

CRISTIANO
CHAVES DE **FARIAS**
FELIPE BRAGA **NETTO**
NELSON ROSENVALD

MANUAL DE

DIREITO CIVIL

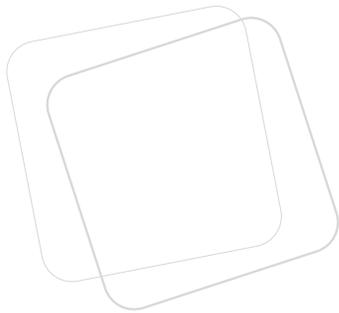
VOLUME ÚNICO

6^a | revista
edição | atualizada
ampliada

2021

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

CONCEITOS FUNDAMENTAIS



CONTEXTUALIZANDO O NOVO DIREITO CIVIL

“A criação é um meio melhor de autoexpressão do que a posse; é através do criar, e não do ter, que a vida se revela”.

Vida Dutton Scudder
(The life of the spirit in the modern english poets)

1. DIREITO CIVIL: ORIGENS E FUNÇÕES CONTEMPORÂNEAS

Seria exagero falar em novo direito civil? Será que o direito civil não se renova sempre, a cada geração, a cada passo do caminhar histórico? Sim e não. Há, naturalmente, a cada geração, mudanças legislativas, mudanças nesse ou naquele entendimento jurisprudencial. Isso é algo natural, esperado. Porém os nossos dias testemunham algo (muito) maior, algo – com o perdão da palavra gasta – revolucionário. O direito civil do século XXI é fundamentalmente distinto daquele que vigorou durante boa parte dos séculos passados. É um direito civil que consagra um sistema aberto, dinâmico, fortemente influenciado por princípios normativos e com particular cuidado com as dimensões existenciais do ser humano. Promove um diálogo entre as conquistas conceituais da tradição e as espantosas mudanças dos nossos dias. É claramente um edifício em construção.

Convém esclarecer algo desde já. Este primeiro capítulo é introdutório. Nele não tratamos, ainda, da Parte Geral do Código Civil (pessoas, bens, atos ilícitos etc.). Nem da Lei de Introdução às Normas

do Direito Brasileiro, que veremos no capítulo seguinte. É fundamental, antes disso, em tópicos breves, contextualizar o sentido das mudanças que vêm atingindo o direito civil. Não faria sentido repetir, com novo verniz, velhas lições. É essencial verificar o sentido das mudanças, é preciso fazer a pergunta: para aonde estamos indo?

O direito civil participa da vida e da cultura dos povos – e em boa medida as reflete. É uma expressão cultural poderosa, forjada ao longo de muitos séculos, alternando períodos de maior empirismo com períodos de grandes construções conceituais (não esqueçamos que o próprio direito romano era fundamentalmente prático. Talvez esse, aliás, seja um dos seus trunfos, uma das causas de sua longevidade)¹.

Trata-se de construção não só normativa, mas também histórico-cultural. O direito civil é obra coletiva dos séculos. Nasceu da sabedoria empírica

¹ Mary Beard – professora de Cambridge e respeitada escritora – destaca: “Roma Antiga é importante. Ignorar os romanos é não apenas fechar os olhos para o passado distante. Roma ainda nos ajuda a definir o modo como entendemos nosso mundo e pensamos a respeito de nós mesmos, e isso abrange da alta cultura à comédia barata. Após 2 mil anos, ela continua na base do pensamento e da política ocidental, daquilo que escrevemos e do modo como vemos o mundo e nosso lugar nele. No entanto, a história da Roma Antiga mudou radicalmente ao longo dos últimos cinquenta anos. Isso se deve em parte às novas maneiras de interpretar os dados antigos, e aos diferentes questionamentos que escolhemos fazer. É um mito perigoso achar que somos historiadores melhores do que aqueles que nos precederam. Não somos. Mas chegamos à história romana com outras prioridades – desde identidade de gênero a suprimento de comida – que fazem o passado antigo falar conosco num novo idioma. A história de Roma está sempre sendo reescrita, e sempre foi; em certos aspectos, sabemos mais sobre a Roma Antiga do que os próprios romanos. A história romana, em outras palavras, é uma obra em progresso” (BEARD, Mary. SPQR. Tradução. Luis Reyes. São Paulo: Planeta, 2017, p. 17-19).

dos romanos² e ao longo dos séculos ganhou em abstração e conceitualismo – atingindo um refinamento admirável com os pandectistas (estes, em notável trabalho analítico, construíram um modelo que por muito tempo pareceu definitivo). Mas a historicidade das categorias jurídicas mostra, hoje, com muita clareza, que não existem modelos eternos. Como diz o poeta, “o pra sempre, sempre acaba”. As estruturas e funções do direito civil mudaram bastante nas últimas décadas. Passamos de um regramento mais engessado e previsível para a aceitação, cada vez maior, do sistema jurídico como um sistema aberto de princípios normativos, que busca realizar valores e fins³.

Nossa formação cultural, romano-germânica, tradicionalmente está habituada a trabalhar com regras jurídicas, não com princípios. Isso, aos poucos, está mudando. Em sociedades plurais e complexas como a nossa só as regras não resolvem. Não por acaso, alguns autores alemães sustentam que o Estado Constitucional de Direito é um Estado de Ponderação (*Abwägungsstaat*). De especial relevância, nesse contexto, é a Constituição como um sistema aberto de princípios e regras. O sistema jurídico, assim, cada vez mais se põe como um sistema aberto de princípios normativos. Esses princípios, que estabelecem objetivos e fins, são articulados de modo dinâmico, não estático. Não há nem mesmo uma hierarquia prévia entre eles. Eles trabalham com uma lógica de ponderação, o que significa que apenas nos casos concretos, devidamente contextualizados, é que os princípios se expandem ou se retraem, à luz das especificidades das circunstâncias.

O direito civil do século XXI dialoga com a sociedade complexa em que se insere. Não tenta negar essa complexidade, nem virar as costas para as profundas mudanças em curso – que repercutem

intimamente na interpretação jurídica e na aplicação de suas normas. Ampliam-se, em nosso século, os espaços de liberdade no que diz respeito às situações subjetivas existenciais. Essa liberdade de escolha para as situações existenciais não infirma o caráter indisponível dos direitos da personalidade. As escolhas não podem contrariar a dignidade da pessoa humana, e a diretiva vale não só relativamente aos outros, mas também a si próprio (mas a autoterminação também deve ser resguardada, o que torna particularmente delicada certas discussões). Nesse contexto, o STJ, a pedido do Ministério Público Federal, proibiu que o apresentador Ratinho exibisse deficiências físicas como atrações do seu programa, quando a deficiência fosse a própria atração do quadro, com propósitos sensacionalistas. A alegação do apresentador, no sentido de haver censura, foi afastada (STJ, Ag 886.698). O direito civil dos nossos dias é um processo de elaboração contínua e realização permanente.

2. PARA AONDE ESTAMOS INDO? A ESTRUTURA TEÓRICO-NORMATIVA DO NOVO DIREITO CIVIL

*“Um dia serei feliz?
Sim, mas não há de ser já:
A Eternidade está longe,
Brinca de tempo-será.”*

Manoel Bandeira

Vivemos dias complexos e velozes⁴. Nossa sociedade é caracterizada por amplo pluralismo axiológico, com muitos e distintos interesses interagindo no quadro social. Isso, de certo modo, explica a heterogeneidade de valores e princípios acolhidos na Constituição. Temos uma Constituição pluralista – como a sociedade que ela busca reger – que tem, entre outros objetivos, a proteção da dignidade humana e a redução das desigualdades sociais. É verdade que nem sempre chegamos na velocidade que queremos chegar. As mudanças, que julgamos lentas, nem sempre correspondem às nossas ansiosas expectativas. Mais importante, no entanto, de quando chegar, é caminhar na direção certa.

O direito civil do século XXI prestigia a diversidade e a tolerância. Reflexo de uma sociedade plural, ele busca afirmar o pluralismo reconhecendo

² As influências são, até hoje, sensíveis e fortes: “A base do direito da chamada civilização ocidental cristã é o direito romano, donde nos vieram as noções fundamentais, o método e os principais institutos, principalmente em matéria de obrigações”. Adiante, complementa: “O legado do direito romano, até hoje presente na cultura do mundo ocidental, traduz-se em alguns institutos de direito civil, como a teoria da personalidade, a capacidade de direito, a teoria dos bens e os direitos reais, a teoria da posse, a teoria geral das obrigações e dos contratos e a sucessão” (AMARAL, Francisco. *Direito Civil*. Introdução. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 109 e 115). Aliás, é preciso não esquecer – em favor do caráter sempre renovador e dinâmico da interpretação jurídica – que o próprio direito romano teve suas grandes características firmadas no período da interpretatio, mercê de substanciais trabalhos hermenêuticos perspectivados embora a partir da praxis (JOLOWICZ, H. F., *Historical Introduction to the study of Roman Law*. Cambridge: University Press, 1952, p. 87).

³ Cf. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Trad. Paulo Motta Pinto e Ingo Wolfgang Sarlet. Coimbra: Coimbra editora, 2003.

⁴ Barbosa Moreira, a respeito, constata que “no liminar do século XXI, a vertiginosa aceleração do ritmo histórico parece prestigiar a consagração do efêmero como categoria suprema” (BARBOSA MOREIRA. O transitório e o permanente no direito. *Temas de direito processual, quinta série*. São Paulo: Saraiva, 1994, 225/231).

a dignidade em cada ser humano – não importa sexo, crença, idade, raça, opção sexual, ou local de nascimento. Em cada ser humano o direito reconhece o potencial do livre desenvolvimento de sua personalidade. O direito não pode, naturalmente, assegurar que seremos felizes – isso, para o bem e para o mal, é construção de cada um de nós. Pode, porém, fixar espaços de livre e pleno desenvolvimento da personalidade, assegurando o mínimo existencial e o respeito aos direitos básicos de alimentação, educação, saúde e moradia.

