

OS DIREITOS DA PERSONALIDADE SOB O ENFOQUE DA HERMENÊUTICA DA FATICIDADE HEIDEGGERIANA

*Leonardo Galvani**

*Adriano Stanley Rocha Souza***

SUMÁRIO: *Introdução; 2 Martin Heidegger e a Hermenêutica da Faticidade; 3 Direitos Essenciais da Pessoa Humana; 3.1 Direitos da Personalidade; 3.1.1 Objeto dos Direitos da Personalidade; 3.2 Direitos Fundamentais; 4 Considerações Finais; Referências.*

RESUMO: O presente artigo enquadra tanto os direitos da personalidade quanto os direitos fundamentais como categorias complementares dos direitos essenciais da pessoa humana. Analisa-os sob o enfoque da hermenêutica da faticidade desenvolvida por Martin Heidegger e mostra que a dignidade da pessoa humana necessita da faticidade para ser traduzida em valor jurídico apto a efetivamente tutelar a pessoa humana, diante das situações e posições que ocupa quando ela se desvela no mundo, de acordo com a pré-compreensão jurídica que seus enunciados normativos entregam ao intérprete da Lei.

PALAVRAS-CHAVE: Hermenêutica; Faticidade; Direitos Essenciais; Dignidade; Heidegger.

THE RIGHTS OF PERSONALITY UNDER THE HERMENEUTICS FOCUS OF THE HEIDEGGERIAN FATEFUL

ABSTRACT: This article fits both the personality rights as fundamental rights as additional categories of essential rights of the human being. Examine them under

* Docente de Direito Civil da Universidade Presidente Antônio Carlos, campus Bom Despacho/MG – UNIPAC; Discente do Programa de Pós-graduação strictu sensu em Direito Privado da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC-Minas. E-mail: leogalvani@gmail.com

** Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC-Minas; Docente do Programa de Pós-graduação strictu sensu em Direito Privado da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC-Minas. E-mail: stanley@pucminas.br

the fateful hermeneutic focus developed by Martin Heidegger and show that human dignity requires the significant to be translated into the legal ability to effectively protect the human being, given the situations and positions that it occupies when unveiling in this world, according to the pre-stated jurisdiction that its legal normative interpretation are delivered to the interpreter of law.

KEYWORDS: Hermeneutics; Fateful; Essential Rights; Dignity; Heidegger.

LOS DERECHOS DE PERSONALIDAD BAJO EL ENFOQUE DE LA HERMENÉUTICA DE LA FATICIDAD DE HEIDEGGER

RESUMEN: Este artículo concibe tanto los derechos de personalidad como los derechos fundamentales como categorías complementares de los derechos esenciales de la persona humana. Se realiza un análisis bajo la hermenéutica de la faticidad desarrollada por Martín Heidegger y se muestra que la dignidad de la persona humana necesita de faticidad para ser traducida en valor jurídico apto a, efectivamente, tutelar la persona humana, frente a situaciones y posiciones que ocupa cuando ella se descubre en el mundo, en conformidad con la precomprensión jurídica que sus enunciados normativos entregan al intérprete de la ley.

PALABRAS-CLAVE: Hermenéutica; Faticidad; Derechos esenciales; Dignidad; Heidegger.

INTRODUÇÃO

O presente artigo objetiva analisar a disciplina dos direitos da personalidade sob o prisma da hermenêutica da faticidade heideggeriana. Para tanto desenvolve, como assinalado por Cupis¹ que os direitos da personalidade são espécies do gênero dos direitos essenciais, expressão que simboliza e referencia toda e qualquer posição jurídica conferida ou atribuída pelo direito objetivo à pessoa humana, em seus valores existenciais. Assim, será direito essencial da pessoa seu direito fundamental de, v.g, de liberdade de credo; ou ainda aqueles que se referem ao complexo de direitos conferidos ao nome, elemento identificador da pessoa.

O método heideggeriano permitirá inferir, ao final, que a tutela da personalidade não necessita de formação e densificação tipológica em róis ou catálogos

¹ CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. Campinas, SP: Romana Jurídica, 2004.

normativos, típicos dos momentos positivistas, seja a título de regra, seja a título de princípio. Para trazer eficácia a um dispositivo do direito objetivo que regule de alguma maneira jurídica uma situação existencial será necessário entender o enunciado normativo não como uma típica regra, que predetermine uma conduta, mas sim como um enunciado jurídico que confira uma pré-compreensão existencial sobre algum assunto existencialista, que necessitará, para completá-lo, do elemento empírico, ou seja, de uma ação concreta de um ser humano que o insira no mundo do direito.

2 MARTIN HEIDEGGER E A HERMENÊUTICA DA FATICIDADE

A lição de Martin Heidegger valida a premissa de que será a experiência individual vivida o fator que trará a incidência dessas normas que se comentam. O elemento fatural, a faticidade quando a pessoa é no mundo, repercute no sistema do direito no tocante ao aspecto existencial do ser humano.

Explicou Paiva² que o filósofo da Alemanha buscou afastar a redução técnica ao estado de conceitos, própria do racionalismo moderno inaugurado por Descartes, para fundamentar o ser naquilo que ele revela de seu ente no mundo, na prática e na cotidianidade³.

² PAIVA, Márcio Antônio de. **A liberdade como horizonte da verdade segundo Martin Heidegger**. Roma: Editrice Pontificia Università Gregoriana, 1998.

³ Heidegger dedica sua obra à busca de um sentido para o ser (ser em geral) dos entes. Afirma que a filosofia tradicional se esqueceu do ser enquanto promoveu em seus debates assuntos que atingiram fundamentalmente os entes (aquilo se contrapõe a um nada). Na tentativa de recuperar um sentido originário para o ser em geral, questiona, pois toda a tradição filosófica, como a católica que misturava filosofia e teologia. Estabelece, retomando termos gregos originais, que o ente “significa, em primeiro lugar, aquilo que em cada caso é [...]” (HEIDEGGER, 1966, p. 71). Nele se compreende tudo e todas as possibilidades que se refere a ele mesmo. Diferenciado do nada – do que não pode ser – o ente existe (é). A fenomenologia “Designa parte da filosofia que se ocupa da investigação sobre a natureza, a essência do conhecimento. Investiga a forma pela qual o ser pensante consegue alcançar, com certeza, uma realidade que compreende seu mundo exterior.” (SILVA, 2007, p. 18). Para tanto, a analítica existencial de Martin Heidegger determina estudos que cuidam do sentido do ser dos entes. O autor sob comentário (1966) trata da gramática da palavra ser e demonstra que este vocábulo, o “ser” enquanto substantivo abstrato proveio de um verbo (que exprime ação). “Por isso se diz: a palavra, “ser é um substantivo verbal.” (HEIDEGGER, 1966, p. 104). “Porque a forma do verbo se transfere para a forma do substantivo” (HEIDEGGER, 1966, p. 105), a forma nominal da palavra “ser” é a do infinitivo, tal qual o *modus infinitivus*, que é o “modo da ilimitação, da indeterminação, a saber, a maneira como um verbo indica e exerce os préstimos e a direção de seu significado.” (HEIDEGGER, 1966, p., 105-106). O ser não carrega em si um conceito fechado, concreto, como o faz o ente. “Se dice: el concepto de “ser” es el más universal y vacío. Como tal, opone resistencia a todo intento de definición.” (HEIDEGGER, 1927, p. 13). Só haverá ser a partir de um ente previamente dado ou considerado. A partir de um ente, afere-se-o no seu modo próprio de ser. O ser humano, ou *Dasein*, possui modo próprio de ser que o torna distinto de todos os outros entes, pois é o único que compreende e interage com o seu próprio ser. O signo ser, dessa maneira, refere-se não à entidade concretamente tomada, mas sim no que dela é representado, colhido,

Tal poderá soar estranho, quando aplicado ao mundo do Direito, onde o dogmatismo normativista pré-seleciona a conduta e coisas que serão objeto do próprio sistema do Direito. Mas, quando se aplica à pessoa que interage nesse universo específico, tem-se o condão de permitir entender-lha não como um ser estático, pré-concebido e limitado ou afeito tão somente às normas jurídicas de caráter patrimonial, ou seja, pode-se dar um verdadeiro salto entre o mero suporte kelseano de direitos patrimoniais para o ser-existencial próprio ao Estado democrático de Direito.

