

FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE DO TOCANTINS - UNITINS

MARIA DA VITÓRIA COSTA E SILVA

REDEFINIÇÃO DO DIREITO CIVIL À LUZ DA CONSTITUIÇÃO DA
REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

Artigo científico apresentado ao Curso de pós-graduação em Direito Civil e Processual Civil da UNITINS – Fundação Universidade do Tocantins.

Professora-Orientadora: Ângela Issa Haonat

PPEX/CPG
RECEBIDO
24.04.08 às ____
Francisco Lildson de Oliveira
Assistente Administrativo
UNITINS

PALMAS-TO

ABRIL/2008

REDEFINIÇÃO DO DIREITO CIVIL À LUZ DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

Maria da Vitória Costa e Silva¹

Resumo

O presente trabalho volta-se para o estudo da redefinição dos institutos fundamentais do Direito Civil à luz da Constituição Federal de 1988. Parte-se da análise do avanço da economia globalizada e seus reflexos no contexto mundial, o que provoca uma nova concepção jusfilosófica da Ciência do Direito, principalmente no âmbito do Direito Civil. Num segundo momento, objetivando dar ênfase à dignidade da pessoa humana, traz a lume uma visão panorâmica da jurisprudência brasileira em torno da aplicação dos direitos fundamentais nas relações cíveis. Por fim, reporta-se à utilização, pelo Direito Civil, da técnica da ponderação de interesses, diante da ocorrência de colisão de normas de igual hierarquia, centrando seu foco nos princípios Constitucionais, em particular na dignidade humana, parâmetro a reger as relações jurídicas, como imperativo da justiça social e do Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave

Globalização, democracia, igualdade, direitos, cidadão, dignidade, justiça e paz.

Introdução

O presente texto demonstra a alteração interna ocorrida na estrutura das categorias jurídicas do Direito Civil brasileiro, promovida pela Constituição de 1988, a qual, em todo seu corpo, traça normas, preceitos e princípios fundamentais que reconhecem e asseguram a proteção da dignidade da pessoa humana, dos valores sociais do trabalho e livre iniciativa, da solidariedade, da igualdade, do meio

¹ Graduada em Direito pela Faculdade de Filosofia e Ciência Humanas de Gurupi/TO (atual UNIRG), pós-graduada em Direito do Trabalho, Processo do Trabalho, Direito Civil e Processual Civil UNITINS – Fundação Universidade do Tocantins.

ambiente ecologicamente equilibrado e da função social da propriedade, que funcionam como feixe de luz a orientar as relações jurídicas públicas e privadas.

Ressalta-se, por oportuno, que este trabalho não visa estudar os institutos do Código Civil de 2002 ou fazer qualquer crítica sobre a defasagem de suas normas, mas tenciona demonstrar a importância do fenômeno conhecido como *“constitucionalização do direito civil”*.

A primeira parte do trabalho analisa as vantagens e os malefícios promovidos pelo capitalismo e reflexos da globalização na ordem econômica, social e política mundial. Revela, como consequência desses avanços, a nova concepção jusfilosófica sofrida pela Ciência do Direito, trazendo em destaque o fenômeno da constitucionalização do Direito Civil brasileiro, o qual centra seu eixo de atenção nos princípios fundamentais, em especial na proteção da dignidade da pessoa humana que se consubstancia como núcleo básico de informação do ordenamento jurídico, pois somente através desse valor preponderante, a relação entre capital, trabalho e direitos humanos encontrará repouso tranquilo.

Num segundo momento, enaltece parte da jurisprudência que vem consubstanciando suas decisões na ordem constitucional, através da aplicação dos direitos fundamentais, em particular nas relações cíveis.

Por último, a abordagem refere-se ao fenômeno da ponderação de interesses. Técnica que pode ser utilizada pelo aplicador do direito quando, diante do caso concreto, emergir a colisão entre normas de mesma hierarquia. Oportunizando ao jurista sopesar os valores colidentes, respeitando, com maior amplitude, a dignidade da pessoa humana.

Como metodologia científica utilizada, evidencia-se o método de abordagem analítica, sintética e dogmática. Quanto à técnica de pesquisa, aproveita-se a bibliográfica-doutrinária e jurisprudencial, enfocando de forma acentuada as novas dimensões do direito constitucional e implicações no aspecto cível, como forma de se buscar a concretização da segurança jurídica e a verdadeira consolidação do Estado Democrático de Direito, escopo central da República Federativa do Brasil.

1. As inovações contemporâneas e seus reflexos na nova concepção jusfilosófica da ciência do direito, em particular do direito civil

1.1. A globalização e o desafio de se reduzir a exclusão social

No início do século XXI são expressivos os avanços tecnológicos e científicos, culminando com a ascensão de uma economia globalizada que apresenta vantagens e desvantagens no contexto mundial.

No mundo globalizado os novos sistemas de comunicação e transporte têm reduzido distância e tempo, intensificado a circulação de bens e serviços, aproximado diferentes espécies de culturas, disseminado informações e conhecimento numa escala mundial². Contudo, ao lado desse panorama evolutivo e promissor, a globalização não está merecendo aplausos, tendo em vista ao aumento inmensurável da exclusão social, impulsionada pelo modelo de política econômica neoliberal, liberada e imposta pelos Estados Unidos da América, que implanta disposições sobre o futuro da economia global e respectiva política de desenvolvimento, contribuindo com a enorme concentração do poder econômico por

² Melhor informação sobre a Globalização e seus contornos sobre os Direitos Humanos veja no livro coordenado por Flávia Piovesan – Direitos Humanos: fundamento, proteção e implementação – texto de Carla Syane Moura Miranda Gama (A globalização econômica e seus desafios à efetividade dos direitos humanos). Juruá, 2007 – Vol. 2, págs. 549/563.

parte de algumas empresas multinacionais que têm o controle de 70% do comércio mundial.