A solução dos casos difíceis (*hard cases*) ganhou, em nossos dias, uma complexidade inédita. A ponderação de princípios envolve, com frequência, valores igualmente valiosos e constitucionalmente protegidos. Sabemos, hoje, ademais, que o intérprete não é um ser absolutamente neutro, que interpreta o direito como se estivesse fora da Terra. Isso não existe. O intérprete traz sempre sua carga de valores, seus conceitos e suas reservas, e esse conjunto humano influi, em graus variados, na interpretação que será dada à norma⁵.

Também se aceita cada vez menos a ideia – muito forte no século XIX e em parte do século XX – de que a ordem jurídica traz soluções predefinidas para todos os problemas e que cabe ao intérprete, apenas, encontrá-las, mediante a subsunção (o intérprete, nessa visão, seria um ser neutro, cuja função, puramente técnica, seria dizer o direito aplicável ao caso concreto – a famosa “boca da lei”, de Montesquieu). A interpretação jurídica, hoje, é algo bastante complexo que não pode ser reduzida a fórmulas esquemáticas. A construção de sentido da norma é algo dinâmico e nunca estático ou formal.

Em outras palavras, a interpretação jurídica não pode, por óbvio, desprezar o direito posto, mas tampouco se prende ao literalismo. O direito exige uma leitura ética, que dialogue com a sociedade, e não se satisfaz com conceitos puramente apriorísticos e formais. Isso não significa, convém repetir, que o juiz possa se libertar dos limites do sistema jurídico. Não se trata de voluntarismo, mas de reconhecer a força normativa dos princípios e a importância da teoria dos direitos fundamentais.

As construções de sentido das normas, portanto, resultam de uma complexa interação entre o intérprete e os demais atores sociais, com valores

plurais e nem sempre homogêneos. Isso, porém, não significa – nem pode significar – um desprezo pela técnica. Trata-se apenas de reconhecer que a dimensão técnica, isoladamente, não explica nem responde muitos dos problemas do nosso século, é preciso ir além.

Essa redefinição dos valores do direito civil exige certa humildade epistemológica. É dizer: ao civilista atual não é dado isolar-se, manter-se em clausura intelectual, como se no século XIX estivesse. O direito de hoje exige uma abordagem menos estreita e parcial, que possibilite visões multissetoriais e, portanto, mais integrais. Ou seja, o civilista não pode se isolar e se satisfazer apenas com a coerência e a beleza formal dos seus conceitos. O século XXI é, nesse sentido, mais pragmático. Pessoas que nasceram e foram educadas com a multiplicidade de informações que o mundo digital proporciona não aceitam um direito arcaico e preso a fórmulas sem sentido⁶. Um dos desafios do direito atual é se legitimar pela fundamentação das decisões, pela razoabilidade das soluções e pela dimensão social das suas normas. Não basta impor, é preciso impor com legitimidade.

As democracias constitucionais contemporâneas – com a contribuição dos princípios, conceitos e regras do direito civil – não toleram qualquer tentativa de *coisificar* a pessoa humana. A dignidade remete, sem dúvida, entre seus sentidos principais, a não coisificação do ser humano. Se há, aqui e ali, certos exageros no uso conceitual e normativo da dignidade da pessoa humana, isso não pode encobrir a verdade básica, que se extrai da nossa Constituição: trata-se de vetor normativo vinculante, da mais alta importância, e que redefine, em muitos sentidos, a incidência e aplicação das normas jurídicas brasileiras. Não esqueçamos que o Brasil foi o último país da Américas a abolir a propriedade de uma pessoa sobre outra, em terrível mancha histórica. O intérprete do século XXI deve ter uma atenção prioritária com a pessoa humana, e não com o seu patrimônio. O patrimônio é mero instrumento de realização de finalidades existenciais e espirituais, não um fim em si mesmo.

⁵ Cf. GADAMER, Hans-Georg. *O problema da consciência histórica*. 3ª edição. Pierre Fruchon (org.). Rio de Janeiro: Getúlio Vargas, 1998, p. 70. Há, inclusive, fatores inconscientes que escapam, ou podem escapar, da percepção do intérprete.

⁶ Nesse sentido as observações de Weinberger: “Nos dias de hoje, sob o influxo das idéias democráticas, ninguém mais crê na sacralidade do direito ou vê na tradição uma justificação suficiente das instituições sociais. Estamos convencidos de que o homem pode modelar e remodelar o seu sistema político e que as disposições jurídicas e as instituições sociais devem ser examinadas criticamente e justificadas sobre a base de análises funcionais e valorativas” (WEINBERGER, Ota. *Politica del diritto e istituzioni. Il diritto come istituzione*, Neil MacComick e Ota Weinberger, Milano: Giuffrè, 1990, p. 287).

Aliás, talvez caiba uma palavra mais ampla: a brutalidade humana continua a espantar. Da Síria de hoje chegam imagens que chocam, que nos fazem perguntar se estamos mesmo no século XXI. A história humana é manchada, desde a noite dos tempos, pela perversidade de ditadores e seus asseclas, que agem como se não tivessem que responder pelas agudas maldades que praticam (convém lembrar que Stálin impôs a fome sistemática aos camponeses do seu país, matando mais pessoas do que os mortos durante a Primeira Guerra Mundial, mesmo se somarmos as vítimas dos dois lados do conflito)⁷. Hoje, estima-se que haja 70 milhões de refugiados no mundo. 1 em cada 110 pessoas fugiu do seu país. Metade tem menos de 18 anos. A ONU os chama de “deslocados à força”. A cada 2 segundos alguém tem que ir embora de casa por causa dessa ameaça. Guerras terríveis (citamos a Síria, mas são tantas), extrema pobreza, perseguição étnica, torturas... 148 mil refugiados chegaram ao Brasil em 2017. Sobretudo venezuelanos, haitianos e africanos de vários países. Trata-se de realidade que terá impacto no direito civil das próximas décadas.

Hoje a experiência jurídica repele abordagens unilaterais, tão comuns nos séculos passados. O civilista, em especial, é chamado a sair dos códigos e dialogar com outras formas de conhecimento. Sem falar na interdisciplinaridade entre as matérias jurídicas, algo tão fundamental atualmente que deixou de ser novidade. A formação cultural do civilista, tradicionalmente, é vista como conservadora e avessa a mudanças. Isso, no entanto, mudou, está mudando. Poucos campos teóricos, atualmente, são tão receptivos às novas abordagens como o direito civil.

2.1. O direito civil em sociedades complexas e plurais

“Nada é, tudo se outra”.

Fernando Pessoa

“As nuvens são sombrias
mas, nos lados do sul,
um bocado do céu
é tristemente azul”.

Fernando Pessoa

O direito civil – talvez mais ainda que os outros ramos – traz a marca dos costumes dos povos. Por dialogar, muito de perto, com a vida diária

das pessoas, o direito civil é moldado por aquilo que cada comunidade, século após século, tem por valioso, correto, necessário. O conservadorismo, por exemplo, que sempre timbrou o direito de família – baseado no poder do marido e do pai – refletia por certo a sociedade que tínhamos⁸. Hoje a sociedade é plural, com muitos modelos familiares aceitos, e o direito civil, como não poderia deixar de ser, também reflete isso.

O Código Civil de 1916 – tecnicamente admirável – refletia os padrões mentais e culturais da sociedade patriarcal e patrimonialista em que se inseria (não esqueçamos que ele foi elaborado ainda antes de 1900, e teve tramitação lenta, assim como seu sucessor, quase um século depois). A propriedade era a instituição em torno da qual orbitavam os demais interesses juridicamente protegidos. Convém lembrar que o Código Civil de 1916 – que chegou, não esqueçamos, até o século XXI –, foi elaborado pouquíssimo tempo depois do fim da escravatura entre nós. Pode-se dizer que são contemporâneos⁹.

Nesse sentido, não é exagero dizer que as dimensões existenciais do ser humano são de consideração relativamente recente, na caminhada histórica do direito civil. Hoje tanto a propriedade como os contratos ganham notas funcionais, isto é, a função define, em certo sentido, o que estes institutos são, e não apenas até aonde eles podem ir. Isto é, a funcionalização dos conceitos, categorias e institutos não atua apenas como limites externos.

Nos anos anteriores ao Código Civil de 2002, era voz corrente, no Brasil – e, antes, na Itália – a convicção de que o tempo das codificações tinha passado. Que os códigos civis estratificavam demais

⁸ Não por acaso, os civilistas sempre simbolizaram o conservadorismo jurídico. Pierre Bourdieu, por exemplo, enxerga nos privatistas o “culto do texto, o primado da doutrina e da exegese, quer dizer, ao mesmo tempo da teoria e do passado” (BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Trad. Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001, p. 252. De modo semelhante, percebeu-se que “a permanência jurídica se manifesta, em toda sua plenitude, no setor específico das codificações. E, aí, especialmente em matéria de Direito Civil, tido por protótipo do conservadorismo jurídico” (VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria da Norma Jurídica*. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 144). Nesse contexto teórico, convém lembrar que o século XIX foi pródigo em generalizações, amplas construções teóricas e esquemas abstratos (MEAD, George H. *Movements of thought in the nineteenth century*. Chicago: The University of Chicago Press, 1972).