O homem heideggeriano – *Dasein*⁴ – é analisado segundo sua constituição originária, ou **existenciais**⁵, no que o ser de seu ente se abre para o mundo, ou seja, no que ele revela de si para si próprio e para os outros. O **ser-em**⁶, em primeiro lugar, vai expressar que o ser humano sempre lida com algo, com as coisas que se apresentam no **mundo**⁷ em que se vive. Ele necessita de um *locus* para

revelado, desvelado. Conduz, destarte, o ser, ao significado de ser-sendo, de ser-exercendo, de ser-revelando e ser-revelador dos atributos inerentes ao ente (ao “ente-sendo”) (HEIDEGGER, 1999, p. 254). Quando o ser apresenta, ele representa e desvela o ente. Para Heidegger, o ser é aquilo que foi revelado do ente. “O ser humano pode experimentar-se como lugar onde do nada surge algo, e do algo surge o nada. A angústia nos conduz a esse ponto de transição. Ele nos confronta com o ser-possível, que somos todos nós.” (grifos do autor) (SAFRANSKI, 2005, p. 204).

⁴ Segundo Heidegger (1969), o “ser do ente” representa o sendo a qualidade de humano que a pessoa apresenta (é). Essência – o que algo é (Was-sein) – e existência – o fato de alguém ser (Das-sein) –: ente e ser, eis a composição da pessoa. “[...] esse ente que cada um de nós somos e que, entre outras, possui em seu ser a possibilidade de questionar, nós o designamos com o termo pre-sença. [Dasein]” (HEIDEGGER, 2008, p. 33).

⁵ Os existenciais heideggerianos são os modos fundamentais de ser do *dasein*, ou seja, do ente humano. Dentre vários elencados em Ser e Tempo, apenas os que são mais afeitos à pesquisa serão resenhados.

⁶ Pelo ser-em o homem se situa em um mundo (ser-junto) que para ele é um horizonte de interpretação formado pelas coisas e outros *daseins* que aí estão. Vale dizer que o homem vive no mundo, juto às coisas que aí estão, pelo que não se separa o homem do ser-no-mundo. “*El estar-en no se refiere a un espacial estar-el-uno-dentro-del-otro de dos entes que están-ahí, como tampoco el “en” originariamente significa en modo alguno una relación espacial de este género; “in” [en alemán] procede de innan-, residir, habitare, quedarse en; “an” significa: estoy acostumbrado, familiarizado con, suelo [hacer] algo; tiene la significación de colo, en el sentido de habito y diligo. Este ente al que le es inherente el estar-en así entendido, lo hemos caracterizado ya como el ente que soy cada vez yo mismo. El vocablo alemán “bin” [“soy”] se relaciona con la preposición “bei” [en], “en medio de”, “junto a”]; “ich bin” [“yo soy”] quiere decir, a su vez, habito, me quedo en... el mundo como lo de tal o cual manera familiar. “Ser”, como infinitivo de “yo soy”, e.d. como existencial, significa habitar en..., estar familiarizado con... Estar-en es, por consiguiente, la expresión existencial formal del ser del Dasein, el cual tiene la constitución esencial del estar-en-el-mundo.*” (HEIDEGGER, 1927, p. 63-64).

⁷ **Mundo** em Heidegger pode ser considerado como o *lócus* onde todos os seres estão lançados e o homem se abre para as coisas e demais pessoas. Pode ser traduzido como a totalidade das coisas, e não um lugar propriamente dito, físico. Leva em consideração o ambiente que em seu cotidiano limita a possibilidade de significações possíveis para a vida humana. Não se é humano sem mundo. Para um indivíduo especificamente considerado, tudo que se apresenta em “seu” mundo, sejam coisas ou pessoas, serão entes intramundanos. Como esse mundo faz parte do próprio homem, ele determina existencialmente a pessoa e cada pessoa determina o seu próprio mundo. “*Si el estar-en-el-mundo es una constitución fundamental del Dasein en*

acontecer.

O **ser-com**⁸ especifica que cada ser humano é no mundo com os demais de sua espécie, além das coisas. Daí já se pode invocar o **cuidado**⁹ como estrutura fundamental da pessoa humana. Cuidado (preocupação, planejamento, previsão, importar-se, calcular) consigo e com os outros. É-se para si mesmo e é-se para/com os outros. “O ser humano tem de realizar em cultura o que lhe falta como natureza. Ele tem de criar para si mesmo o mundo-em-torno que lhe sirva”.¹⁰

O ser-com [estar-com] determina existencialmente o Dasein, mesmo quando um outro não é, de fato, dado ou percebido. Mesmo o estar-só do Dasein é ser-com no mundo. Somente *num* ser-com e *para* um ser-com é que o outro pode *faltar*. O estar-só é um modo deficiente de ser-com, e sua possibilidade é a prova disso. Por outro lado, o fato de se estar só não se elimina pelo fato de que um segundo exemplar de homem, ou ainda dez deles, estejam presentes “junto” a mim. O ser-com e a faticidade da convivência não se funda, por conseguinte, em um encontrar-se junto a vários “sujeitos”.

la que éste se mueve no sólo en general, sino especialmente en el modo de la cotidianidad, entonces ese estar-en-el-mundo deberá ser experimentado ya desde siempre de una manera óptica. [...] ‘Mundaneidad’ es un concepto ontológico que se refiere a la estructura de un momento constitutivo del estar-en-el-mundo. Ahora bien, el estar-en-el-mundo se nos ha manifestado como una determinación existencial del Dasein. Según esto, la mundaneidad misma es un existencial. Cuando preguntamos por el “mundo” desde un punto de vista ontológico, no abandonamos de ningún modo el campo temático de la analítica del Dasein. Ontológicamente el “mundo” no es una determinación de aquel ente que por esencia no es el Dasein, sino un carácter del Dasein mismo.” (HEIDEGGER, 1927, p. 68-73). Assim, o mundo não é uma coisa, o mundo faz-se mundo, mundifica-se na abertura do Dasein. ““Mundo” todavia, na expressão “ser-no-mundo”, não significa, de maneira alguma, o ente terreno, em oposição ao celeste, nem mesmo o “mundano” em oposição ao “espiritual” (sic), “Mundo”, naquela expressão, não significa, de modo algum, um ente e nenhum âmbito do ente, mas a abertura do ser.” (HEIDEGGER, 1991, p. 32).