Esse modelo neoliberal de política econômica, que insiste em permanecer latente, tem expandido falsas ideologias sobre a defesa do planeta, tendo como verdadeira pretensão a ascensão do capitalismo selvagem e a concentração de poder por poucos países desenvolvidos.

A ficção dos filmes de ação e dos jogos violentos lançados em vídeo game que diverte crianças, jovens e adultos em todo o mundo, passa a fazer parte da vida real. Veja o exemplo da guerra do Iraque, quantas famílias destruídas, quantos sonhos dilacerados, quanta miséria e seqüelas estão fazendo parte das vidas que ainda restam. Enquanto isso, os demais países periféricos assistem a tudo imobilizados, como se essa tragédia não trouxesse reflexo para todo contexto mundial. E a história prossegue como se esse acontecimento fosse mais um caso isolado e, logo após aos noticiários dos telejornais, tem a novela das 6, das 7 ou das 8 horas, bem como outros programas de entretenimento que fazem o telespectador esquecer os horrores da guerra e continuar numa profunda e deliciosa alienação. E, por trás desse contexto, poucos saboreiam e comemoram as conquistas que sobrelevam o aumento de suas riquezas e a concentração de poder.

Norberto Bobbio³, na sua inconfudível capacidade de analisar a contextualização histórica, expõe:

O que distingue o momento atual em relação às épocas precedentes e reforça a demanda por novos direitos é a forma de poder que prevalece sobre todos os outros. A luta pelos direitos teve como

³ BOBBIO, Norberto. A era dos direitos; tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Editora Campus, 2004, p. 229.

primeiro adversário o poder religioso; depois, o poder político; e, por fim, o poder econômico. Hoje, as ameaças à vida, à liberdade e à segurança podem vir do poder sempre maior que as conquistas da ciência e das aplicações dela derivadas dão a quem está em condição de usá-las. Entramos na era que é chamada de pós-moderna e é caracterizada pelo enorme progresso, vertiginoso e irreversível, da transformação tecnológica e, conseqüentemente, também tecnocrática do mundo. Desde o dia em que Bacon disse que a ciência é poder, o homem percorreu um longo caminho! O crescimento do saber só fez aumentar a possibilidade do homem de dominar a natureza e os outros homens.

Nessa nova era, que se destaca pelo poder econômico, o desrespeito aos direitos humanos e ao meio ambiente é desolador, a concentração de poder das grandes potências mundiais ameaça a soberania dos países periféricos, suplanta sonhos e a consolidação de um Estado Democrático de Direitos que abomina a fome, a desnutrição, o racismo, a existência de menores e velhos abandonados, a guerra, enfim toda e qualquer espécie de discriminação social.

Assevera Daniel Sarmiento⁴ que:

No século que se inicia, certamente o maior desafio para a Humanidade será o de reduzir a exclusão social, garantindo concretamente o gozo dos direitos fundamentais para toda a população marginalizada do globo. Hoje, o quadro social que se delineia diante dos nossos olhos é desalentador. Campeiam a miséria, a desigualdade e a opressão social, sobretudo nos países periféricos. Os riscos estão cada vez mais ricos enquanto engrossa a legião de excluídos do pacto social, que vivem num verdadeiro Estado da Natureza, completamente alijados das benesses da civilização. Num mundo órfão de utopias, no qual as ideologias foram desmoralizadas pela sua distorcida experimentação prática, dilacera-se o tecido social, rasgado pela violência material ou simbólica emergente das relações assimétricas de poder travadas na sociedade.

Direcionando o olhar sobre o Brasil, o exemplo mundial da violência e menosprezo à dignidade humana ganha força no palco real da vida dos brasileiros. A corrupção dos representantes do povo provoca vergonha e medo. Enquanto isso,

⁴ SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p. 1.

a miséria percorre cada rua, cada esquina e, nas grandes cidades, mendigos sobrevivem dos lixões; a violência faz de todos prisioneiros, seja em sua própria casa ou no seu barraco, que assustados correm do próximo assaltado ou da próxima bala perdida. Saúde, educação, moral, ética e respeito, o que significa tudo isso? Esses são valores que não elevam a audiência dos meios de comunicação. E se voltassem as câmaras do big brother para os poderes legislativo, executivo e judiciário? Não! Isso não dá certo, pois, com certeza, não haveria mais concessão ou permissão para utilização do canal televisivo. Essa é uma pequena amostra da realidade brasileira que para muitos nem se torna um tédio, pois logo haverá eleições, depois carnaval e assim por diante.

Essa observação é sentida, também, por Sarmento⁵ que argumenta:

No Brasil, o panorama é ainda mais cinzento. Apesar das suas incontáveis riquezas naturais, e de possuir a 11ª maior economia do planeta, o país permanece profundamente injusto, com uma das piores concentrações de renda do mundo. Sequer é possível falar em crise social, pois os males que afligem nosso povo não decorrem de desequilíbrios agudos e repentinos, mas são a expressão de uma estrutura social perversa, perenizada ao longo de séculos de história, cujas raízes mergulham na própria formação da Nação.