⁹ No período “de elaboração do Código Civil, o divórcio entre a elite letrada e a massa inculta perdurava quase inalterado. A despeito de sua ilustração, a aristocracia deanel representava e racionalizava os interesses básicos de uma sociedade ainda patriarcal, que não perdera o seu teor privatista, nem se libertara da estreiteza do arcabouço econômico, apesar do seu sistema de produção ter sido golpeado fundamentalmente em 1888. Natural que o Código refletisse as aspirações dessa elite” (GOMES, Orlando. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 22).

⁷ REID, Anna. *Borderland: A Journey through the History of Ukraine*. Boulder: Westview Press, 1999, p. 132.

as relações jurídicas, e eram próprios dos séculos XIX e XX, e não do século XXI. Ademais, devíamos – e devemos – buscar a unidade valorativa do sistema na Constituição, e não no Código Civil. Seja como for, é certo que o Código Civil de 2002 acabou por promover a revitalização dos estudos de direito civil no Brasil. Novas e valiosas obras surgiram. Talentosos pesquisadores se dedicaram ao tema¹⁰.

O direito brasileiro filia-se à tradição romano-germânica, da *civil law*. Bebeu na fonte das grandes codificações modernas da Europa continental. O Brasil, desde antes do Código Civil de 1916, recebe forte influência da civilística europeia – sobretudo francesa, alemã, italiana e espanhola – e bem menos dos países da América, mesmo aqueles que se filiam à estirpe cultural do *civil law* (o que parece estar mudando aos poucos, o Brasil e seus vizinhos sul-americanos estão, por assim dizer, redescobrendo-se culturalmente). Em relação aos Estados Unidos da América, ocorre algo interessante. A influência exercida no Brasil é fortíssima na área do direito constitucional, mas praticamente inexistente no campo do direito civil (mesmo isso, aos poucos, está mudando, sendo cada vez maior a influência de institutos do *common law* entre nós. Talvez baste lembrar da influência que recebemos a partir dos institutos da indenização punitiva e, mais recentemente, do testamento vital).

O constitucionalismo, tradicionalmente, ocupou-se em limitar o exercício do poder. Atualmente percebemos, através da jurisdição constitucional, que atos legislativos também podem violar a Constituição, e por isso temos fortalecido modos e formas de impedir essas agressões. Os juízes, atualmente, longe de serem mecânicos aplicadores da lei, têm, em alguma medida, função criativa, participando do processo de criação do direito. Na chamada jurisdição constitucional, esse potencial criativo é ainda mais forte. Nesse contexto, as leis continuam sendo instrumentos (muito) importantes. São elas

que, em linha de princípio, concretizam as escolhas constitucionais. Merecem respeito e acolhimento. Há, porém, atualmente, limites.

O STF já esclareceu que o Estado “não dispõe da competência para legislar ilimitadamente, de forma imoderada e irresponsável, gerando, com o seu comportamento institucional, situações normativas de absoluta distorção e, até mesmo, de subversão dos fins que regem o desempenho da função estatal” (STF, ADInMC 1.063-8, Rel. Min. Celso de Mello). Em outra ocasião, o STF proclamou que “o Estado não pode legislar abusivamente. A atividade legislativa está necessariamente sujeita à rígida observância de diretriz fundamental que, encontrando suporte teórico no princípio da proporcionalidade, veda os excessos normativos e as prescrições irrazoáveis do Poder Público” (STF, ADI-MC 1.407-DF, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno). Pontes de Miranda, escrevendo no início do século XX, lembrava que o Estado não é um criador arbitrário do direito. E que a própria formulação da lei perde a arbitrariedade que tinha no passado.

No caso brasileiro, o fortalecimento, com a Constituição de 1988, da jurisdição constitucional, trouxe mudanças profundas no processo de realização do direito. O Judiciário assumiu funções que não tinha no passado. Fala-se em ativismo judicial, que seria uma atuação mais ativa do juiz, ingressando em áreas que antes eram fundamentalmente políticas¹¹. Goste-se ou não, a verdade é que em curso um processo de judicialização das questões sociais e políticas. Casamento e união estável entre pessoas do mesmo sexo, moralidade para disputar eleições, células-tronco, são exemplos dentre muitos outros de questões que interessam à vida social e cuja palavra final é dada pelo Judiciário, à luz da Constituição. Aliás, o STF, em 2020, decidiu que retirar de circulação produto audiovisual disponi-bilizado em plataforma de *streaming* apenas porque seu conteúdo desagrada parcela da população, ainda que majoritária, não encontra fundamento em uma sociedade democrática e pluralista como a brasileira (STF, Segunda Turma, Rcl 38.782, j. 03/11/2020). O julgado teve como objeto polêmico vídeo do *Porta dos Fundos*, com ataques ao Cristianismo.

¹⁰ Paulo Lôbo, a propósito, diagnóstica: “Ao novo Código Civil credita-se verdadeira explosão de obras jurídicas, provocando o renascimento do interesse pelo direito civil e da consciência de sua importância fundamental para o cotidiano das pessoas. (...). Acrescentem-se, ainda, como fatores decisivos para a reformulação do direito civil brasileiro, de modo a torná-lo apto a responder às demandas do século XXI, o desenvolvimento científico da área propiciado pelos programas de pós-graduação em Direito, com rigor metódico e pesquisa, superando o anterior autodidatismo, e a criação do Superior Tribunal de Justiça, pela Constituição de 1988, incumbido da harmonização jurisprudencial do direito federal, inclusive o direito civil. No geral, o STJ tem correspondido às mudanças sociais e aos vetores axiológicos da Constituição, além de dar atenção aos avanços da doutrina” (LÔBO, Paulo. *Direito Civil. Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 27/28).

¹¹ Nesse contexto teórico, “a admissão de que juízes não estão presos à norma choca-se com um antigo tabu. Esse mal-estar foi atenuado por uma nova tentativa da teoria jurídica de constringer o juiz por demandas de consistência, por exigências, ao menos, de argumentação racional. A ciência política volta e denuncia a nudez do rei: o juiz constitucional é um ator político que reage conforme variáveis outras que não somente a norma, a razão, ou as recomendações que a teoria normativa lhe endereça” (MENDES, Conrado Hübner, *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 193).

Os princípios reunificam o direito privado, porém agora como um sistema aberto. São, seguramente, a fonte onde o intérprete vai buscar – mais do que nas regras jurídicas – a fonte de legitimidade de suas decisões. São, além disso, normas com a notável característica de incorporar, como camadas normativas, as mudanças sociais, juridicizando-as.

É preciso lembrar que as relações entre particulares são, frequentemente, assimétricas e desiguais. Há poderes privados – aos quais não deve ser indiferente o Estado¹². Bem por isso, os direitos fundamentais, hoje, no Brasil, não são apenas direitos de defesa em face do Estado. Exige-se uma postura ativa do Estado para proteger os direitos fundamentais. Essa constatação redefine muitas abordagens, sobretudo da responsabilidade civil do Estado por omissão. Peter Häberle, argutamente, verifica que não há *numerus clausus* das dimensões de proteção dos direitos fundamentais, nem *numerus clausus* dos perigos.

Podemos ainda dizer, de modo mais amplo, que o Brasil – como Estado Constitucional Democrático¹³ – ocupa hoje um espaço político, social e econômico muito maior do que ocupava no passado. Significativamente, tornou-se há alguns anos, de acordo com certos veículos de imprensa, a sexta maior economia do mundo. Em 2012, o tradicional jornal *The Guardian* ironizou: “O Brasil tem batido os países europeus no futebol por um longo tempo, mas batê-los em economia é um fenômeno novo”. Isso não significa, sabemos, que nossos gravíssimos problemas sociais estejam resolvidos. Como mostra o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (Pnud), temos desigualdades sociais muito profundas. O índice de desenvolvimento humano (IDH), no Brasil,

continua aquém do desejável. Combater a miséria e a violência e propiciar níveis adequados de saúde e educação estão entre os desafios do novo século.

Relevante, em qualquer disciplina jurídica, é a tomada de consciência, por parte do intérprete, que estamos diante do Estado dos direitos fundamentais. Já não podemos nos dar por satisfeitos em aceitar que o Estado se abstenha de violar tais direitos. É preciso, como veremos adiante, que além disso o Estado atue – de modo cauteloso, eficaz e proporcional – para proteger os direitos fundamentais de violações por terceiros.

Sob o prisma sociológico, um ponto sublinhado por muitos estudiosos dos padrões culturais brasileiros é o patrimonialismo. Ou – na dicção que se tornou clássica de Nelson Saldanha – a dificuldade, algo crônica, de distinguir o *jardim* da *praça*. Privado e público se misturam numa convivência nem sempre saudável. O público, tão frequentemente, confunde-se com o privado, e as categorias assépticas da lei nem sempre consegue impedir certos usos promíscuos do que é (ou deveria ser) de todos em proveito próprio ou de alguns. Talvez, em parte, nosso conhecido traço patrimonialista – tão bem denunciado por Raymundo Faoro, em *Os Donos do Poder* e por Sérgio Buarque de Holanda em *Raízes do Brasil* – que faz pensar que os bens do Estado não são de ninguém. O Brasil, como democracia constitucional recente, tem entre seus desafios o aprimoramento do sistema jurídico-institucional, buscando aplicar o direito objetivo com isonomia e impessoalidade. A imprensa, com sua fiscalização permanente, exerce relevante função nesse campo.

2.2. Os fins éticos do direito civil contemporâneo

“O juiz de São Gonçalo manda prender todo casal encontrado em lugares escuros e ermos. Com isso, afirmava Sua Excelência, se evita que os olhos das senhoras de boa-fé se chocassem. Rubem Braga comenta a notícia e se pergunta, apenas, o que fariam tais senhoras de boa-fé em locais escuros e ermos”.