⁸Quando Heidegger indaga por quem é esse Dasein, ele conclui que é aquele ser que compreende a si mesmo, que se revela em sua cotidianidade, que é-no-mundo e que é-no-mundo-junto-com-os-outros. O **ser-com** vai expressar o existencial do compartilhamento do mesmo espaço público comum a todas as pessoas e coisas. No modo de ser com os outros daseins, surge a preocupação, que se revela através do respeito ao alter, da compaixão, em suma, do cuidado, pois o homem assim é para os outros. “*Este existir también con ellos no tiene el carácter ontológico de un “co”-estar-ahí dentro de un mundo. El “con” tiene el modo de ser del Dasein; él “también” se refiere a la igualdad del ser, como un estar-en-el-mundo ocupándose circunspectivamente de él. “Con” y “también” deben ser entendidos existencial y no categorialmente. En virtud de este estar-en-el-mundo determinado por el “con”, el mundo es desde siempre el que yo comparto con los otros. El mundo del Dasein es un mundo en común [Mitwelt]. El estar-en es un coestar con los otros. El ser-en-sí intramundano de éstos es la coexistencia [Mitdasein].*” (HEIDEGGER, 1927, p. 123).

⁹Para Heidegger (2008), o cuidado unifica todos os existenciais, portando-se como estrutura fundamental do Dasein. Quando autêntico, através do cuidado, preocupa-se com as palavras, com os gestos, com o outro e com si próprio, de maneira providencial, sem, contudo invadir as esferas de intimidades alheias, sem abandonar o próprio eixo.

¹⁰SAFRANSKI, op cit., p. 201

Também o estar só “entre” muitos tampouco quer dizer, por sua parte, em relação com o ser desses muitos, que então eles somente estão-aí. Nesse estar “entre eles” eles *co-exis-tem*; sua coexistência aparece no modo da indiferença e da estranheza. Faltar e “estar ausente” são modos da coexistência, e somente são possíveis porque o Dasein, em quanto é-com, permite que o Dasein dos outros compareça em seu mundo. Ser-com é uma determinação do próprio Dasein; a coexistência caracteriza o Dasein dos outros na medida em que esse Dasein é deixado livre para um coexistir no mundo daquele. O próprio Dasein só é coexistência na medida em que, tendo a estrutura essencial de ser-com, vem ao encontro de outros.¹¹

Assim, os bens patrimoniais se relacionam com as coisas que de que o homem se apropria na busca de suas aspirações e necessidades. São um nada existencial, voltam-se para o nada. São coisas que simplesmente estão no mundo e aí tendem a permanecer. Situam-se fora da abertura humana. Tais bens não descobrem novos terrenos no homem. De outro lado, os bens existenciais (direitos da personalidade e fundamentais) da pessoa revelarão à própria pessoa, não de modo pré-concebido, mas caso a caso, o quê a pessoa de fato é, ou seja, o que ela permite que se revele de si mesma no mundo.

A pessoa não será desta forma análoga e limitada a um mero conceito jurídico, que clausura outras das infinitas possibilidades de ser do homem. O sentido do ente humano é percebido quando se é de alguma maneira. Ele necessita do tempo, do cotidiano para se maturar, para se mostrar. Cada *Dasein* colherá as verdades que o ser em geral – coisas – mostram. Colherá a verdade do ser dos demais entes humanos como eles se mostram e revelam, bem como a sua própria. Então para

¹¹ Tradução livre, porém com o apoio da tradução brasileira de Márcia Schuback, de: “*El coestar determina existencialmente al Dasein incluso cuando no hay otro que esté fácticamente ahí y que sea percibido. También el estar solo del Dasein es un coestar en el mundo. Tan sólo en y para un coestar puede faltar el otro. El estar solo es un modo deficiente del coestar, su posibilidad es la prueba de éste. Por otra parte, el hecho de estar solo no se suprime porque un segundo ejemplar de hombre, o diez de ellos, se hagan presentes “junto” a mí. Aunque todos éstos, y aún más, estén-ahí, bien podrá el Dasein seguir estando solo. El coestar y la facticidad del convivir no se funda, por consiguiente, en un encontrarse juntos de varios “sujetos”. Sin embargo, el estar solo “entre” muchos tampoco quiere decir, por su parte, en relación con el ser de los muchos, que entonces ellos solamente estén-ahí. También al estar “entre ellos”, ellos co-existen; su coexistencia comparece en el modo de la indiferencia y de La extrañeza. Faltar y “estar ausente” son modos de la coexistencia, y sólo son posibles porque el Dasein, en cuanto coestar, deja comparecer en su mundo al Dasein de los otros. Coestar es una determinación del Dasein propio; la coexistencia caracteriza al Dasein de los otros en la medida en que ese Dasein es dejado en libertad para un coestar mediante el mundo de éste. El Dasein propio sólo es coexistencia en la medida en que, teniendo la estructura esencial del coestar, comparece para otros.*” (HEIDEGGER, 1927, p. 125).

entender esse homem heideggeriano não se faz pertinente considerá-lo como um conceito ideal prévio, fechado. Faz-se imperioso permitir que cada pessoa (e o *alter*) possa se desvelar e se mostrar para o mundo onde (e como) ele acontece. Assim, no aspecto existencial do ser humano, os enunciados normativos se posicionam como um indicativo, um caminho pelo o qual, percorrendo-o, a pessoa se mostra e se encontra. Nesse desvelar o ser humano captará a atenção de tantos quantos dispositivos jurídicos se fizerem necessários, de acordo com que cada um experimenta no mundo.

Em prol dessa narrativa, vale considerar a impossibilidade, dado o horizonte temporal do homem, que se tenha uma experiência humana que atraia a atenção simultânea de todo o sistema do Direito. Como o homem é no tempo, a cada momento de sua vida ele será, assim, entendido de acordo com o que ele se mostra. Como exemplo, basta simples remissão a um caráter de ordem biológica. Uma criança – ser humano – não atrai normas jurídicas dispostas no Estatuto do Idoso, sendo a recíproca, verdadeira. Quem não é autor, não atrai a tutela de um direito moral de autor, e nem por isso é mais ou menos ser humano que um autêntico autor de obras intelectuais.

Por isso o ser humano se constitui também, no mundo do Direito, através dos fenômenos¹² que experimenta em sua própria vida. Realizado no mundo, passa-se a ter vida e repercussão jurídica, de acordo com o que atrai de normas desse sistema.

Para Heidegger, o Dasein, num primeiro momento, fugindo à racionalidade pré-concebedora própria da tradição filosófica (*penso, logo existo*), num processo temporal, trará as coisas e relacionamentos à tona de acordo com o que elas são em si mesmas e de acordo como se é-com os demais e consigo. Num segundo momento, após verificar o que foi colhido, o que fora percebido e identificar esse fenômeno revelador do ser do dasein, esse poderá formular uma proposição para determinar ou delimitar o quê, em verdade, aquela coisa ou aquela pessoa de fato é. O significado de algo, ou mesmo de alguém, dependerá das maneiras nas quais essa coisa ou pessoa se mostra no mundo, se fenomeniza para o mundo.