Pelo que se pode entender, o momento atual é infausto e de muita preocupação, mas como afirma Norberto Bobbio⁶ o sinal dos tempos serve para lançar um olhar, temerário, indiscreto, incerto, mas confiante e de esperança para o futuro. Em uma de suas grandes inspirações comenta:

Os direitos da nova geração (...) nascem todos dos perigos à vida, à liberdade e à segurança, provenientes do aumento do progresso tecnológico. Bastam estes três exemplos centrais no debate atual: o direito de viver em um ambiente não poluído, do qual surgiram os movimentos ecológicos que abalaram a vida política tanto dentro dos próprios Estados quanto no sistema internacional; o direito à

⁵ Op. cit., p. 1.

⁶ Op. cit., p. 222 e 229/230.

privacidade, que é colocado em sério risco pela possibilidade que os poderes públicos têm de memorizar todos os dados relativos à vida de uma pessoa e, com isso, controlar os seus comportamentos sem que ela perceba; o direito, o último da série, que está levantando debates nas organizações internacionais, e a respeito do qual provavelmente acontecerão os conflitos mais ferrenhos entre duas visões opostas da natureza do homem: o direito à integridade do próprio patrimônio genético, que vai bem mais além do que o direito à integridade física, já afirmado nos artigos 2 e 3 da Convenção Européia dos Direitos do Homem.

Os ensinamentos de Bobbio são estimulantes, revigora a esperança e intensifica a necessidade da união solidária de todos, para que se possa fazer desse novo tempo, conhecido como era do poder econômico, um palco onde o crescimento do saber traga melhores tempos de fruição dos direitos comunitários.

Carla Syane Moura Miranda Gama⁷ traz a informação de que, o modelo de globalização neoliberal, por aprofundar as desigualdades sociais, acentuou-se a tendência de integração regional, a exemplo da União Européia⁸ e do Mercosul⁹, que funciona como estratégia de cooperação pelos Estados, utilizada como meio de coalizão de forças para o enfrentamento das conseqüências nefastas da globalização.

Um outro fator positivo que enaltece a esperança de um mundo melhor é a organização da sociedade civil, a qual, em vez de confiar apenas ao Estado a solução dos conflitos de justiça social, através das ONG's, das associações de bairro, movimentos sociais que representam o chamado "terceiro setor", tem

⁷ PIOVESAN, Flávia (Coord.). Direitos humanos: fundamentos, proteção e implementação. Curitiba: Juruá, 2007– texto de Carla Syane Moura Miranda Gama (Aglobalização econômica e seus desafios à efetividade dos direitos humanos) págs. 555.

⁸ Organização internacional constituída por 27 estados membros, consistente num mercado único europeu (união aduaneira), com moeda única (euro, adotada por 15 dos 27 estados membros) e política agrícola, de pescas, comercial e de transportes comuns. A União Européia desenvolve, também, várias ações para a coordenação das atividades judiciais e de defesa dos Estados Membros.

⁹ Mercado Comum do Sul, consiste na União Aduaneira (livre comércio intrazona e política comercial comum) de alguns países da América do Sul (Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai), com inclusão da Venezuela neste bloco em 2006.

canalizado esforços para a preservação e defesa dos direitos fundamentais, em particular da dignidade da pessoa humana.

É a construção da paz que se faz através da luta consciente e da verdadeira participação de todos. Mas, como construir a paz com a colaboração da razão? Esta é uma questão levantada por Celso Lafer, na apresentação do livro de Norberto Bobbio “*A Era dos Direitos*”, e por ele mesmo respondida à luz dos ensinamentos desse saudoso mestre. Diz Lafer¹⁰:

Para Bobbio, mediante o nexo entre a paz e os direitos humanos que instauram a perspectiva dos governados e da cidadania como princípio da governança democrática. É promovendo e garantindo os direitos humanos – o direito à vida; os direitos às liberdades fundamentais; os direitos sociais que asseguram a sobrevivência – que se enfrentam as tensões que levam à guerra e ao terrorismo. Este é o caminho para o único salto qualitativo na História que Bobbio identifica como sendo o da passagem do reino da violência para o da não-violência (cf. Norberto Bobbio, *As ideologias e o Poder em Crise*, tradução de João Ferreira, Brasília, Ed. Da Univ. de Brasília, São Paulo, Edit. Polis, 1988, p 111). Na construção deste caminho está presentes, na reflexão de Bobbio, tanto o valor da igualdade, que é uma dimensão do seu pacifismo social, quanto o da liberdade, que permeia a sua concepção da governança democrática. Esta requer não apenas a distribuição *ex parte populi* do poder – herança conceitual da democracia dos antigos – mas também a limitação do poder -, herança conceitual da democracia dos modernos, que se baseia na dignidade ontológica da pessoa humana. Esta pressupõe, arendtianamente, o “direito a ter direitos” humanos como meio indispensável para conter o onipresente risco do abuso do exercício do poder (cf. Norberto Bobbio, *Teoria Geral da Política*, cit. pp. 371-386). Este risco – que é o do *tyrannus quoad exercitium* – também tem como um dos elementos de sua contenção a transparência do poder, base do direito à informação que permite a participação consciente da cidadania na vida democrática.

Infere-se desse contexto que só há um caminho a ser percorrido para a consolidação do Estado Democrático de Direito, qual seja: o da convivência harmoniosa entre a eficiência econômica perseguida pela expansão do capital e a consagração da eficácia e efetividade dos direitos fundamentais constantes da

¹⁰ Apresentação do livro de Norberto Bobbio “*A era dos direitos*”.

ordem constitucional entrelaçados pelo nexo da proteção da dignidade da pessoa humana.