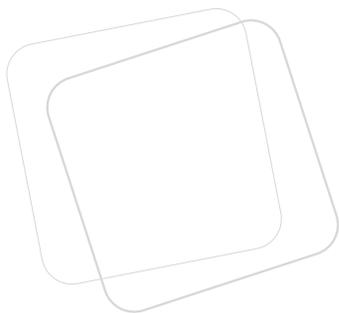
(Marco de Carvalho, biógrafo de Rubem Braga)

Os conceitos, categorias e institutos do direito civil passam por uma filtragem ética¹⁴.

¹² É inegável, sobretudo em nossos dias, que existem situações de opressão ou desnível entre particulares, algo semelhante com as relações assimétricas que lastream – ainda na concepção liberal – dos direitos fundamentais em face do Estado (UBILLO, Juan María Bilbao. *La Eficácia de los Derechos Fundamentales frente a particulares. Análisis de la Jurisprudencia del Tribuna Constitucional*. Madrid: Centros de Estudios Políticos y Consitucionales, 1997, p. 369).

¹³ A verdade é que “democracia” é uma palavra tão gasta pelo uso promíscuo que perdeu muito do seu valor explicativo. Não há, por certo, tipos-puros de democracia, apenas experiências múltiplas com características históricas bastante distintas. As democracias constitucionais contemporâneas buscam banhos de legitimidade mais ambiciosos, não se satisfazem apenas com eleições formalmente limpas, ultimadas pela representação popular tradicional. É cedo para dizer quais mecanismos surgirão dessa tensão de legitimidade. A jurisdição constitucional, mesmo com suas notórias falhas, é uma delas. Outras, menos problemáticas, podem surgir, e serão bem-vindas. Cabe lembrar, nessa ordem de ideias, que a legitimidade de uma decisão numa democracia constitucional é mensurada tanto por seu conteúdo (*output*) quanto pelo seu procedimento (*input*)” (MENDES, Conrado Hübner. *Direitos Fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 56).

¹⁴ Podemos, aliás, sugerir – a exemplo do que faz Alexy – que a distinção fundamental entre positivistas e não positivistas reside na



LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO

“E é como se então, de repente, eu chegasse ao fundo do fim, de volta ao começo, ao fundo do fim, de volta ao começo”.

Gonzaguinha

“Assim as mínimas coisas do universo podem ser espelhos secretos das maiores”.

Borges

1. UMA PALAVRA PRÉVIA: DISTINGUINDO TEORIA GERAL DO DIREITO, TEORIA GERAL DO DIREITO CIVIL E PARTE GERAL DO CÓDIGO CIVIL

Convém, no início deste capítulo, inserir uma breve palavra prévia. Não propriamente sobre a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, mas sobre a distinção entre teoria geral do direito, teoria geral do direito civil e parte geral do Código Civil. Cabe reconhecer, desde já, que encontrar a origem dos conceitos não é tarefa fácil. Sobretudo buscar, através dos ciclos históricos, o fio conceitual que liga o hoje ao ontem é algo sabidamente complexo. Os próprios historiadores reconhecem que a “história sempre tonteia diante da questão das origens”¹²⁹.

a) Teoria Geral do Direito – A teoria geral do direito lida com conceitos comuns a todo o universo jurídico (todos os ramos, sejam considerados de direito público ou privado). O conceito de relação jurídica, por exemplo, é construção da teoria geral do direito. Explica – ou pretende explicar – qualquer relação jurídica, em qualquer domínio ou dimensão da experiência jurídica. A teoria geral do direito é uma construção técnico-doutrinária, embora tenha, ou possa ter, como referência, aspectos do direito positivo. Resumindo, a teoria geral do direito lida com conceitos que, necessariamente, são aplicáveis a todos os ramos do direito, público ou privado, qualquer que seja sua conformação (o que, reconheçamos, é cada vez mais difícil, na experiência jurídica complexa e plural dos nossos dias).

b) Teoria Geral do Direito Civil – A teoria geral do direito civil é a mesma teoria geral do direito, só que com um panorama de análise um pouco menos amplo. Ao invés de estudar toda a experiência jurídica, todos os ramos e deles extrair aspectos comuns e minimamente homogêneos, a teoria geral do direito civil faz isso, mas apenas em relação ao direito civil. Quais os conceitos, categorias e institutos que regem o direito civil? Quais os princípios? A verdade é que com a constitucionalização do direito e com a crescente interdisciplinaridade na pesquisa jurídico-científica é cada vez menor a existência de algo *puramente civil*. Os conceitos e categorias – e isso é algo a ser festejado – crescentemente dialogam entre si,

¹²⁹ DURANT, Will. *História da civilização*. T. I. Trad. Gulnara de Moraes Lobato. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1957, p. 301.

enriquecem-se mutuamente. Todos, ademais, remodelam-se – estrutural e funcionalmente – a partir dos renovadores ventos constitucionais.

A teoria geral do direito civil, portanto, cuida dos aspectos relativos ao direito civil como um todo – aplicáveis, portanto, aos direitos das obrigações, das famílias, reais, contratos, sucessões etc. É preciso, porém, fazer uma advertência. Lembre-se – conforme já tivemos oportunidade de destacar – que por muitos séculos o direito civil foi considerado o direito por excelência, como *o* direito. Serviu de modelo da experiência jurídica. Os conceitos, por exemplo, de norma jurídica, de fato jurídico, de negócio jurídico, entre outros, são conceitos de teoria geral do direito e não propriamente de direito civil. Mas é em livros de direito civil que esses conceitos receberam, tradicionalmente, particular atenção. Os conceitos de pessoa, de domicílio, de relação jurídica, entre tantos outros, foram conceitos desenvolvidos, inicialmente, pelo direito civil¹³⁰. Em suma, a teoria geral do direito foi – em boa medida e por muito tempo – uma teoria geral do direito civil (não por acaso, a lei de introdução às normas no direito brasileiro, por muitas décadas, foi chamada de lei de introdução ao código civil). Hoje, porém, já podemos corrigir a distorção. Deixemos à teoria geral do direito os temas que são da teoria geral do direito, e restrinjamos o campo temático do direito civil às relações privadas (lembrando, porém, que hoje há um progressivo diálogo das fontes).

c) Parte Geral do Código Civil – E a parte geral? O que seria? Podemos dizer que a parte geral é a teoria geral do direito civil, só que consagrada em lei. Isto é, se a teoria geral do direito civil é, por assim dizer, o desenvolvimento doutrinário e científico dos temas gerais do direito civil, a parte geral diz respeito aos mesmos temas, só que sob um prisma legislativo¹³¹

(algo parecido com a distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais: direitos fundamentais são direitos humanos consagrados nas constituições). Nem sempre, é claro, há equivalência conceitual entre as duas visões. Por exemplo, a disciplina dos direitos da personalidade, no Código Civil, é lastimável¹³², o que não impede a teoria geral do direito civil de olhar (com olhos críticos) para a previsão legislativa e tentar salvar o que pode ser salvo, à luz dos princípios e valores constitucionais.

Outro exemplo: a doutrina civilística pode, por exemplo – de modo praticamente unânime –, criticar a inclusão de determinada hipótese no rol de incapacidades, mas se o legislador brasileiro assim o fizer, temos que trabalhar com esse dado normativo da parte geral – gostemos ou não (por exemplo, parece exagerado, hoje, considerar absolutamente incapazes todos os adolescentes com menos de 16 anos). Poderíamos, também, discutir – mas o tema foge dos objetivos desta obra – se a chamada ciência jurídica apenas descreve o conteúdo normativo de determinada comunidade ou vai além, propondo construções de sentido para as normas jurídicas com uma dimensão que não é puramente descritiva (Kelsen costumava dizer que as normas prescrevem, ao passo que a ciência descreve). Seja como for, perde espaço a concepção que enxerga no trabalho da doutrina apenas a descrição, neutra e formal, dos aspectos legais do sistema jurídico. O intérprete, ademais, seja julgador ou doutrinador, não é neutro, traz sempre compreensões prévias que vão influenciar em sua interpretação.

A parte geral confere certa unidade conceitual ao direito civil. Ela resulta da genialidade do *Esboço de Código Civil*, de Teixeira de Freitas, posteriormente adotada no Código Civil Alemão de 1900 (mais exato seria dizer: Código de 1896 que entrou em vigor em 1º de janeiro de 1900). Segundo Francisco Amaral, a parte geral é “o nível mais elevado do sistema básico do direito privado que é o Código

¹³⁰ IRTI, Natalino. *Introduzione allo studio del diritto privato*. Torino: Ziapichelli, 1976, p. 22.

¹³¹ Cf. PIANOVSKI, Carlos Eduardo. A importância de uma teoria (geral) do direito civil. In: TEIXEIRA, Ana Carolina; RIBEIRO, Gustavo Leite (Coord.). *Manual de Teoria Geral do direito civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 145-146. Vale lembrar que Clóvis Beviláqua tem um livro cujo título, expressivamente, é: *Teoria Geral do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1951. Não há, porém, cremos, problema em se falar da “Parte Geral” do direito civil em termos científicos, e não legislativos, como faz o maior dos nossos juristas, Pontes de Miranda: “A doutrina pandectista do século XIX deve-se a elaboração da Parte Geral do direito civil a ponto de se haver imposto, no século XX, às codificações mais autorizadas, exceto, o que é de lamentar-se, à codificação italiana. As categorias jurídicas foram classificadas; os seus conteúdos discutidos e aclarados; e não há negar-se que, aos primeiros decênios do século corrente, a tal ponto havia chegado a sistematização, que os esforços, a partir desses anos, foram em profundidade e no sentido de classificação de toda a teoria geral do direito, em irradiações do que se conseguira na Parte Geral d

direito civil” (PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. T. I. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, p. XX).