Uma cidade oferece uma vista grandiosa. A vista, que um ente tem de si e que por isso pode oferecer de si mesmo,

¹² Na linha de raciocínio de Martin Heidegger, fenômeno será uma ação praticada em benefício de si mesmo, através da qual o ser se abre para o mundo, mostrando-se, iluminando-se. “*La expresión griega -αιν-μενον, a la que remonta el término “fenómeno”, deriva del verbo -α-νεσθαι, que significa mostrarse; -αιν-μενον quiere decir, por consiguiente: lo que se muestra, lo auto-mostrante, lo patente; -α-νεσθαι es, por su parte, la forma media de -αινω: sacar a la luz del día, poner en la claridad. -αινω pertenece a la raíz -α -, lo mismo que la luz, la claridad, es decir, aquello en que algo puede hacerse patente, visible en sí mismo. Como significación de la expresión “fenómeno” debe retenerse, pues, la siguiente: lo-que-se-muestra-en-sí-mismo, lo patente.*” (HEIDEGGER, 1927, p. 38) (Grifos do autor).

pode ser encarada deste ou daquele ponto de vista. De acordo com a diversidade do ponto de vista varia a vista que assim se oferece. [...] Na experiência e atividade com o ente, formamos constantemente visões de seu aspecto. Muitas vezes tais visões se formam sem que examinemos cuidadosamente as coisas em si mesmas.¹³

Nesse sentido, segundo Paiva¹⁴, Heidegger vai superar a visão racional e reducionista do mundo que conduziu desde Platão e Descartes toda a compreensão do mundo e do ser humano a uma idéia pré-concebida (Platão) ou do tecnicismo (cartesiano), posto que tais modelos, por mais que enraizados por toda a cultura ocidental, não permitem que as coisas e pessoas se revelem como são, posto que para tudo e para todos existe um conceito prévio, uma idéia previa (pré-posição) que guia o entendimento sobre aquilo que é um foco de análise.

Para Heidegger, o sentido temporal do homem é o cuidado consigo mesmo e com os outros, ou ainda, a ocupação que realiza cotidianamente sobre as coisas que estão no mundo. Ou se preocupa com as pessoas ou se ocupa das coisas, na busca das satisfações dos interesses inerentes a cada pessoa. Não se é sozinho. É-se com os outros, para os outros e para si mesmo. Nesse sentido, o mundo, para Heidegger, lócus no qual ocorrem todos os fenômenos de desvelamento dos entes que aí estão, é um mundo público, é sempre aquele mundo que é compartilhado com os outros, com as outras experiências de vida. O mundo é um co-mundo. O outro é sempre também um *dasein*, e tem também, o mesmo modo de ser-no-mundo. Daí surgem simpatias, empatias, sentimentos que aproximam ou distanciam as pessoas entre si. As disposições afetivas que cada pessoa carrega é mais um elemento da experiência individual que é colhida nesse mundo conjunto de todas as pessoas.

Cada pessoa será assim, interpretada pelas demais, tanto quanto ocorrerá com as coisas que se mostram no mundo. A interpretação dos direitos essenciais da pessoa humana necessita então dessa fenomenologia (processo de desvelamento) para, a partir da análise do ser (sendo), formar-se uma proposição jurídica de acordo com os catálogos legais que estipulam pré-compreensão tanto do mundo, quanto das pessoas (direitos essenciais) ou das coisas que se apresentam. O *Dasein* colhe informações sobre o ser, integra a informação à pré-compreensão que tem sobre o mundo, sobre a coisa, ou sobre a matéria em análise para daí concluir e postular a verdade sobre aquela coisa/pessoa. Algo teve que estar dado no mundo, disponível para que se realizasse tal pré-compreensão, para alfim, ser interpretada. Aí as coisas desenvolvem, pela visão intelectual do *Dasein*, um sentido, que

¹³ HEIDEGGER, 1966, p. 166.

¹⁴ PAIVA, op cit.

o guiará à verdade sobre aquilo que analisou, a ponto de formar uma proposição factível e indestrutível sobre a coisa/pessoa¹⁵.

Assim, as proposições jurídicas encerradas nos catálogos definidores de direitos da personalidade e de direitos fundamentais não mostram a verdade da pessoa humana. São condições e critérios de pré-compreensão da expressão existencial

¹⁵ Heidegger fala sobre a **verdade** de modo diverso à tradição filosófica de cunho platô-aristotélica-cartesiana. O conceito tradicional da verdade liga-se a uma idéia de concordância com um juízo ou proposição e o respectivo objeto da análise. Essa noção de verdade como adequação, enraizado no pensamento ocidental, é o utilizado quando se diz, por exemplo, que a terra é redonda. Credita-se verdade à proposição que reflete o juízo. Parte-se de uma idéia pré-concebida e adéqua-se a idéia (ser redonda, como a bola, a esfera) ao objeto da análise (planeta terra). Heidegger vai dizer que essa ‘verdade tradicional’, desde Platão, não equivale a um entendimento originário sobre o tema, pois não permite conhecer e iluminar a realidade. *“Tres son las tesis que caracterizan la concepción tradicional de la esencia de la verdad y la opinión vigente acerca de su primera definición: 1. El “lugar” de la verdad es el enunciado (el juicio). 2. La esencia de la verdad consiste en la “concordancia” del juicio con su objeto. 3. Aristóteles, el padre de la lógica, habría asignado la verdad al juicio, como a su lugar originario, y puesto en marcha la definición de la verdad como “concordancia”. [...] La caracterización de la verdad como “concordancia”, adaequatio, --μο-ωσις, es muy general y vacía.”* (HEIDEGGER, 1927, p. 214). Em sentido diverso, conforme explanou Paiva (2008), a verdade originária não está no juízo, está no desocultamento, no desvelamento, na revelação, no ser-descoberto e no ser-descobridor. É outro existencial do Dasein, pelo qual, se compreende o ser em geral. Assim, verdade será o que se revelou daquele ente, do Dasein ou de uma coisa. E nesse sentido, primeiramente cabe ao homem colher o desvelar das coisas e dos demais, para daí, e em conjunto com seu prévio entendimento do mundo, das coisas e das pessoas, propor analiticamente a verdade sobre aquele ser. Em Platão e na tradição, as idéias pré-concebidas, ou seja, a pré-compreensão do mundo, das coisas e das pessoas têm maior peso que o desvelamento. A idéia, por ser principal, torna-se uma proposição verdadeira. (A terra é azul). A tradição moderna aguça o senso platônico e conduz o entendimento sobre a verdade ao patamar de certeza, posto que tudo originário da racionalidade humana. A certeza coloca-se ao arbítrio de um sujeito, da experiência subjetiva individual. Nas palavras de Heidegger, *“Toda interpretación que interponga aquí cualquier otra cosa, a la que el enunciado meramente representativo hubiera de referirse, adultera el contenido fenoménico acerca de aquello sobre lo cual recae el enunciado. El enunciar es un estar vuelto hacia la cosa misma que es. ¿Y qué es lo que se evidencia mediante la percepción? Tan sólo esto: que lo que percibo es el mismo ente al que se refería el enunciado. Se comprueba que el estar vuelto enunciante hacia lo enunciado es una mostración del ente, que el enunciado descubre el ente hacia el que está vuelto. Se evidencia el carácter descubridor del enunciado. En el proceso evidenciante el conocer queda referido únicamente al ente mismo. Es en este mismo, por así decirlo, donde se juega la comprobación. El ente mismo se muestra tal como él es en sí mismo, es decir, que él es en mismidad tal como el enunciado lo muestra y descubre. No se comparan representaciones entre sí, ni tampoco en relación a la cosa real. Lo que ha de evidenciarse no es una concordancia del conocer y el objeto, ni menos aun de lo psíquico y lo físico, pero tampoco es una concordancia de “contenidos de conciencia” entre sí. Lo que necesita ser evidenciado es únicamente el estar descubierto del ente mismo, de él en el cómo de su estar al descubierto. Este estar al descubierto se comprueba cuando lo enunciado, esto es, el ente mismo, se muestra como el mismo. Comprobación significa lo siguiente: mostrarse del ente en mismidad. La comprobación se realiza sobre la base de un mostrarse del ente. Esto sólo es posible si el conocimiento enunciator y autocomprobatorio es, por su propio sentido ontológico, un estar vuelto descubridor hacia el ente real mismo. Que el enunciado sea verdadero significa que descubre al ente en sí mismo. Enuncia, muestra, “hace ver” (π-φανσις) al ente en su estar al descubierto. El serverdadero (verdad) del enunciado debe entenderse como un ser-descubridor. La verdad no tiene, pues, en absoluto, la estructura de una concordancia entre conocer y objeto, en el sentido de una adecuación de un ente (sujeto) a otro (objeto).”* (HEIDEGGER, 1927, p. 216-217).