Esse é o grande desafio dos tempos modernos que exige reflexão e postura pró-ativa das instituições internas dos Estados, bem como dos organismos internacionais, realçando, dessa forma, a fundamental exigência de uma nova concepção jusfilosófica sobre a Ciência do Direito, em particular do Direito Civil, que, através da modelagem de seus novos institutos jurídicos, resguarde a garantia da dignidade da pessoa humana.

1.2. A constitucionalização do direito civil

No campo da ciência do direito uma nova concepção jusfilosófica vem sendo difundida é a da *constitucionalização do direito*. Assim, considerando que na visão contemporânea do “Estado Democrático de Direito, democracia e constitucionalismo são vistos como valores complementares, interdependentes e sinérgicos”¹¹, faz mister que as normas, preceitos e princípios humanitários lançados na Constituição de um Estado funcionem como centro de convergência de toda a legislação infraconstitucional.

Com essa mudança, os direitos fundamentais devem ser observados e promovidos, não apenas nas relações políticas, entre governantes e governados, mas, também, no campo das relações privadas. Com esse novo enfoque, as Constituições, além de cuidar da organização e estrutura do Estado, passam,

¹¹ NICOLAU JÚNIOR, Mauro. A decisão judicial e os direitos fundamentais constitucionais da democracia. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 763, 6 ago. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7101>>.

também, a disciplinar as relações econômicas e privadas (relações de consumo, cíveis, comerciais, trabalhistas etc).

Sintetizando com a feliz lição de Luís Roberto Barroso¹², verifica-se que:

A Constituição transforma-se no filtro através do qual se deve ler todo o direito infraconstitucional. Este importante desenvolvimento metodológico tem sido designado como *constitucionalização do direito*, uma verdadeira mudança de paradigma que deu novo sentido e alcance a ramos tradicionais e autônomos do Direito, como o civil, administrativo, penal, processual etc. A constitucionalização do direito infraconstitucional não se confunde com a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas expressa a reinterpretação dos institutos ordinários sob uma ótica constitucional. À luz de tais premissas, toda interpretação jurídica é também interpretação constitucional. Qualquer operação de realização do direito envolve a aplicação direta ou indireta da Constituição. Direta, quando uma pretensão se fundar em uma norma constitucional; e indireta, quando se fundar em uma norma infraconstitucional, por duas razões: a) antes do aplicar a norma, o intérprete deverá verificar se ela é compatível com a Constituição, porque, se não for, não poderá fazê-la incidir; e b) ao aplicar a norma, deverá orientar seu sentido e alcance à realização dos fins constitucionais.

Fixa-se, portanto, o entendimento de que o leito para o fluxo normal das relações jurídicas privadas fulcra-se na sua progressiva observância e respeito aos princípios fundamentais insculpidos na ordem constitucional. Nesse embalo, o direito civil, sendo o maior campo de fruição dessas relações, tem sido obrigado a redefinir suas normas e institutos, sob pena de ser suplantado pela dinâmica das leis de mercado que fragiliza o monopólio do Estado na produção e execução legislativa.

No Brasil o fenômeno da *constitucionalização do direito civil* ganhou respaldo com a Carta Magna de 1988, a partir do fundamento da dignidade da pessoa humana, provocando o surgimento de novos paradigmas como: a função social da

¹² Citação de Luís Roberto Barroso ao escrever o prefácio do livro coordenado por Daniel Sarmento. Interesses públicos *versus* interesses privados: desconstruindo o princípio de supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2007.

propriedade e dos contratos; igualdade substantiva, solidariedade social, direitos da personalidade etc.

Como leciona Daniel Sarmento¹³:

Trata-se de processo, já identificado com verdadeira “revolução copernicana” no Direito Privado, consistente na sua progressiva constitucionalização. Este fenômeno, que tem se verificado no Brasil a partir do advento da Constituição de 88, significa muito mais do que o mero tratamento em sede constitucional de matérias anteriormente afeitas ao Direito Civil. Trata-se, antes, da imposição de uma releitura das normas e institutos do Direito Privado, filtrados a partir da axiologia constitucional, diante do reconhecimento de que a Constituição não representa apenas a norma básica do Estado, tendo se convertido, nas palavras de Konrad Hesse, na “*ordem jurídico-fundamental da comunidade*”. Daí, passa-se a afirmar a necessidade impostergável de revisitação de vetustas categorias civilísticas, como propriedade, posse, contrato, família, etc., que devem ser reconstruídas a partir de novos pilares assentados no solo constitucional, erigidos a partir de uma tábua axiológica pluralista, que continua protegendo a liberdade e a autonomia privadas – esteio das codificações do passado –, mas que incorpora também, como peso superlativo, os valores da solidariedade social, da igualdade substantiva e da justiça distributiva.

Os princípios gerais do Direito Civil, como aponta Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal¹⁴, passam a ter, como motor de impulsão, uma compreensão *socializada*, por conta da *Magna Charta* de 1988(art. 3º, III), justificando-se tal orientação com o escopo de reequilibrar as relações sociais.

Com essa nova visão constitucionalizada, o Código Civil brasileiro (Lei nº 10.406/2002), apesar de não ter previsto a regulação de temas relevantes da atualidade (como: fertilização *in vitro*, inseminação artificial, a importância do exame DNA na determinação da filiação, relações estáveis ou casamento entre pessoas do mesmo sexo - uniões homoafetivas, utilização de células-tronco pelo mundo

¹³ SARMENTO, Daniel. Livres e iguais: estudos de direito constitucional. Rio de Janeiro: *Lúmen Juris*, 2006, p. 47/48.