¹³² O STF julgou procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4815 e declarou inexigível a autorização prévia para a publicação de biografias. O STF deu interpretação conforme a Constituição da República aos artigos 20 e 21 do Código Civil, em harmonia com os direitos fundamentais à liberdade de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independente de licença de pessoa biografada, relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais (ou de seus familiares, em caso de pessoas falecidas). O voto do Min. Barroso destacou que “a solução do Código Civil coloca em posição inferior justamente a liberdade de expressão, que nas democracias deve ser tratada como uma liberdade preferencial”. Convém lembrar que a liberdade de expressão é, também, meio para o exercício de outros direitos fundamentais (de participação no debate público, de reunião, de associação, e o próprio livre desenvolvimento da personalidade humana).

Civil¹³³. A parte geral traz normas de aplicação comum a toda parte especial do Código Civil, pelo menos esse é seu intento. Haverá, por certo, exceções episódicas, mas a coerência conceitual do Código Civil é dada pela parte geral, pelos conceitos, categorias e institutos nela previstos.

1.1. O Código Civil brasileiro e sua parte geral: um breve sumário explicativo

A parte geral do Código Civil brasileiro trata das pessoas naturais, desde antes do nascimento até depois da morte (Código Civil, arts. 2º, 8º, 12, parágrafo único). Trata não só da personalidade das pessoas naturais, mas também da capacidade e incapacidade delas – regulando, em espécies e graus variados, a incapacidade (lembrando sempre que podemos ser mais ou menos capazes, mas não podemos ser mais ou menos pessoas). A parte geral do Código Civil trata dos direitos da personalidade – tema tão importante no século XXI, objeto de intensos e fascinantes diálogos com a teoria dos direitos fundamentais (a partir dos estudos dos constitucionalistas). Pontes de Miranda, aliás, costumava lembrar que com a teoria dos direitos da personalidade nascia uma nova manã para o direito.

Cuida-se, também, na parte geral, das pessoas jurídicas e de certos entes despersonalizados (lembrando que muitas das pessoas jurídicas lá tratadas, a rigor, não fazem parte dos estudos de direito civil, sendo matéria de direito constitucional, administrativo, eleitoral e empresarial). A rigor, pessoas jurídicas de direito privado são apenas as associações, as fundações e as associações religiosas. Alguns aspectos das pessoas físicas e jurídicas, como o domicílio e os bens, são regulados e classificados.

Os fatos jurídicos – que, em si mesmos, são assunto de teoria geral do direito e não de teoria geral do direito civil, embora tradicionalmente, através dos séculos, tenham sido aqui tratados – são visualizados sobretudo a partir de sua categoria conceitual mais importante: o negócio jurídico. Os atos ilícitos, como espécie de ato jurídico, são abordados (inclusive a categoria do abuso de direito). Aspectos relativos ao plano da eficácia (como a condição, o termo e o encargo) são regulados. Também os defeitos do negócio jurídico recebem atenção (erro, dolo, coação, lesão, estado de perigo

e fraude contra credores). O plano da validade não é esquecido e é objeto de regramento através de suas duas espécies: nulo e anulável. O Código, por fim, na parte geral, traz normas sobre a prescrição e a decadência, além de regular, no título V, a matéria de prova. Enfim, conforme salienta Barbosa Moreira, “no que tange à estrutura, o Código Civil em geral mantém as características básicas do anterior, de inspiração, bem se sabe, germânica. Há uma Parte Geral e uma Parte Especial, dividida em cinco Livros¹³⁴.”

1.2. O que faz parte do direito civil atualmente?

“João, o tempo andou mexendo com a gente sim”.

Belchior

Trata-se de pergunta difícil. Já no primeiro capítulo abordamos, em mais de uma ocasião, a difícil questão da separação entre o direito público e o direito privado – há uma contínua interpenetração entre os ramos público e privado. Além disso, a aplicação, no direito civil, dos princípios constitucionais, torna ainda mais incerta a divisão (a dignidade humana, por exemplo, é princípio reitor não apenas nesse ou naquele campo jurídico, mas em todos). A aplicação direta dos direitos fundamentais às relações privadas, de igual modo, torna inadequado que tenhamos fronteiras rigorosas¹³⁵.

¹³⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O novo Código Civil e o direito processual. *Reflexos do novo Código Civil no direito processual*. DIDIER JR, Fredie; MAZZEI, Rodrigo (Coords). Salvador: Juspodivim, 2006, pp. 91-108, p. 94. Não é propriamente novidade que nós, brasileiros, temos o hábito mental de importar certas teorias (às vezes com décadas de atraso) como se fossem as últimas e mais importantes inovações teóricas. Importação frequentemente acrítica, frise-se. Em relação, particularmente, à predileção brasileira pelas categorias conceituais germânicas, cabe conferir a arguta crítica de Virgílio Afonso da Silva: “Não é difícil perceber que a doutrina jurídica recebe de forma muitas vezes pouco ponderada as teorias desenvolvidas no exterior. E, nesse cenário, a doutrina alemã parece gozar de uma posição privilegiada, já que, por razões desconhecidas, tudo o que é produzido na literatura jurídica germânica parece ser encarado como revestido de uma aura de cientificidade e verdade indiscutíveis”. (SILVA, Virgílio Afonso da. *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 116). É uma questão interessante e inteligente, que suscita sutil discussão. Mário de Andrade – talvez um dos mais poderosos nomes da cultura brasileira do século XX – escreveu que “a literatura científica alemã, Farias Brito que me desculpe, mas constitui, por assim dizer... a base física do espírito”.

¹³⁵ A respeito da aplicação direta dos direitos fundamentais às relações privadas, escreveu-se que “essa última é, a nosso aviso, a concepção que melhor se harmoniza com o sistema jurídico brasileiro; sobretudo se se considerar os princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade, da cooperação, da aplicação imediata dos direitos fundamentais (CF, art. 1º, III; 3º, I, 4º, IX, 5º§ 1º), entre outros. É esta, aliás, a tendência nos diversos ordenamentos jurídicos filiados

¹³³ AMARAL, Francisco. *Direito Civil. Introdução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, prefácio à quinta edição.

Se é extremamente difícil, nos nossos dias, distinguir o civil do não civil, como escrever sobre o *direito civil*? O direito civil mescla-se, por força dos fatos, com ramos ditos públicos, e não há sinal de retração nessa tendência. Ao contrário, o influxo convergente parece ser cada vez maior. De resto, tal tendência é tida como salutar pela doutrina especializada, que aponta os ganhos de uma consideração constitucionalizada das relações civis.

Nesse contexto, como dizer que algo é *puramente civil*? O puramente civil não existe. Os ramos se confundem no mundo atual. Legislativamente, não há espaços definidos (lembramos dos microsistemas, que conglobam, num mesmo diploma legislativo, normas de direito processual, penal, administrativo, do consumidor etc.). A separação rígida, no plano do direito legislado, perde a inflexibilidade que possuía no oitocentos. É certo que as interpenetrações sempre existiram. O que impressiona, hoje, é a intensidade. A dicotomia direito público e privado, como modelo teórico, está claramente envelhecida¹³⁶. Nosso estudo, contudo, ficaria operacionalmente inviável sem um conceito, razoavelmente claro, de direito civil. Identificá-lo não significa, portanto, absolutamente, negar as interpenetrações. É apenas um expediente teórico necessário para possibilitar um conhecimento, menos imperfeito, das relações jurídicas civis.

À vista disso podemos dizer que se o exercício do direito se dá por particular em face de outro particular, ou quando o Estado se relaciona paritariamente com o particular o direito é privado (independentemente do grau de intervenção estatal). Norma civil, portanto, para nós, é toda aquela relativa ao direito civil. Para fugir à tautologia, completemos: a identificação do que seja direito civil se faz, basicamente, por duas formas: *a*) por exclusão: será civil o que não for penal, administrativo, empresarial etc. Essa postura é possível mercê do caráter residual, de direito comum, que o direito civil sempre ostentou, sendo o mais antigo e o que mais rica sistemática possui¹³⁷; *b*) será civil o que

traduzir os princípios referentes à sua sistemática, consubstanciada na igualdade jurídico-formal entre os partícipes da relação¹³⁸.

Não é, portanto, a pessoa que participa da relação jurídica que definirá a natureza da relação (pessoas jurídicas de direito público podem ser objeto de relação jurídicas de direito privado). Mas a própria relação em si. O Estado, por exemplo, quando exige um tributo, põe-se em situação juridicamente diferenciada, investido de prerrogativas próprias (todas, porém, devem ser lidas atualmente à luz da Constituição). Já quando comparece, perante um particular, como locatário, submete-se à lei de locação, como qualquer outra pessoa. A natureza da relação jurídica civil-material pressupõe sujeitos de direito num plano formalmente igual. Podemos sintetizar do seguinte modo: é direito civil aquela relação jurídica em que os sujeitos de direito estão em plano formalmente igual, e nenhum dos polos da relação goza de posição prévia e juridicamente diferenciada (por exemplo, na relação tributária, o Estado se põe em plano formalmente superior; mesmo em relações de direito privado, como nas relações de consumo, a lei diferencia previamente: num dos polos estará o fornecedor, no outro, o consumidor. Sempre será assim).