de cada pessoa que levará, em cada experiência, à verdadeira proposição daquele indivíduo, de acordo com que ele se mostrou de si mesmo. Não há uma concordância previa entre o juízo e o objeto da análise – homem. Este deve se comprovar na experiência de sua própria vida. O Direito tutela a pessoa humana em seu aporte existencial em face desse seu desocultamento, em face do que ele revela para o mundo, independentemente se o que se revela é algo autentico ou decadente. Como afirmado alhures, não se pode pressupor que todo ser humano faz jus a um direito moral de autor. Apenas aquelas pessoas que se revelaram autoras captarão para si esse modelo de pré-compreensão jurídica e serão tuteladas nesse sentido. Somente decorrido esse processo é que se afirma e que o postulado será verdadeiro: fulano possui direitos autorais.

Em contra partida, o que ficou escondido em uma pessoa não será sequer observado e nunca será revelado. O que não fora revelado, o que não fora captado pelo alheio, será, como ensina Paiva¹⁶, uma não-verdade. Sobre esse nada existencial, nunca poderá ser formalizado uma proposição que defina aquele ser. Daí os mistérios das existências. De outro lado, dada a infinitude de possibilidade de cada indivíduo, e mesmo das coisas, a totalidade de um ente nunca será revelada. Apenas aspectos de seu sendo-o-ente (ser) serão revelados. Daí chegar-se ao consenso, em Heidegger, que não existe uma verdade absoluta, pois não se pode colher tudo o que um ente é. Além do autor de uma obra, por exemplo, essa pessoa revelará de si tantas outras situações, e tem sua vida inteira para fazê-lo. Por óbvio, não o fará de modo permanentemente congruente durante toda sua existência. O modelo racional cartesiano concebe essa possibilidade de verdades absolutas, o que resta muito perigoso quando aplicado ao mundo do Direito, sobretudo aos direitos essenciais.

Sobre essa temática, Cordeiro¹⁷ manifesta que “a descoberta da pré-estrutura do entender deve-se a Heidegger.” Testificando em direção a uma superação do positivismo, explica que:

A consideração do Direito como modo de solucionar casos concretos, já justificada, constitui um cerne imprescindível, do qual, aos poucos surge uma consciência [a de ciência virada para a prática]. Não há outra forma de superar o irrealismo metodológico. No domínio hermenêutico, sobressaem os fenômenos do pré-entendimento e do círculo ou espiral do pensamento. No campo funcional sobressaem as unidades pré-visão-estatuição e interpretação-aplicação, enquanto as concepções teleológicas das normas, elas próprias, já,

¹⁶ PAIVA, op cit.

¹⁷ CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil português**. v.I, parte geral, tomo I. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005. p. 37.

uma superação do conceitualismo tradicional, devem ser complementadas pelas estruturas de um discurso sinéptico, dirigido ao ponderar das conseqüências da decisão, numa linha de consenso. [...] A idéia de pré-entendimento põe a nu a realidade hermenêutica. Perante um texto, o sujeito cognoscente apreende-o por conhecer, de antemão, a matéria nele tratada e a linguagem que a carrega. O sentido final do texto surge como produto do encontro das prefigurações do intérprete com o material percebido, reintegrado no seu espírito. É o círculo, ou melhor, espiral hermenêutica, uma vez que o sujeito terá que efectuar tantas idas e regressos, quanto os necessários para integrar pré-entendimento e entendimento. No Direito, o círculo hermenêutico está na relação das colocações de problemas com as respostas, no entendimento de normas, portanto, facto de que, sem pré-julgamento sobre a necessidade de ordenação e a possibilidade de solução, a linguagem da norma não poder, de todo em todo, dizer o que é perguntado: a solução ajustada. Estas considerações, evidentes, depois de formuladas, dão um lugar significativo aos aspectos históricos interrompidos durante o iluminismo: pelo seu peso no pré-entendimento, reabilita-se a tradição – a experiência, no domínio da aplicação jurisprudencial – num fenómeno a ter presente, para a limpidez da consciência científica. O processo de aprendizagem mostra, a nível de decisão, o seu papel fundamental, no modelar do pré-entendimento, enquanto a interpretação assume, de vez, o aspecto activo da comunicação entre o sujeito e a fonte. O fenómeno no pré-entendimento jurídico não se queda pelo apreender de textos: a detecção dos problemas carecidos de regulação – é, em grande parte, obra dos pré-julgamentos do intérprete-aplicador. [...] A unidade da previsão e da estatuição normativas e a inseparabilidade das clássicas interpretação e aplicação, no processo jurídico decisório, conectam-se com o relevo do caso concreto e com a temática do pré-entendimento. Face a uma fonte, o sujeito dirige-lhe uma interrogação real, em termos problemáticos, visando, com consciência ou sem ela, encontrar uma resposta para um caso, ainda que hipotético. Interpretar é decidir esse caso. Tudo joga: o caso e a norma, o pré-entendimento de ambos, a vontade constituinte, o círculo e a solução.¹⁸

No pensamento heideggeriano, o *Dasein* apreende, interpreta e após discursa.

¹⁸ CORDEIRO, op cit., p. 37-38

No pensamento cartesiano, o homem que pensa e daí existe discursa diante das verdades pré-estabelecidas (normas jurídicas), porque todas as verdades, todas as proposições são frutos de uma razão que incondicionalmente reduz tudo a um estado da técnica, das idéias, ideais e conceitos.

3 DIREITOS ESSENCIAIS DA PESSOA HUMANA

A pesquisa mostra que é perfeitamente aceitável classificar os direitos fundamentais e direitos da personalidade como direitos essenciais da pessoa humana. No parâmetro da analítica existencial, serão aqueles enunciados normativos que entregam ao mundo a pré-compreensão do *Dasein* para que ele se desvele e busque as tutelas que lhe fizerem jus.

3.1 DIREITOS DA PERSONALIDADE

Conforme Bittar¹⁹ os bens jurídicos tutelados pelos direitos subjetivos de personalidade²⁰ se dividem em três categorias. Nos de ordem *física*, compreendem-se

¹⁹ BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 7. ed. Rio de Janeiro, RJ: Forense Universitária, 2006.