¹⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de. e ROSENVALD, Nelson. Direito civil. Teoria geral. Rio de Janeiro: *Lúmen Juris*/5ª edição, p. 35.

científico, conseqüências jurídicas da utilização da Internet etc.), trouxe alguns princípios basilares de grande envergadura, tais com: princípio da personalidade, autonomia da vontade, solidariedade social, boa-fé objetiva, função social da propriedade e dos contratos, intangibilidade familiar, dentre outros.

A *constitucionalização do direito civil* veio impor limites às relações jurídicas privadas que tinham na propriedade sua força motriz (código de 1916). Agora, o “valor-fonte” do ordenamento jurídico, na feliz expressão de Miguel Reale lembrada por Sarmiento¹⁵, é a pessoa humana. Enaltecendo este que, não há, outro lado, dois ordenamentos distintos, correspondentes ao Direito Público e ao Direito Privado, mas uma única ordem jurídica, que tem no seu cimo uma Constituição, cujos princípios e valores devem informar a resolução dos conflitos surgidos em qualquer seara.

As interpretações doutrinárias e jurisprudenciais que aprofundam e evocam a incidência dos direitos fundamentais na esfera privada, tendem a evitar o cenário de injustiças que vai de encontro ao Estado Democrático de Direito.

Dessarte, o Poder Judiciário brasileiro, responsável pela resolução dos litígios emergidos do seio social, tem o dever de prenunciar o direito justo, procurando sempre resguardar e proteger a garantia dos direitos fundamentais do homem, dispostos em sede constitucional ou mesmo em tratados internacionais (ratificados pelo Brasil), enaltecendo os direitos humanos, segundo as premissas da garantia da igualdade, liberdade, segurança, solidariedade e justiça social.

¹⁵ SARMENTO, Daniel. Livres e iguais: estudos de direito constitucional. Rio de Janeiro: *Lúmen Juris*, 2006, p.50/60.

2. Aplicação dos direitos humanos pela jurisprudência brasileira, em particular na seara cível

Os tribunais pátrios, com exceção de posicionamentos isolados de alguns magistrados, têm evoluído no aspecto da proteção dos direitos humanos. Citamos alguns exemplos de grande envergadura:

I) Pela primeira vez na história do Supremo Tribunal Federal brasileiro suas portas abrem-se para a realização de uma audiência pública (20/3/2006), onde a palavra é franqueada à comunidade científica, bem como a representantes da sociedade civil para expressar suas teses sobre a utilização de células-tronco pelo mundo científico. O debate origina-se da Ação de Inconstitucionalidade nº 3.510 interposta no STF, pelo Ex-Procurador Geral da República Cláudio Lemos Fonteles, pretendendo ver declarada a inconstitucionalidade do art. 5º da Lei nº 11.105/05 (Lei de Biossegurança) que permite o uso de células tronco embrionárias em pesquisa e terapia.

Na internet (endereço eletrônico www.blogdasemana.globolog.com.br) encontram-se registrados alguns argumentos das partes interessadas para o desfecho da ação. Assim, para Cláudio Fonteles:

O tema central do debate está, verdadeiramente, em marcar-se o início da vida humana. Se a Constituição Federal, como princípio fundamental afirma “a dignidade humana”, e como direito fundamental “a inviolabilidade do direito à vida”, óbvio que há de se definir quando começa a vida para que, por ser digna, seja inviolável. Por mais - e isso não foi até hoje contestado - casos há de embriões humanos congelados por 5, 7, 12 anos que vivem, agora, no estágio de crianças, ou no de jovens, por que somos nós, primeiramente, embriões, depois fetos, bebês, crianças, jovens, adultos e velhos. A afirmação é: não se pode matar a vida, ainda que em estágio embrionário, a pretexto de cura. A um, porque no caso das células embrionárias não há, no mundo, a comprovação de resultado

terapêutico favorável. A dois, porque aberto fica amplíssimo horizonte de pesquisas científicas com as chamadas células tronco adultas, que já apresentam resultados terapêuticos favoráveis. Aliás, a evolução da ciência é fator incontestável. Hoje, já se sabe que o cordão umbilical é fonte importante à pesquisa da medicina regenerativa, dada a possibilidade real de pluripotência, que encerra. E mais, em dias recentes o método científico Reprogramação Genética de Células Adultas do próprio paciente encaminha para a obtenção das propriedades de totipotência nas células adultas, sem que se comprometa o embrião humano. Reitero, a procedência da Ação Direta de Inconstitucionalidade significa cessar uma única linha de pesquisa, propiciando permaneça presente amplo leque de pesquisa. Assim, a Ação Direta de Inconstitucionalidade em nada compromete a liberdade de pesquisa, até porque liberdade não há quando signifique eliminar vidas humanas na etapa embrionária. A vida humana é dinamismo essencial inesgotável. Do embrião ao ancião seja-nos permitido vivê-la.