1.3. O sistema aberto do direito civil: eticidade, socialidade e operabilidade

O direito civil, tradicionalmente, aprecia a ideia de sistema. Se ampliarmos um pouco o ângulo de análise vamos constatar que o próprio direito ocidental tem na ideia de sistema um paradigma de cientificidade¹³⁹. O próprio conceito de norma só faz sentido em relação a determinado sistema. Conforme veremos neste capítulo, os conceitos fundamentais – no sentido que Felix Somló confere ao termo¹⁴⁰ – tradicionalmente estiveram presentes nos debates da civilística. Desse modo, a teoria do fato jurídico, a teoria da relação jurídica, a teoria dos sujeitos de direito são temas que tradicionalmente

ao sistema romano-germânico” (GOMES, José Jairo. *Teoria Geral do Direito Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 18). Concordamos com o jurista, apenas registramos que na Alemanha costuma prevalecer a tese da eficácia indireta ou mediata dos direitos fundamentais nas relações privadas.

¹³⁶ De um lado, o direito privado recebe crescentes interferências do direito público: limitações de preços, imposição de padrões de qualidade, defesa do consumidor, numa palavra, intervencionismo. Por outro lado, o direito público crescentemente delega ao direito privado algumas de suas antigas competências: arranjos neocorporativos, assembleias de interessados, pactos setoriais (CAMPILONGO, Celso. *Direito e Democracia*. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 118).

¹³⁷ Já se percebeu argumentando que, “como frequentemente ocorre em ciência, noções assim valem mais pelo que recusam, não exatamente pelo que afirmam” (SUNDFELD, Carlos Ari. *A Administração Pública*

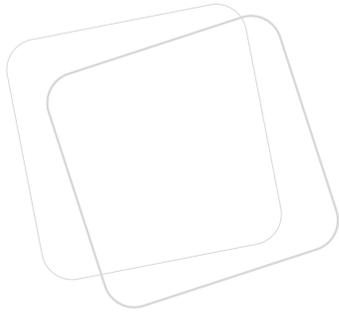
na era do direito global. *Direito Global*. São Paulo: Max Limonad, 1999, pp. 157/168, p. 157).

¹³⁸ Isso decerto não importa em privilegiar a hermenêutica do oitocentos, ideologicamente neutra, que a tantos abusos deu causa, a pretexto de realizar a igualdade formal. (NEGREIROS, Teresa Dicotomia Público-Privado frente ao problema da colisão de princípios. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, pp. 337/375, p. 338).

¹³⁹ KERCHOVE, Michel Van de; OST, François. *Le système juridique entre ordre et désordre*. Paris: PUF, 1988, p. 21.

¹⁴⁰ SOMLÓ, Felix. *Juristische grundlehre*, 1927, p. 8/10. *Apud*. VILANOVA, Lourival. *Estruturas Lógicas e o Sistema do Direito Positivo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1977, p. 132.

PARTE GERAL



DIREITOS DA PERSONALIDADE

1. DOS BENS MATERIAIS AOS BENS IMATERIAIS

“A cozinheira é Jandira. Mas esta é forte. Tão forte que é vidente. Uma de minhas irmãs estava visitando-me. Jandira entrou na sala, olhou sério para ela e subitamente disse: ‘A viagem que a senhora pretende fazer vai se realizar, e a senhora está atravessando um período muito feliz na vida’. E saiu da sala. Minha irmã olhou para mim, espantada. Um pouco encabulada, fiz um gesto com as mãos que significava que eu nada podia fazer, ao mesmo tempo em que explicava: ‘É que ela é vidente’. Minha irmã respondeu tranquila: ‘Bom. Cada um tem a empregada que merece’”.

Clarice Lispector

O elemento unificador do direito civil, por séculos, não foi a pessoa, e sim a propriedade. Ao se falar, atualmente, em repersonalização, este é o sentido das mudanças: colocar a pessoa humana no centro do sistema civil-material. Não se pretende, com isso, em absoluto, negar o caráter patrimonial de muitas das relações jurídicas que caracterizam o direito civil – seria ingênuo e até absurdo. Não devemos em postura maniqueísta – fácil de adotar no discurso, mas raramente vivenciada – demonizar os interesses patrimoniais. Os interesses patrimoniais não só recebem proteção constitucional como são, muitas vezes, o caminho para a realização de certos interesses existenciais. Todos nós desejamos, de certo modo, algum grau de independência financeira, até para que possamos “tomar as rédeas” da própria vida. É difícil ser livre quando não se tem dinheiro para o básico,

para o aluguel, para cursar determinada faculdade privada, quando não se consegue vaga na pública. Nem falamos, aqui, das necessidades primárias como a alimentação. Rubem Braga, com a ironia de sempre, diagnosticou: “A melhor coisa de ter dinheiro é não ter que pensar, a todo momento, em dinheiro”.

Aliás, se pensarmos bem – ainda sob um prisma puramente econômico – hoje os bens mais valorizados financeiramente não são apenas físico-materiais: estão, em grande parte, ligados a bens imateriais (mercado de ações, por exemplo). Há, nesse sentido, uma progressiva desmaterialização dos bens. Não por acaso, adolescentes e jovens tornam-se milionários (ou bilionários), da noite para o dia, com a criação de *aplicativos*.

Falando dos direitos da personalidade: sabemos, hoje, com toda clareza, que os bens mais valiosos, sob um prisma valorativo, não são aqueles patrimoniais, mas existenciais. Essa é talvez a mais paradigmática mudança no direito civil das últimas décadas. Não se trata de tornar menos importantes os bens patrimoniais, mas apenas de valorizar, de modo intenso e hermeneuticamente decisivo, os bens, valores e interesses ligados à tutela da pessoa humana. A teoria da personalidade, a teoria das incapacidades, a teoria do fato jurídico, tudo isso é atingido e ganha novas cores com uma concepção sistematicamente mais aberta do direito civil. Não só: propriedade, obrigações, famílias, sucessões, praticamente em todos os campos temáticos ocorreram significativos movimentos hermenêuticos, com claras consequências práticas resultantes da *repersonalização* e da *despatrimonialização* do direito civil. Enfim, como anteviu Pontes de Miranda, com

a teoria dos direitos da personalidade alcançou-se “um dos cimos da dimensão jurídica”¹. Trata-se, certamente, de categoria histórico-conceitual que opera sobretudo com o *ser*, e não com o *ter*. Por isso, talvez, tenha demorado tanto, historicamente falando, para surgir. É que, como dissemos, o elemento unificador do direito civil, por séculos, não foi a pessoa, e sim a propriedade.

2. A CONSTRUÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE: CONTRAPONDO A DIGNIDADE AO HORROR

“Entre a guerra e a paz eu escolhi a paz, assim eu decidi dentro do meu coração. Portinari, estou certo, sentiu o mesmo. Os cavaleiros que passam armados – minha amiga notou – não são guerreiros de verdade, são imagens que parecem estar mais no espírito das mulheres. É uma guerra subjetiva, em que se representa mais a tristeza que a violência. A guerra pintada por um pacifista”.

Rubem Braga

Os direitos da personalidade são direitos indisponíveis, direitos formulados de modo cogente. Se alguém, por exemplo, concorda em ser mutilado e morto durante a gravação de certo filme, a pretexto da liberdade de expressão, isso não impedirá a responsabilização civil e penal dos agressores. Há, é verdade, atualmente, intensa discussão a respeito dos limites da autodeterminação, mas essa há de ser compatibilizada sempre com a dignidade humana, à luz de cada contexto histórico. Historicamente, os direitos fundamentais foram formulados como formas de se exigir omissões dos poderes públicos².

Há direitos que, como categoria histórica, surgem como que em resposta a determinadas experiências – geralmente profundas e marcantes – vividas por determinada sociedade, ou mesmo pela espécie humana como um todo, naquilo que significa partilhar dores, lembranças e lições em comum. O nazismo foi uma dessas tenebrosas experiências – que, como quase todas as dores, encerram lições. Podemos, porém, sem dúvida, encontrar conexões históricas anteriores – como, por exemplo, com o Iluminismo.

A dignidade humana – como formulação jurídica – e a categoria conceitual dos direitos da personalidade surgiram como a resposta possível

que a humanidade – e a própria Alemanha – resolveram dar ao problema³. Já vimos bem, com terríveis lentes brutais, aonde categorias neutras formais, duramente positivas podem nos levar. A isso contrapusemos valores e direitos e índole substantivo-material, representados fundamentalmente pelas cláusulas gerais da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social. O livre desenvolvimento da personalidade há de contar, inegavelmente, com a proteção jurídica.

Seja como for, não se trata de algo dado, mas construído. Historicamente construído. Os direitos da personalidade, nesse contexto, são uma construção jurídica relativamente recente, fruto dos estudos da doutrina germânica e francesa, especialmente após a Segunda Guerra. A Alemanha, em especial, sentiu a necessidade de dar resposta ao mundo diante do terror que – sob a silenciosa complacência da ordem jurídica então vigente – se produziu. Não ficamos, porém, apenas na dimensão ética ou religiosa: demos um passo além. Hoje, fez-se jurídica a proteção, com normas imperativas e cogentes. Negar ou esvaziar os direitos da personalidade é atentar contra os pilares da ordem jurídica interna e supranacional. Não se trata, por certo, de assegurar esses direitos apenas formalmente (lembramos, por exemplo, que a primeira Constituição brasileira previa o princípio da igualdade – art. 178, XIII. Isso, porém, não impediu que sob sua vigência tivéssemos a mácula da escravidão)⁴. Bobbio, aliás, costumava ponderar que o problema mais grave do nosso tempo, em relação aos direitos fundamentais, não era mais o de justificá-los, mas sim o de protegê-los⁵.

³ Conferir: HOFFMAN, Hasso. La promessa della dignità umana. La dignità dell'uomo nella cultura giuridica tedesca. *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*. Roma, pp. 620-650, out./dez 1999. Os códigos civis dos séculos passados, de modo geral, não faziam menção aos direitos da personalidade. Os códigos civis francês, alemão e italiano eram silentes. Com o pós-guerra, os códigos foram aos poucos reformados, passando a prever a nova categoria. Relevante contribuição foi produzida no direito alemão.