²⁰ A tradicional doutrina alemã e francesa da segunda metade do século XIX hesitou, segundo resenha Tepedino (2004), quanto ao reconhecimento dos direitos da personalidade. Surgiram questões acerca da natureza e matéria da então nova categoria de direito subjetivo. Tepedino (2004) cita como os que refutaram a existência dos direitos da personalidade, dentre outros, Roubier, Savigny, Jellinek, Unger; ao passo que tentavam enquadrar os direitos existenciais e analisá-los da mesma maneira que os direitos patrimoniais. Assim, restava incompatível a noção de um direito subjetivo da personalidade, pois se poderia, como em Savigny, fundamentar-se o suicídio e a automutilação, que refletia a preocupação com a possibilidade de disposição desses direitos. A noção de individualismo e patrimonialismo, de tão exacerbada, filtrava a visão do homem liberal para entender-se enquanto titular de outra ordem de direitos e obrigações. Para os citados autores, os direitos da personalidade seriam “meros reflexos do direito objetivo, donde ser concedida em certa proteção jurídica a determinadas radiações da personalidade.” (TEPEDINO, 2004, p. 26). Disso se acarretava como consequência, faltaria ao “titular” do direito da personalidade a “*facultas agendi*”, retirando-lhes, v.g., o caractere de poder de tutela. Ocorria também que, ao se aplicar a teoria dos direitos patrimoniais aos direitos essenciais do homem, restaria que o objeto do direito seria o próprio homem, ao ponto de confundirem-se o elemento objetivo com o subjetivo da relação jurídica, restando tudo ilógico e irracional, segundo o paradigma da época. Em ponto de vista diverso, entendendo-se a humanidade que cada um carrega em si, ou seja, a personalidade, como o conjunto existencial da pessoa humana que traduz valores dignos de tutela, portanto, bens jurídicos, abrem-se as portas para a compreensão desses bens jurídicos como autênticos direitos subjetivos, da personalidade, pois. Nesse sentido, Orlando Gomes encerra: “Em direito, toda utilidade, material ou não, que incide na faculdade de agir do sujeito, constitui um bem, podendo figurar como objeto de relação jurídica, [...]. Nada impede, em consequência, que certas qualidades, atributos, expressões ou projeções da personalidade sejam tuteladas pelo ordenamento jurídico, como objeto de direito de natureza especial [...]” (GOMES apud TEPEDINO, 2004, p. 30). Ferrara, segundo Tepedino (2004), aduz que os direitos da personalidade são “aqueles que têm por objeto a própria pessoa do sujeito, considerada em seu todo, ou em alguns aspectos, prolongamentos, ou projeções da mesma.” (FERRARA apud TEPEDINO,

a vida, o corpo, as partes do corpo, o físico, a efigie, a voz, o cadáver, a locomoção. Quanto aos intelectuais ou *psíquicos*, têm-se as liberdades de expressão, culto, credo, a higidez psíquica, a intimidade, os segredos. No âmbito *moral*, há se falar em reputação, dignidade pessoal, direito moral de autor, sepulcro, nome, aí compreendidos outros elementos de identificação. Esses direitos morais correspondem às qualificações da pessoa em razão de sua conceituação perante a sociedade.

Uma vez que são tidos como direitos essenciais²¹ da pessoa, referem-se aos atributos que lhe são inerentes e, portanto, irrenunciáveis²². Para Bittar²³, “são aqueles direitos essenciais, vitalícios e intransmissíveis, em regra, necessários e oponíveis *erga omnes*, que têm posição singular no âmbito do direito privado, por protegerem valores inatos, ou originários, da pessoa humana”.

De acordo com a topografia onde se assentam, assumem caráter de direitos subjetivos privados, ou ainda, de direitos fundamentais da personalidade, quando estipulados no corpo da Constituição Federal. Dentre os privados, podem ser citados os do Código Civil Brasileiro²⁴ e os que são carreados no Estatuto da Criança e do Adolescente²⁵ e Estatuto do Idoso²⁶.

Portanto, os direitos de personalidade são como assevera Vicente Ráo²⁷, “reconhecidos e assegurados pelo direito objetivo e, ao mesmo tempo, atuam como direitos fundamentais, ou básicos, de todo sistema jurídico.”

Assim, além dessa proteção fantástica da cláusula geral encerrada no art. 1º, III da Constituição Federal de 1988, que se faz presente em qualquer situação jurídica e orienta tanto a confecção quanto aplicação da Lei, num sistema aberto de interpretação do qual o núcleo é o ser humano, há alguns direitos típicos da personalidade que foram, em busca de maior segurança jurídica, estratificados em tex-

2004, p.30). Essa corrente, da qual De Cupis é expoente, em sua dissertação, aceita que o objeto do direito da personalidade seja o próprio homem.

²¹ Amaral (2006, p. 243) coloca que os direitos de personalidade “são direitos subjetivos que têm por objeto bens e valores essências da pessoa, no seu aspecto físico, moral e intelectual. De Cupis (2004) assinala que todos os direitos que se destinam a dar conteúdo à personalidade são chamados de direitos da personalidade, direitos, pois subjetivos cuja função é especial, vez que carregam e constituem um mínimo necessário e imprescindível ao seu conteúdo.

²² É da letra do Código Civil Brasileiro: “Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.” (BRASIL, 2002). Bittar (2006, p. 12) lembra que “certos direitos da personalidade acabaram ingressando na circulação jurídica, admitindo-se ora a sua disponibilidade, exatamente para permitir a melhor fruição por parte de seu titular, sem, no entanto, afetar-lhe seus caracteres intrínsecos.”

²³ BITTAR, op cit., p. VII.

²⁴ Do Código Civil Brasileiro, exortam-se os dispositivos que determinam os direitos especiais da personalidade contidos em seus art. 11 a 21.

²⁵ Do Estatuto da Criança e do Adolescente elencam-se os arts. 5º, 7º, 15 ao 18, e 53.

²⁶ Do Estatuto do Idoso, referenciam-se os seguintes: Art. 2º ao 4º, 8º e 10.

²⁷ RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1999. p. 638.

tos legais, tidos como “direitos especiais de personalidade”.²⁸ Esses, longe de conferirem rol exaustivo, constroem-se como “verdadeiros micro-sistemas de tutela da personalidade do homem, reveladores do real de cada personalidade humana”²⁹ que permitem a proteção dos interesses morais, existenciais da pessoa.

Ministra o professor paranaense:

Tendo em vista a importância da extensão do princípio da dignidade da pessoa humana, como princípio matriz, do qual irradiam todos os direitos fundamentais do ser humano, vinculando o poder público, como um todo, bem como os particulares, pessoas naturais ou jurídicas e sendo o direito da pós-modernidade um direito que possui por destinatário final a pessoa humana, exercendo uma função social, todo o direito posto deve ser lido e interpretado à luz das constituição, em especial, segundo os postulados do princípio da dignidade da pessoa humana. (Grifos do autor)³⁰

Em tempo, Cordeiro³¹ alerta que tanto deveres quanto direitos são estabelecidos pelos “direitos” de personalidade, face à teoria das situações jurídicas subjetivas, posto versarem sobre a tutela da pessoa humana, por sua dignidade.

3.1.1 Objeto dos Direitos da Personalidade

Doutrina de Cupis³², e especifica que os direitos da personalidade denotam proeminência sobre os demais direitos subjetivos ou potestativos de linhagem patrimonial, dada sua essencialidade para pessoa, em face de seu objeto. Para o autor, de um lado esse objeto “encontra-se em um nexos estreitíssimo com a pessoa, a ponto de poder dizer-se orgânico [...]”³³. De outro, “identifica-se com os bens de maior valor susceptíveis de domínio jurídico.”³⁴ Na visão do autor, sem os bens máximos e essenciais como integridade física, liberdade, ou seja, bens de vida, tal qual a honra, intimidade, resguardo, identidade, os demais – patrimoniais – perdem seu valor. Cupis³⁵ assenta que “o objeto dos direitos da personalidade não é, pois, exterior ao sujeito, ao contrário dos outros bens que são possíveis objetos de

²⁸ AMARAL, op cit., p. 247.

²⁹ SZANIAWSKY, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. 2. ed. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2005. p. 128.

³⁰ Idem, p. 121.

³¹ CORDEIRO, op cit.

³² CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. Campinas, SP: Romana Jurídica, 2004.

³³ Idem, p. 29.

³⁴ Idem.