Para a CNBB (Conferência Nacional dos Bispos do Brasil) as pesquisas devem ser proibidas. Ives Gandra Martins, advogado constituído para defender respectivo interesse, argumenta que:

Os seres humanos não devem ser transformados em cobaias através da manipulação laboratorial de embriões(...) a vida se inicia com a fecundação, ou seja, com a penetração do espermatozóide no óvulo, dando origem ao zigoto, a primeira célula de um novo indivíduo humano. Para a CNBB, as células-tronco embrionárias de outros mamíferos que não o homem podem ser utilizadas para entender os processos de diferenciação celular e de desenvolvimento dos seres humanos. É inadmissível, no entanto, que essas pesquisas sejam praticadas com células humanas porque fere o princípio do respeito à vida (...) existem novas metodologias para a obtenção de células semelhantes às células tronco-embrionárias a partir de tecidos adultos. O próprio responsável pela criação da ovelha Dolly, Ian Wilmut, anunciou publicamente, em novembro de 2007, que ele e sua equipe aderiram a essas metodologias por considerá-las com maior potencial terapêutico do que a clonagem de embriões. A reprogramação de células adultas do próprio paciente teria ainda menos chances de rejeição do que a feita a partir de células de embriões.

O Advogado de defesa, Luís Roberto Barros, contra-ataca as teses acima levantadas da seguinte forma:

Os três argumentos centrais de nossa defesa são: Do ponto de vista ético: é melhor destinar os embriões à pesquisa do que ao descarte. Do ponto de vista jurídico: não se pode considerar

vida um embrião congelado há mais de três anos sem perspectiva de ser implantado em um útero materno. Do ponto de vista constitucional: tendo o congresso deliberado essa matéria, editando uma lei aprovada por uma maioria expressiva, e não sendo essa lei manifestamente inconstitucional, não há uma razão institucional para o supremo interferir com a decisão do Congresso Nacional. O principal argumento da ação de inconstitucionalidade movida pelo procurador da república é de que a vida existe desde o momento da fecundação. Portanto, a utilização destes embriões significaria o sacrifício de vidas potenciais. O grande ponto de divergência desta posição é que ela não faz uma distinção entre uma fecundação corporal e uma fecundação extracorporal, como esta feita em um tubo de ensaio. A segunda distinção que não é feita nesta posição é a de que só existe vida potencial depois que um embrião é implantado em um útero materno. Se este embrião congelado não tem a perspectiva de ser implantado em um útero materno, não há vida em potencial. A tese de violação do direito à vida não se sustenta. Um embrião congelado há mais de três anos em um tubo de ensaio não é vida humana.

O mais importante nas teses soerguidas é que os debates foram de *“uníssimo reconhecimento da intrínseca dignidade da vida humana em qualquer dos seus estágios”*. Agora, resta aguardar a última palavra do Supremo Tribunal Federal, que pelas manchetes televisivas é pela improcedência da Adin nº 3.510.

II) No direito de família, a jurisprudência brasileira tem amparado os direitos dos filhos à obtenção de alimentos, em caso de recusa do genitor a submeter-se ao exame do DNA, e reconhecido seu estado de filiação. Dentre muitos acórdãos de destaque, proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça, é merecedor de aplausos o que segue:

EMENTA/ACÓRDÃO. Direito civil. Família. Investigação de paternidade. Pedido de alimentos. Assento de nascimento apenas com o nome de mãe biológica. Adoção efetivada unicamente por uma mulher. – O art. 27 do ECA qualifica o reconhecimento do estado de filiação como direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, o qual pode ser exercitado por qualquer pessoa, em face dos pais ou seus herdeiros, sem restrição. – Nesses termos, não se deve impedir uma pessoa, qualquer que seja sua história de vida, tenha sido adotada ou não, de ter reconhecido o seu estado de filiação, porque subjaz a necessidade psicológica do conhecimento da verdade biológica que deve ser respeitada. – Ao estabelecer o art. 41 do ECA que a adoção desliga o adotado de qualquer vínculo com pais ou parentes, por certo que não tem a pretensão de extinguir os

laços naturais, de sangue, que perduram por expressa previsão legal no que concerne aos impedimentos matrimoniais, demonstrando, assim, que algum interesse jurídico subjaz. – O art. 27 do ECA não deve alcançar apenas aqueles que não foram adotados, porque jamais a interpretação da lei pode dar ensanchas a decisões discriminatórias, excludentes de direitos, de cunho marcadamente indisponível de caráter personalíssimo, sobre cujo exercício não pode recair nenhuma restrição, como ocorre com o Direito ao reconhecimento do estado de filiação. – Sob tal perspectiva, tampouco poder-se-á tolher ou eliminar o direito do filho de pleitear alimentos do pai assim reconhecido na investigatória, não obstante a letra do art. 41 do ECA. – Na hipótese, ressalte-se que não há vínculo anterior, com o pai biológico, para ser rompido, simplesmente porque jamais existiu tal ligação, notadamente, em momento anterior à adoção, porquanto a investigante teve anotado no assento de nascimento apenas o nome da mãe biológica e foi, posteriormente, adotada unicamente por uma mulher, razão pela qual não constou do seu registro de nascimento o nome do pai. Recurso especial conhecido pela alínea “a” e provido” (Resp. nº 813.604 – SC, relatada pela Ministra Nancy Andrighi, 3ª turma do STJ, julgamento 16/8/2007).