⁴ O que não impediu que os melhores espíritos se colocassem contra esse estado de coisas. Teixeira de Freitas – talvez o maior jurista que tivemos, ao lado de Pontes de Miranda – recusou-se, ainda no século XIX, a inserir a escravidão no seu monumental projeto de Código Civil. Escreveu belamente: “Cumprir advertir que não há um só lugar do nosso texto, onde se trate de escravos. Temos, é verdade, a escravidão entre nós; mas, se esse mal é uma exceção que lamentamos, e que já está condenado a extinguir-se em uma época mais ou menos remota, façamos também uma exceção, um capítulo avulso, na reforma das nossas leis civis, não as maculemos com disposições vergonhosas, que não podem servir para a posteridade” (TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Consolidação das Leis Civis*. Rio de Janeiro: Typographia Universal de Laemmert., 1859, p. XI, ortografia por nós atualizada).

⁵ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992, p. 25. Edward Telles diagnostica que uma sociedade democrática precisa de leis que possam, efetivamente, assegurar os direitos de todos os cidadãos, especialmente os mais desprotegidos. No Brasil, como no resto da América Latina, há uma

¹ PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. T., 7. Rio de Janeiro: Borsoi, p. 6.

² BARILE, Paolo. *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*. Bologna: Il Molino, 1984.

3. COMPREENDENDO O CONCEITO DE PESSOA: UM PASSO ALÉM DO FORMALISMO

Por muitos séculos, o direito civil apenas se ocupou do sujeito de direito, isto é, a pessoa como aquele ente que pode titularizar uma relação jurídica, no polo ativo ou passivo, como sujeito de direito e deveres (subjativos). Esse conceito não deixou de existir, pelo contrário. Continua a existir e reflete uma realidade, normativa e conceitual, importante. Apenas não pode ser encarado sob um prisma puramente estrutural e formal.

Em sentido semelhante, argumenta-se que “a rigor, há dois sentidos técnicos para o conceito de personalidade. O primeiro associa-se à qualidade de ser sujeito de direito, conceito aplicável tanto às pessoas físicas quanto às jurídicas. O segundo traduz o conjunto de características e atributos da pessoa humana, considerada objeto de proteção privilegiada por parte do ordenamento, bem jurídico representado pela afirmação da dignidade humana, sendo peculiar, portanto, à pessoa natural”⁶. Para concretizar, efetivamente – e não só no discurso – o princípio da dignidade, será fundamental que trabalhe não só com a solidariedade social, mas também com a igualdade. Estrutural e funcionalmente é preciso repensar e desenvolver o princípio da igualdade substancial.

Passamos da estrutura à função⁷. E isso se reflete em vários institutos e conceitos. Entre eles o ser pessoa. Não mais olhamos o sujeito isolado, mas situado. Não só o texto, mas o contexto. Não só a estrutura, mas a função. Para bem compreender a função, é fundamental não analisar a pessoa apenas em sua dimensão isolada, mas situada, nas dimensões sociais, coletivas, de modo funcionalmente dinâmico. Como dissemos, a ideia de personalidade jurídica está ligada à ideia de sujeito de direito. Essa ligação continua importante, mas não

é, hoje, suficiente. Conforme escrevemos em outra ocasião, “personalidade jurídica é, assim, muito mais do que, simplesmente, poder ser sujeito de direitos. Titularizar a personalidade jurídica significa, em concreto, ter uma tutela jurídica especial, consistente em reclamar direitos fundamentais, imprescindíveis ao exercício da vida digna. Em necessária perspectiva civil-constitucional, a personalidade não se esgota, destarte, na possibilidade de alguém (o titular) ser sujeito de direitos, mas, por igual, relaciona-se com o próprio ser humano, sendo a consequência mais relevante do princípio da dignidade do ser humano”⁸.

3.1. As múltiplas dimensões normativas da dignidade

A dignidade humana, como princípio normativo, projeta múltiplas dimensões horizontais e verticais, no direito público e privado, impondo não só abstenções (não violar a dignidade) mas também, cada vez mais, ações (no sentido de promovê-la). A dignidade é protetiva e promocional. É protetiva no sentido de garantir a todo ser humano um tratamento respeitável, não degradante, tutelando sua integridade psicofísica. É promocional no sentido de viabilizar condições de vida para que a pessoa adquira liberdade e possa projetar a direção que queira em sua existência.

Dworkin lembra que a dignidade possui “tanto uma voz ativa como uma voz passiva, que estão conectadas”. A dignidade é simultaneamente limite e tarefa. Como limite (proteção), veda-se a *coisificação* do ser humano. Como tarefa (promoção) faz surgir deveres concretos de tutela por parte do Estado. Há direito fundamental às condições materiais que assegurem vida com dignidade. Um mínimo não apenas no sentido da sobrevivência física, mas sociocultural. Aliás, sabemos que só há real dignidade se houver padrões mínimos de liberdade e de igualdade material. O mínimo existencial é indissociável do conceitual atual de dignidade humana. Lembre-se ainda que os valores existenciais relativos à dignidade só são verdadeiramente resguardados se o forem preventivamente, e não só de modo repressivo e posteriormente imperfeito.

Dissemos acima que como tarefa (promoção) a dignidade faz surgir deveres concretos de tutela por parte do Estado. Essa dimensão positiva (eficácia ativa) da dignidade projeta efeitos normativos

persistente separação entre a democratização formal e a aplicação da lei (TELLES, Edward E. *O significado da raça na sociedade brasileira*. Trad. Ana Arruda Callado. Princeton e Oxford: Princeton University Press, 2012, p. 197).

⁶ BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de; TEPE-DINO, Gustavo. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. V. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 4. Argumenta-se ainda que os direitos de personalidade consistem na proteção de atributos da personalidade humana. Cf. SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos da personalidade e sua tutela*. São Paulo: RT, 2005, p. 20.

⁷ BOBBIO, Norberto. *Dalla Struttura alla Funzione*. Milano: Edizione de Comunità, 1977. Ver ainda: FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez. Madrid: Trotta, 1999, pp. 73-96; PERLINGIERE, Pietro. *Perfis de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 44; SEN, Amartya. *Desarrollo y Libertad*. Planeta: Barcelona, 2000.

⁸ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*. v. 1. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 17.

em outros direitos fundamentais sociais, como a segurança pública (que não tem sido, certamente, um dever levado a sério, entre nós).

Ainda a propósito da igualdade – e de suas conexões normativas com a dignidade – convém frisar que a igualdade, hoje, é encarada sob uma perspectiva concreta e não apenas abstrata. Nossa Constituição tem como objetivos fundamentais construir uma sociedade livre, justa e solidária (CF, art. 3º, I), garantir o desenvolvimento nacional (CF, art. 3º, II), erradicar a pobreza, a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais (CF, art. 3º, III), promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (CF, art. 3º, IV). A descrição da norma constitucional permite perceber que a igualdade aí consagrada é substancial (e não formal). Convém lembrar que a igualdade substancial, no Brasil, não é um dado de realidade, é um objetivo a ser buscado e construído. E a igualdade não se restringe à proibição de exclusão. Igualdade é também obrigação de inclusão.

4. AS DEMOCRACIAS CONSTITUCIONAIS CONTEMPORÂNEAS E AS ESFERAS AUTODETERMINATIVAS

Já mencionamos o ponto anteriormente (em mais de uma oportunidade, neste livro). Hoje cada vez mais a *liberdade de escolhas existenciais fundamentais* surge como um bem jurídico de extraordinária valia. Nas sociedades democráticas, prevalece – ou deve sempre prevalecer – o direito de escolha acerca do próprio destino. Ou seja, cada ser humano é livre para escrever, com as tintas que preferir, seus caminhos, suas trajetórias, suas buscas⁹.

O livre desenvolvimento da personalidade está, em boa medida, relacionado à autodeterminação. Ser livre – ou pelo menos um dos aspectos da plurissignificativa expressão – é poder definir o livro da própria vida, escolher o rumo das escolhas íntimas fundamentais, naquilo que perfaz o presente e, em grande parte, o futuro. Somos, em grande parte, fruto de nossas escolhas. Aliás, um escritor francês disse que achamos difícil ser felizes porque enxergamos o passado melhor do que ele foi, o presente pior do que é, e o futuro menos resolvido do que será.

O direito civil de hoje cada vez mais reconhece no ser humano uma fonte de escolhas íntimas que deverão ser respeitadas. Com autonomia moral,

racional e existencial. Nossos projetos de vida, nossas situações existenciais, são espaços juridicamente resguardados. As democracias constitucionais contemporâneas reconhecem – e valorizam – uma ampla esfera autodeterminativa para o ser humano¹⁰.

Enfim, a herança cultural que o direito atual deixará às futuras gerações, além de um crescente diálogo ético, será o respeito ao pluralismo.

5. DISTINGUINDO DIREITOS DA PERSONALIDADE, DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITOS HUMANOS

As três expressões – direitos humanos, direitos fundamentais e direitos da personalidade – refletem realidades convergentes. Quando as diferentes expressões dizem respeito a fenômenos idênticos, a diferença é apenas terminológica. Porém, mesmo a diferença terminológica está ligada, sobretudo, a uma diferença de abordagem (historicamente, os direitos humanos e os direitos fundamentais foram construídos, pelo menos na fase inicial, como direitos oponíveis ao Estado). As expressões, portanto, muitas vezes, dizem respeito a fenômenos idênticos, embora nem sempre. Há, porém, distinções que vão além da terminologia.

Direitos humanos é uma expressão que tende a constar em tratados internacionais, sendo também muito invocada em outros ramos do direito, de uso mais raro, porém, no direito civil.