³⁵ Idem.

direito”. Entendidos os direitos da personalidade como

tendo por objeto os modos de ser, físico ou morais³⁶ da pessoa – a vida, a integridade física, a liberdade e outros, constituem aquilo que nós somos. Ora, não se vê porque razão o legislador deveria limitar-se a proteger a categoria do ter, deixando de fora a categoria do ser, tanto mais que essa última abraça, precisamente, como já se disse, os bens mais precisos relacionados à pessoa.³⁷

Cordeiro³⁸ segue mesma orientação: Chamamos direitos de personalidade aos direitos que concedem ao seu sujeito um domínio sobre uma parte de sua própria esfera de personalidade. Com este nome, eles caracterizam-se como “direitos sobre a própria pessoa” distinguindo-se com isso, através da referência à especialidade do seu objeto, de todos os outros direitos. Os direitos de personalidade distinguem-se como direitos privados especiais, do direito geral da personalidade, que consiste na pretensão geral, conferida pela ordem jurídica, de valer como pessoa. O direito de personalidade é um direito subjetivo e deve ser observado por todos.

Num direito subjetivo da personalidade, o interesse jurídico entregue às mãos do titular estão nesse mesmo sujeito e efetivam-se, muitas vezes (intimidade, honra, liberdade) através da proibição de não fazer, de não burlar os mesmíssimos direitos. Ferrara³⁹ percebeu esse fato e declarou que

nos direitos absolutos o objeto não é a *res*, mas os outros homens obrigados a respeitar o seu exercício [...] [pelo que] têm por conteúdo a pretensão de exigir respeito de tais bens pessoais. A vida, o corpo, a honra, são o ponto de referência (*termine di riferimento*) da obrigação negativa que incumbe à coletividade.

Tal se infere de sua força *erga omnes*, que reflete o caractere de absolutidade. Consideram-se, ainda, os predicados da extrapatrimonialidade, porquanto insuscetíveis de valoração econômica; da imprescritibilidade, que pereniza no desvelar do tempo sua tutela e pretensão de reparação; da indisponibilidade, pois deles seu titular não poderá dispor, levando ao entendimento, por via de consequência, a

³⁶ O mesmo Cupis (2004) exorta que em face do objeto dos direitos da personalidade referirem-se a modos de ser da pessoa, nega em si caráter de ordem econômica, chegando a constituir “direitos não-patrimoniais absolutos.” (DE CUPIS, 2004, p. 37).

³⁷ CUPIS, op cit., p. 31.

³⁸ CORDEIRO, op cit., p. 373

³⁹ *apud* TEPEDINO, op cit., p. 31.

impenhorabilidade e irrenunciabilidade.⁴⁰

3.2 DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais⁴¹, cunhados como direitos subjetivos públicos, em conjunto às demais categorias normativas (direito subjetivo, dever jurídico, *potestã*, ônus jurídico) formatarão as mais diversas situações subjetivas, de acordo com as particularidades do centro de interesses estudado. Essa premissa afasta o modo de entendimento liberal do direito, fincado no binômio público *versus* privado, posto que um direito fundamental, norma de direito público⁴², incidirá sobre al-

⁴⁰ Observa-se, nesse ponto, várias posições acerca dessas qualidades dos direitos da personalidade no que se referem ao seu objeto. Tepedino (2004) alavanca a discussão sobre a extensão desses direitos após o fim da personalidade do respectivo titular, no que se refira, por exemplo, ao nome, ao direito moral de autor, à honra, ao sepulcro e observa que no Código Civil Português, em seu artigo 71, os direitos da personalidade são tutelados após a morte de seu titular. De outra feita, resulta, sobre o critério da indisponibilidade, debates tais e intensos sobre a “licitude dos atos lesivos aos direitos da personalidade praticados com o consentimento do interessado.” (TEPEDINO, op cit., p. 34).

⁴¹ O juízo que se perpetra à disciplina jurídica dos direitos fundamentais começou a ser delineada a partir de movimentos históricos que tiveram por mérito o reconhecimento dos direitos humanos de aspiração universal. Desde uma concepção jusnaturalista, os primeiros direitos, inalienáveis, do homem arraigaram em si pautas de deliberação moral, religiosa, econômica, política. Traduzem-se, hodiernamente, nas conquistas que a humanidade perpetrou e positivou ao longo dos séculos de experiências e expiação. Pessoa-humana, liberdade, religião, assecuração dos meios de produção, propriedade, economia, meio ambiente, força de trabalho, etnia, consumo: todos esses, e infindáveis outros, desde o pioneirismo atribuído às revoluções americana e francesa do sec. XVIII, até os dias presentes, são os objetos que interessam aos direitos humanos. Por conseguinte, cativam o espírito dos direitos fundamentais. Há, contudo, uma diferença crucial entre o que denota a expressão direitos fundamentais e o termo direitos humanos. Nesse sentido, traz-se a contribuição de Robles (2005, p. 7) para explicar que os direitos humanos “ou direitos do homem, classicamente chamados direitos naturais e atualmente direitos morais, não são, em verdade, autênticos direitos – protegidos pela possibilidade de ação processual perante um juiz –, mas critérios morais de especial relevância para a convivência humana”. Partindo dessa premissa revela-se que os direitos fundamentais, ao contrário dos direitos humanos, devem ser determinados positivamente na ordem jurídica interna de um Estado para que possa ser assegurada a possibilidade de suas tutelas, tarefa que será exercida pelo respectivo Poder Judiciário. Outra peculiaridade que enlaça o tema em foco diz respeito à sua topografia estritamente privilegiada. Aduz Robles (2005, p. 7): “Quando os direitos humanos, ou melhor, determinados direitos humanos, se positivam, adquirindo categoria de verdadeiros direitos processualmente protegidos, passam a ser direitos fundamentais em um determinado ordenamento jurídico. No entanto, isso só ocorre quando o ordenamento lhes confere um status especial que os torna distintos, mais importantes que os demais direitos. Do contrário, não seria possível distinguir os direitos fundamentais daqueles outros que são, por assim dizer, direitos ordinários.”

⁴² Porque são positivados no cume da hierarquia jurídica, os direitos humanos adquirem, nessa mesma ordem jurídica, interna, os caracteres da fundamentabilidade que origina o próprio Estado. Esse conteúdo valorativo que impregna determinada ordem jurídica interna que, de certo, variará de Nação a Nação, tendo em vista um mínimo padrão moral e existencial pertencente a toda a humanidade e por isso mesmo preservado, será perenizado no texto constitucional criador desse Estado. O *lôcus* privilegiado dos direitos humanos, agora direitos fundamentais, permite-lhe visão panorâmica de todo o ordenamento jurídico, servindo de ponto cardeal para sua inspiração e aplicação. Na lição de Robles (2005, p. 8), “como direitos que são protegidos processualmente, e como fundamentais, a eles se proporciona um destaque singular que

gum interesse jusprivado, v.g., da pessoa (defesa de sua dignidade), integrando-a existencialmente. Nesse ínterim, a relação jurídica formada a partir do encontro de duas ou mais situações jurídicas será o resultado do confronto, do embate entre todas as categorias normativas que formatam cada situação subjetiva. Portanto, determinarão, ao final, a relação jurídica. De outro lado, o direito privado sofre a influência dos direitos fundamentais no que concerne à sua interpretação e aplicação.