O STJ tem, também, evoluído sua jurisprudência para reconhecer e conceder direitos advindos da união homoafetiva, a título de exemplo, vale destacar o acórdão abaixo transcrito:

EMENTA/ACÓRDÃO. PROCESSO CIVIL E CIVIL – PREQUESTIONAMENTO – AUSÊNCIA – SÚMULA 282/STF – UNIÃO HOMOAFETIVA – INSCRIÇÃO DE PARCEIRO EM PLANO DE ASSISTÊNCIA MÉDICA – POSSIBILIDADE – DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO-CONFIGURADA. – Se o dispositivo legal supostamente violado não foi discutido na formação do acórdão, não se conhece do recurso especial, à míngua de prequestionamento. – A relação homoafetiva gera direitos e, analogicamente à união estável, permite a inclusão do companheiro dependente em plano de assistência médica. – O homossexual não é cidadão de segunda categoria. A opção ou condição sexual não diminui direitos e, muito menos, a dignidade da pessoa humana. – Para configuração da divergência jurisprudencial é necessário confronto analítico, para evidenciar semelhança e simetria entre os arestos confrontados. Simples transcrição de ementas não basta. (Resp. nº 238.715 – RS, relator MINISTRO Humberto Gomes de Barros, acórdão publicado em 2/10/2006).

III) A violência aos direitos humanos tem sido uma preocupação mundial. Faz-se mister comentar sobre o caso Maria da Penha Maia Fernandes, cuja tragédia pessoal sensibiliza organismos internacionais e provoca uma posição do Estado

brasileiro que, com aprovação da Lei nº 11.340/2006, cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do §8º do art. 226 da Constituição Federal.

A biofarmacêutica Maria da Penha foi vítima de violência doméstica praticada por seu ex-marido em 29 de maio de 1983, causando-lhe seqüelas permanentes: paraplegia nos membros inferiores. Devido a morosidade do processamento dos crimes domésticos contra a mulher pela justiça brasileira, o Centro pela Justiça pelo Direito Internacional (CEJIL) e o Comitê Latino-Americano de Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM), juntamente com a vítima, formalizam denúncia junto à Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA (o caso nº 12.051/OEA), onde resulta na publicação do Relatório nº 54, de 2001, o qual orienta a continuidade e o aprofundamento do processo reformatório do sistema legislativo, com o escopo de mitigar a tolerância estatal à violência doméstica contra a mulher. O Brasil levou 20 anos para punir o agressor. Por tanta demora, o País foi condenado pela OEA a pagar uma indenização de US\$ 20mil para Maria da Penha como compensação pelas irregularidades, sendo que no dia 18/3/2008, após sete anos da decisão proferida pela OEA, a Assembléia Legislativa do Ceará aprova a indenização de R\$ 60.000,00 à Maria da Penha¹⁶.

Essa nova atitude pró-ativa promovida pela OEA começa a difundir o respeito ao cidadão e reascender o espírito de justiça.

Uma boa parte dos magistrados brasileiros tem demonstrado avidez na promoção do resguardo e garantia dos direitos humanos. Contudo, a confiança no

¹⁶ Maiores informações sobre violência cometida contra mulher veja portal www.violenciamulher.org.br.

Poder Judiciário anda abalada, pois ainda existem juízes corruptos e procedimentos ultrapassados que corroboram com a lentidão na entrega da tutela jurisdicional.

Quanto aos desvios de condutas dos magistrados que comprometem a imparcialidade e a entrega da tutela jurisdicional, o Conselho Nacional de Justiça já começa a provocar mudanças alvissareiras, pode-se citar como exemplo a Resolução nº 7, de 18/10/2005 (atualizada com a redação da Res. Nº 9/2005 e nº 21/2006) que trará sobre o nepotismo, vedando sua prática no âmbito de todos os órgãos do Poder Judiciário, sendo nulos os atos assim caracterizados; de outro lado, o mesmo CNJ tem até anulado concursos para a magistratura, quando eivados de irregularidades que maculam o trâmite normal do certame. Quanto aos procedimentos que venham agilizar a razoável duração do processo aguarda-se do Poder Legislativo a aprovação de projetos comprometidos com o saneamento desse quadro de lentidão que provoca o ressurgimento da autotutela e compromete a segurança do país.

Enquanto as leis procedimentais não vêm, da responsabilidade e imparcialidade de cada magistrado advém uma chama de esperança na confiabilidade de suas decisões. Espera-se, no entanto, que a prestação da tutela jurisdicional, oriente-se pelo leito da justiça e seja breve, pois famílias e legiões de “descamisados” estão à espera do desfecho de algumas ações que há mais de 20 anos estão paradas nos armários ou estantes de um gabinete. O compromisso, a atitude ética e o espírito prenunciador dos aplicadores do direito têm efeitos grandiosos e contribuem para a promoção de uma sociedade melhor.

3. Ponderação de interesses no Direito Civil brasileiro

Após a segunda guerra mundial desenvolve-se na Europa o fenômeno jurídico conhecido por NEOCONSTITUCIONALISMO (segunda metade do século XX), onde novos paradigmas do Direito Constitucional são disseminados em prol à consolidação do Estado Democrático de Direito. No Brasil seu apogeu ocorre com a Constituição de 1988, que em seu leito traz à tona um rol de princípios fundamentais que conferem ao cidadão garantias basilares à fruição da dignidade humana.

Ao tratar sobre as novas dimensões do Direito Constitucional contemporâneo, Luís Roberto Barroso¹⁷, leciona:

Em suma: o neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, (i) como *marco histórico*, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como *marco filosófico*, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como *marco teórico*, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito(...) A idéia de constitucionalização do Direito aqui explorada está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional. Como intuitivo, a constitucionalização repercute sobre a atuação dos três Poderes, inclusive e notadamente nas suas relações com os particulares. Porém, mais original ainda: repercute, também, nas relações entre particulares."

¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Jus navigandi**, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005, Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>, p. 6/7.

