valorizam a dignidade da pessoa, tanto no âmbito doutrinário como no jurisprudencial tem sido significativa, não obstante, a necessária transformação paradigmática do direito civil.

## Conclusões

Buscou-se demonstrar, no âmbito do direito civil e com respaldo na sua perspectiva civil-constitucional, algumas das mudanças que vêm ocorrendo na doutrina e na jurisprudência desde o advento da Constituição de 1988. Centralizou-se o enfoque na alteração de paradigmas, levando-se em conta que a ideologia patrimonialista do direito civil oitocentista não encontra mais solo fértil no campo do ordenamento jurídico brasileiro, onde floresce e frutifica a dignidade da pessoa humana, ativa, ativa e destacadamente.

Ainda são utilizadas figuras como a do “direito subjetivo”, não obstante muitos doutrinadores fazerem uso da mesma, atualmente, com um significado totalmente di-

---

CORRENTE NA QUAL O AUTOR PERCEBE O SEU SALÁRIO MENSAL. LIMITAÇÃO DOS DESCONTOS MENSIS QUE SE IMPÕE, COM VISTAS A REEQUILIBRAR A RELAÇÃO CONTRATUAL, ASSEGURANDO O MÍNIMO EXISTENCIAL AO CONSUMIDOR E À SUA FAMÍLIA. PRECEDENTES DA JURISPRUDÊNCIA DO C. STJ, BEM COMO DESTE E. TJ/RJ. Recurso interposto contra a decisão monocrática desta relatora que, na forma do art. 557, §1ºA, do CPC, deu parcial provimento ao apelo do próprio Banco réu, a fim de reconhecer que a instituição financeira não está proibida de realizar os descontos na conta de seu cliente, devendo, contudo, limitar tais descontos ao percentual de 30% (trinta por cento) sobre os vencimentos mensais do respectivo correntista. Consoante já pacificado no âmbito de nossa jurisprudência, não pode o Banco se valer da apropriação integral dos vencimentos de seu cliente como forma de compensar-se da dívida gerada por contrato de empréstimo inadimplido, haja vista que a remuneração, por ter caráter alimentar, é imune a constrições dessa espécie, ao teor do disposto no art. 649, IV, da lei processual civil, por analogia corretamente aplicável à espécie. A retenção da integralidade das remunerações dos correntistas compromete verba necessária para sua sobrevivência e de sua família e acaba por comprometer a própria subsistência do cidadão, fato que afronta diametralmente o postulado da dignidade da pessoa humana e, por conseguinte, ofende não apenas os dispositivos das leis civil e processual, bem como o art. 6º, §5º, da Lei 10.820/2003 e o próprio art. 1º, III, da CRFB/88. No entanto, não se pode olvidar que o simples fato de os rendimentos mensais do autor decorrerem de seu salário não induz fundamento suficiente para exonerá-lo de cumprir com suas obrigações livremente contratadas. Por tais razões, operou-se a reforma parcial da sentença apelada, para limitar os descontos realizados pelo Banco réu ao percentual de 30% (trinta por cento) sobre os vencimentos mensais do autor, sendo esta a medida que vem sendo amparada pelo ordenamento jurídico e pela maciça jurisprudência deste E. TJ/RJ e do C. STJ. Alegações do Banco réu, ora Agravante, acerca da suposta impossibilidade material e/ou sistêmica de cumprir a referida limitação que de nada valem para eximir o recorrente do cumprimento do julgado, visto que é dever da instituição financeira se organizar para possibilitar o controle de suas atividades, bem como das movimentações financeiras realizadas nas contas de seus clientes, não podendo ser albergado pelo Poder Judiciário que o recorrente, com base no seu próprio despreparo, pretenda ver modificada a decisão deste Tribunal para adequar-se a seus interesses e comodidades em manifesto detrimento ao legítimo direito do correntista. RECURSO DESPROVIDO”. Confira-se o mesmo raciocínio no TJRS, apelação cível nº 70016062465, Rel. Des. Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, 3ª CC, publ. DJ 09/10/2006, em <www.tj.rs.jus.br> Acesso em 05.07.2009, assim como no TJMG, ap. Civ. Nº 1.0145.07.429147-0/002, Rel. Des. Selma Marques, publ. 15/10/2008, em <www.tjmg.jus.br> Acesso em 05.07.2009.

verso do originalmente concebido. Esta nem sempre é a melhor opção pois gera confusões indevidas, mas, ainda assim, representa um avanço.

Concepções retrógradas e insistentes interpretações retrospectivas<sup>51</sup>, talvez em médio prazo, não mais sobreviverão em um ordenamento jurídico como o brasileiro, que possui diversos mecanismos de controle da constitucionalidade e um corpo judiciário atuante no sentido de manejá-los eficazmente.

As transformações são inevitáveis, na medida em que não se pode mais permitir que, em um contexto que valoriza a pessoa concreta, ocorra o tratamento de questões existenciais com base em concepções patrimonialistas.

O arsenal jurídico, engendrado pelos princípios constitucionais, está disponível, mas só o intérprete, na resolução dos casos concretos, será capaz de efetivamente garantir uma proteção qualitativamente diversa, a qual, definitivamente, substitua o “ter” pelo “ser”.

---

<sup>51</sup> BARROSO, Luís Roberto, ao comentar sobre a reinterpretação das normas legais em face da nova Constituição de 1988, defende a rejeição do que ele define como uma das patologias crônicas da hermenêutica constitucional brasileira, que é a interpretação retrospectiva, “pela qual se procura interpretar o texto novo de maneira a que ele não inove nada, mas, ao revés, fique tão parecido quanto possível com o antigo.” E arremata a crítica com José Carlos Barbosa Moreira, o qual espirituosamente expõe que: “Põe-se ênfase nas semelhanças, corre-se um véu sobre as diferenças e conclui-se que, à luz daquelas, e a despeito destas, a disciplina da matéria, afinal de contas, mudou pouco, se é que na verdade mudou. É um tipo de interpretação em que o olhar do intérprete dirige-se antes ao passado que ao presente, e a imagem que ele capta é menos a representação da realidade que uma sombra fantasmagórica”. *Apud* BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 71.