É relativamente recente o estudo da influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado. A doutrina aponta como pioneiros os tedescos do pós-segunda guerra mundial. Hodiernamente, o assunto ganha a relevância que merece e impregna discussões jurídico-acadêmicas nas Escolas jurídicas e no Supremo Tribunal Federal. Nos termos do presente estudo, os direitos fundamentais (e da personalidade) determinarão uma pré-compreensão do *ser* da pessoa (*Dasein*) no mundo do direito.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Heidegger aponta que o *ser*, não o ente, será o verdadeiro responsável pela apreensão e colhimento das impressões que leva a pessoa humana a determinar suas escolhas e manifestações. As relações sociais situam-se no universo do *ser*; quando o homem é-no-mundo. A concepção de Heidegger indica um caminho para o desvelamento do indivíduo (de um ente) a partir do que seu ser entrega ao mundo, lócus fenomenológico onde se encontram todas as experiências individuais. E, para o Direito, o mundo é, ainda, o ambiente ao qual lhe compete por função institucional a de pacificar expectativas de comportamentos pessoais.

Infere-se, ainda, que a Constituição Federal de 1988 (re) humanizou o direito. Quanto aos vetores constitucionais, notadamente os princípios e garantias funda-

se manifesta duplamente: no fato de estarem situados na mais alta hierarquia normativa, inspirando por isso o restante do ordenamento, e no fato de que a eles se reconhecem um tratamento especialíssimo, ao estar sua proteção reservada ao Tribunal Constitucional, cuja função é garantir a defesa dos valores fundamentais do ordenamento jurídico representados na Constituição.” Uma vez que são protegidos processualmente, os direitos fundamentais passam a ser compreendidos como autênticos direitos subjetivos, que, todavia, positivam aqueles critérios morais e valores universalmente aceitos (direitos humanos). Conclui-se, portanto, que uma vez positivados no Texto Constitucional, os direitos humanos convergem-se nos direitos fundamentais de um determinado Estado. Na lição de Gomes Canotilho (2002, p. 377), “a positividade de direitos fundamentais significa a incorporação na ordem jurídica positiva dos direitos considerados “naturais” e “inalienáveis” do indivíduo. Não basta uma qualquer fundamentação. É necessário assinalar-lhes a dimensão de Fundamental Rights colocados no lugar cimeiro das fontes de direito: as normas constitucionais.” Sarlet (2007, p. 43) especifica que “a história dos direitos fundamentais é também uma história que desemboca no moderno Estado constitucional, cuja essência e razão de ser residem justamente no reconhecimento e na proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais do homem.” (SARLET, 2007, p. 43).

mentais, significa dizer que se faz contínua a “presença da Constituição em todos os momentos do exercício do direito”⁴³ o que a integra no “modo de ser-no-mundo de qualquer cidadão”⁴⁴. Stein⁴⁵ coloca, ainda, que o efetivo acontecer da Constituição se dará no momento em que ela deixar de existir apenas como ferramenta e começar a ser operacionalizada na auto-compreensão diária de todo intérprete do Direito.

Na órbita constitucional, o Direito atribui à pessoa proteção à sua individualidade e à sua liberdade, estabelecendo verdadeiro dever fundamental de tratamento igualitário dos próprios semelhantes, via cláusula geral de tutela dos bens essenciais do ser humano. Em outros pontos do ordenamento jurídico normas são traçadas em prol dessa tutela, como os direitos privados da personalidade, os consumeristas, os autorais, da criança e do idoso, tudo redundante à sua dignidade.

O sistema do direito entrega ao mundo várias formas de se pré-compreender a pessoa, dentro desse horizonte de interpretação. A pessoa, por conseguinte, é, no mundo do direito, um espelho desses direitos incondicionais que a pré-determinam. Assim, o estudo empreendido pela hermenêutica da faticidade heideggeriana, tem o mérito de revelar ao homem que este buscará incidência dos direitos objetivos essenciais de acordo com o que ele entrega de si no mundo (heideggeriano e do Direito). O direito objetivo deixa de estipular, através de seus enunciados normativos, regras estáticas e fechadas que se vinculam à pessoa na forma de tipologia subsunativa, para trazer comandos que se postam mais validamente a agirem como enunciados que tragam uma pré-compreensão da pessoa. A partir do que ela se revelou, ou seja, a partir da sua faticidade, quando é-no-mundo, haverá, então, a incidência ou não de determinados direitos essenciais (da personalidade e/ou fundamentais) ou ainda, da cláusula geral de tutela.

Resta dizer: a pessoa não é tutelada de fato por um ‘princípio da dignidade’. Este, soando sozinho, sequer tem definição jurídica. É necessário o elemento empírico revelador da pessoa (o sendo-pessoa) para que essa dignidade já (apenas) pré-compreendida através dos catálogos normativos (direito objetivo essencial) próprios seja deflagrada e resolvida como direitos subjetivos da personalidade ou como direitos subjetivos fundamentais.

REFERÊNCIAS

⁴³ STEIN, Ernildo. **Novos caminhos para uma filosofia da constitucionalidade**: Notas sobre a obra Jurisdição Constitucional e Hermenêutica – Uma nova crítica do Direito de Lenio Streck. Porto Alegre, RS: [S. n.], 2003. p. 13.

⁴⁴ Idem, p. 15.

⁴⁵ Idem.

AMARAL, Francisco. **Direito civil**: introdução. 6. ed. Rio de Janeiro, RJ: Renovar, 2006.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 7. ed. Rio de Janeiro, RJ: Forense Universitária, 2006.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**, Brasília, 11 jan. 2002.

BRASIL. Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 3 out. 2003.

BRASIL. Lei nº 8069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 16 jul. 1990.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CORDEIRO, António Menezes. **Tratado de direito civil português**. v.I, parte geral, tomo I. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2005.

CUPIS, Adriano de. **Os direitos da personalidade**. Campinas, SP: Romana Jurídica, 2004.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback. 3. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2008.

_____. **Sobre a essência da verdade**. São Paulo, SP: Nova Cultural, 1999. (Coleção Os pensadores).

_____. **Carta sobre o humanismo**. São Paulo, SP: Editora Moraes, 1991.

_____. **Introdução à metafísica**. Tradução de Emmanuel Carneiro Leão. Rio de Janeiro, RJ: Tempo Brasileiro, 1966.

_____. **Sobre o problema do ser**. O caminho do campo. São Paulo, SP:

Livraria Duas Cidades, 1969.

_____. **Ser y tiempo**. Tradução de Jorge Eduardo Rivera. 1927. Edición electrónica de Escuela de Filosofía Universidad ARCIS. Disponível em: <<http://www.philosophia.cl/biblioteca/Heidegger/Ser%20y%20Tiempo.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2008.

PAIVA, Márcio Antônio de. **A liberdade como horizonte da verdade segundo Martin Heidegger**. Roma: Editrice Pontificia Università Gregoriana, 1998.

RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. 5. ed. São Paulo, SP: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

ROBLES, Gregório. **Os Direitos Fundamentais e a ética na sociedade atual**. Tradução de Roberto Barbosa Alves. São Paulo, SP: Manole, 2005.

SAFRANSKI, Rüdiger. **Heidegger, um mestre da Alemanha**. São Paulo, SP: Geração Editorial, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado Editora, 2007.

SILVA, Moacyr Motta da. **Direito, justiça, virtude moral & razão: reflexões**. Curitiba, PR: Juruá, 2007.

STEIN, Ernildo. **Novos caminhos para uma filosofia da constitucionalidade: Notas sobre a obra Jurisdição Constitucional e Hermenêutica – Uma nova crítica do Direito de Lenio Streck**. Porto Alegre, RS: [S. n.], 2003.

SZANIAWSKY, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. 2. ed. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2005.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro, RJ: Renovar, 2004.

Recebido em: 20 novembro 2008

Aceito em: 02 abril 2009