Infere-se, portanto, que a Constituição contemporânea é o feixo de luz por onde deve se orientar todos os ramos do direito. Assim, o Direito Civil, deve ser lido pelo filtro axiológico da Lei Magna, tendo como ponto central de convergência o respeito aos seus princípios fundamentais, em particular o princípio da dignidade da pessoa humana. “A sinergia com o direito constitucional potencializa e eleva os dois ramos do Direito, em nada diminuindo a tradição secular da doutrina civilista.”¹⁸

Assim, mesmo que diante da análise do caso concreto venha surgir a colisão ou conflito entre normas de igual hierarquia, diante desta constatação, o jurista deverá resolver respectivo conflito pela técnica da ponderação, fundamentando sua decisão no valor máximo insculpido na constituição – sobrelevando a proteção à dignidade da pessoa humana.

Para melhor compreensão, as manifestações de Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald¹⁹ são esclarecedoras:

Entenda-se: a ponderação dos interesses é técnica disponibilizada para a solução dos conflitos normativos, devendo ser sopesados para que se descubra qual dos valores colidentes respeita, com maior amplitude, a dignidade humana. Em linguagem simbólica, devem ser justapostas em uma balança imaginária as normas em conflito para que o princípio da dignidade da pessoa humana (espécie de “fiel da balança”) indique qual deles deve, em concreto, preponderar(...) Vale propor a compreensão da técnica de ponderação de interesses a partir de um exemplo prático. Nas ações de investigação de paternidade, a coisa julgada (garantida constitucionalmente) impediria a propositura de uma nova ação, após ter sido julgada improcedente a primeira ação investigatória ajuizada, quando da descoberta de novas provas, permitindo ao filho reclamar seu direito à perfilhação (também garantido constitucionalmente)? Trata-se de típico exemplo de colisão de valores constitucionais. De um lado a coisa julgada, de outra banda o direito à perfilhação. A partir da proporcionalidade, releva colocar os valores na balança e buscar a solução que respeite, com mais vigor, a dignidade humana. Pois bem, dirimindo a questão, o Superior Tribunal de Justiça ficou

¹⁸ Idem, p. 13.

¹⁹ Op. Cit., p. 30/31.

entendimento no sentido de que, ponderando os interesses, há de se permitir a novas proposituras de ações perfilhatórias, com base em novas provas...(STJ, Ac. 4ª T. Resp. 226.436/PR, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU 4.2.2002, in RSTJ 154:403). (...)De fato, entre o interesse constitucional em fazer cumprir uma decisão judicial contra a qual não mais cabe recurso (coisa julgada), consubstanciando a segurança jurídica, e o interesse de uma pessoa de descobrir a sua origem filiatória, há de prevalecer este, por assegurar, com maior amplitude, a dignidade humana.

Desse modo, diante de um caso concreto que venha emergir choque de normas de mesma hierarquia, a técnica da ponderação deverá ser utilizada com responsabilidade, não sendo medida para propagação de decisões injustas, mas instrumento para a solução de conflitos que resguarde a proteção da dignidade da pessoa humana.

4. Conclusão

De todo o exposto, conclui-se que o progresso tecnológico e o crescimento da economia globalizada são irreversíveis, porém os efeitos negativos que tentam procrastinar a construção do Estado Democrático de Direito devem ser suplantados. Para tanto, torna-se imprescindíveis:

- a) a existência de um Estado com instituições fortes, voltadas para a promoção da justiça, segurança e bem estar social;
- b) a participação de uma sociedade civil organizada e forte, que, ao lado do Estado, fortaleça a luta pelo reconhecimento dos direitos humanitários;

- c) que se tornem efetivos os direitos fundamentais dispostos por todo o corpo da Constituição de 1988, principalmente o princípio da dignidade da pessoa;
- d) que os direitos fundamentais previstos pela Constituição tenham aplicabilidade direta e imediata nas relações privadas, em particular nas relações cíveis; e,
- e) que, diante do caso concreto, na ocorrência de colisão de normas de mesmas hierarquia, o juristas sopesa a divergência e escolha aquela regra que traga mais proteção e respeito a dignidade do homem.

Enfatizando, também, que na elaboração das leis, os representantes do povo aprovem normas que enalteçam os direitos fundamentais do cidadão e resguardec sua fiel aplicação.

É com esse olhar para o futuro, na busca constante da promoção e garantia dos direitos humanos, que o mundo, em vez da guerra e do terrorismo, dá um salto qualitativo na História. E a era do saber torna-se promissora da justiça e paz.

Referência Bibliográfica

BARROSO, Luís Roberto. A reconstrução democrática do direito público na Brasil/ Luís Roberto Barroso (org.). – Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. **Jus navigandi**, Teresina, ano 9, n. 851, 1 nov. 2005, Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos; tradução de Carlos Nelson Coutinho. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. Publ. Editora Campus.

FARIAS, Cristiano Chaves de. e ROSENVALD, Nelson. Direito civil – teoria geral. 5ª ed. Rio de Janeiro: *Lúmen Juris*, 2006.

NICOLAU JÚNIOR, Mauro. A decisão judicial e os direitos fundamentais constitucionais da democracia. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 763, 6 ago. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7101>>.

PIOVESAN, Flávia (Coord.). Direitos Humanos: fundamentos, proteção e implementação./ Flávia Piovesan, Daniela Ikawa (Coords.)./ Curitiba:Juruá, 2007. 978p. – v. 2.

SARMENTO, Daniel. Livres e Iguais (Estudos de Direito Constitucional). Rio de Janeiro: *Lumem Juris*, 2006.

SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: *Lúmen Juris*, 2004.