Abrangem não só os direitos da pessoa humana em si mesma (vida, honra, intimidade), mas também os direitos sociais – direito ao trabalho, por exemplo –, e também os direitos políticos – como o direito de participar ativamente da vida política do Estado, por exemplo. Não é difícil perceber, nesse contexto, que os direitos humanos gozam de espectro temático mais amplo que os direitos da personalidade. Os direitos humanos, em perspectiva histórica, exigiam inicialmente abstenções estatais, eram direitos dirigidos apenas ao Estado¹¹. O ca-

⁹ Conferir: FRIEDMAN, L. M. *The Republic of Choice: Law, Authority and Culture*. Cambridge: Harvard UP, 1990.

¹⁰ Conferir, a propósito: RODOTÀ, Stefano. *La vida y las reglas. Entre el derecho y el no derecho*. Traducción de Andrea Greppi. Madrid: Editorial Trotta. 2010, especialmente o ensaio *El derecho y su limite*, p. 25-71. Conferir ainda: AMARAL, Francisco. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectiva estrutural e funcional. *Revista de Direito Civil*. São Paulo, n. 46, pp. 07-26, out.-dez. 1988.

¹¹ Vale citação clássica do Ministro Celso de Mello: “Enquanto os direitos de primeira geração (direitos civis e políticos) – que compreendem as liberdades clássicas, negativas ou formais – realçam o princípio da liberdade e os direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais) – que se identificam com as liberdades positivas, reais ou concretas – acentuam o princípio da igualdade, os direitos

minhar histórico revelou que eles são dirigidos não só contra o Estado, mas também contra os demais particulares. Ademais, a postura estatal não deve ser apenas de abstenção (não os violar), mas hoje, cada vez mais, de ação (promovê-los e evitar que os demais particulares os violem).

Os direitos fundamentais são direitos humanos que lograram inserção nos textos constitucionais. São direitos consagrados, portanto, nas constituições. Há um passo além, em relação a eles, na direção da normatividade. Lembremos que nossa Constituição, no Título II, consagra os direitos e garantias fundamentais. Estamos diante, aí, de direitos fundamentais. O direito ao *habeas corpus*, por exemplo, é um direito fundamental (Constituição Federal, art. 5º, LXVIII). Sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder. Os direitos humanos, nesse sentido, são consagrados em tratados internacionais, ao passo que os direitos fundamentais são consagrados nas constituições dos países, podendo variar de um para outro (lembremos, por exemplo, que o direito de portar armas é um direito fundamental nos Estados Unidos, garantido pela Segunda Emenda).

Já os direitos da personalidade são os direitos fundamentais, estudados e desenvolvidos pela doutrina do direito privado, a partir de Otto Von Gierke. Não só, por certo, na doutrina, mas também e sobretudo nas normas jurídicas civis. Possuem forte ligação com a proteção da dignidade humana, em suas múltiplas dimensões, materiais e imateriais. Francisco Amaral pondera que todos os direitos da personalidade são direitos fundamentais, mas não o inverso¹² (há, por exemplo, direitos políticos que são direitos fundamentais, mas não são direitos da personalidade).

de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos direitos humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexauribilidade (STF, Pleno, MS 22.164, Rel. Min. Celso de Mello). Consultar, sobre o tema, COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999.

¹² Assim, “cabe destacar que os direitos da personalidade surgiram nos textos fundamentais como *direitos naturais* ou *direitos inatos*, que se denominam inicialmente *direitos humanos* assim compreendidos os direitos inerentes ao homem. Alguns desses direitos humanos são positivados nos textos constitucionais, passando a chamar-se *direitos fundamentais*, como objetivo de especial garantia em face do Estado. Os direitos fundamentais seriam um núcleo ou círculo mais restrito de direitos humanos especialmente protegidos pela Constituição” (AMARAL, Francisco. *Direito Civil. Introdução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 257). Paulo Lôbo argumenta que “nem todos os direitos fundamentais, corporificados ou não na Constituição, são direitos da personalidade” (LÔBO, Paulo. *Direito Civil. Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 137).

Em geral, esses direitos acima mencionados eram direitos protegidos apenas no âmbito do direito público (no direito constitucional e, antes, no direito penal). Punia-se o homicídio, punia-se a lesão corporal, punia-se a calúnia etc. Limongi França percebeu que até a definição dos direitos da personalidade pelos juristas alemães, “só lhes reconhecia a tutela pública, através dos direitos constitucional e penal”¹³. A partir do final do século XIX, no entanto, o direito civil percebeu que essas violações infringiam, também, normas de direito civil.

5.1. Discriminação de fato e discriminação indireta (teoria do impacto desproporcional)

*“Não me peça que lhe faça uma canção
como se deve Correta, branca, suave,
muito limpa, muito leve”.*

Belchior

Daniel Sarmento menciona as duas teorias em valioso estudo acerca da igualdade étnico-racial no direito constitucional brasileiro¹⁴. Lembremos que a igualdade, hoje, é encarada sob uma perspectiva concreta e não apenas abstrata. E que – ao contrário do que às vezes se afirma – nossa Constituição contempla a igualdade não apenas formal, mas substancial, como fica claro a partir da leitura do art. 3º. Também já mencionamos que a igualdade substancial, sobretudo no Brasil, não é um dado de realidade, é um objetivo a ser buscado e construído.

A “discriminação de fato”, porém, não é uma hipótese de igualdade *na lei*, mas sim *perante a lei*. Não se trata de postular a invalidade do ato normativo por violação da isonomia. Mas apenas constatar que a lei, embora válida, tem sido, na prática, aplicada de modo sistematicamente prejudicial a determinado grupo (aí, portanto, reside a discriminação). Se, por exemplo, conforme menciona o autor, for estatisticamente comprovado que a polícia realiza revistas pessoais em negros com frequência muito superior àquela praticada em outros cidadãos. Há, aí, sem dúvida, violação ao princípio da igualdade.

¹³ FRANÇA, Rubens Limongi. *Manual de Direito Civil*. v. 1. São Paulo: RT, 1971, p. 322. Francisco Amaral afirma, de modo luminoso, que “por terem guarida no texto constitucional, pode reconhecer-se que os direitos da personalidade são o *terreno de encontro privilegiado entre o direito privado, as liberdades públicas e o direito constitucional*”.

¹⁴ SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais: estudos de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, especialmente páginas 147-153.

Já na “discriminação indireta” (*teoria do impacto desproporcional*) há uma medida, pública ou privada, que embora pareça neutra, na verdade não é. A diferença entre a “discriminação de fato”, abordada no parágrafo anterior, e a “discriminação indireta” (*teoria do impacto desproporcional*), é que esta não comporta aplicação harmônica com o princípio da igualdade (no exemplo anterior, a norma que permite que a polícia realize revistas pessoais nos carros pode ser aplicada de modo compatível com a igualdade). Um exemplo possível – julgado pelo STF, embora sob diversa fundamentação – é o seguinte: determinada norma previa que a Previdência Social só responderia por determinado valor (mínimo) da licença da gestante. O resto ficaria sob responsabilidade do empregador. Essa medida, embora aparentemente neutra, na prática teria um claro efeito perverso: os empregadores evitariam, por certo, contratar mulheres, sobretudo se em idade fértil¹⁵.

6. QUAL A TERMINOLOGIA MAIS ADEQUADA? ENTENDENDO AS INTEGRIDADES FÍSICA, MORAL E INTELECTUAL

“Todo mundo tem vários problemas emocionais, grandes e pequenos. A maioria não é consciente, mas sempre condiciona nosso comportamento”.

Joseph Ross

Não há, em relação aos direitos da personalidade, um consenso quanto à terminologia mais adequada para exprimir o fenômeno dos direitos que se apresentam como essenciais à dignidade e integridade humanas (sabemos, aliás, que os consensos são cada vez mais raros na experiência jurídica contemporânea). Pode-se, porém, apontar que a expressão “direitos da personalidade” é

largamente usada entre nós, particularmente no direito civil (e foi, ademais, consagrada no Código Civil, no capítulo que vai do art. 11 ao art. 21).

Como resume Carlos Alberto Bittar, alguns autores inclinam-se por denominar *direitos essenciais da pessoa* (Ravà), *direitos pessoais* (Bruns) e *direitos personalíssimos* (Pugliati, Chiovenda e Rotondi). No entanto, a expressão dotada de maior técnica e consagrada na doutrina brasileira (Orlando Gomes, Limongi França e Antônio Chaves) e estrangeira (De Cupis e Gierke) tem sido, realmente, “*direitos da personalidade*”. Cabe mencionar que a paternidade da expressão “direitos da personalidade” é atribuída a Otto Gierke.

Seja como for, podemos caracterizar os direitos da personalidade como direitos subjetivos cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim seus prolongamentos e projeções (por isso, Donellus os tinha como *iura in persona ipsa*)¹⁶. Os direitos de personalidade, na formulação tradicional, surgem no instante do nascimento com vida e cessam com a morte. Hoje, porém, cada vez mais – conforme veremos –, discute-se os reflexos dos direitos da personalidade *antes* do nascimento (a questão não só do nascituro, mas também dos embriões) e também *depois* da morte (a questão, por exemplo, entre outras, da imagem da pessoa falecida).

Hoje é muito conhecida a distinção que se faz – a respeito dos direitos da personalidade – em direitos à integridade física, moral e intelectual (com várias espécies). A distinção remonta a Limongi França. Hoje, porém, não se deve continuar a tratar a matéria da mesma forma que era tratada há algumas décadas. É preciso inserir, nas classificações, os novos direitos que a doutrina e a jurisprudência mais atentas vêm revelando. Assim, a integridade física (abrangendo, por exemplo, dentre outros, o direito à vida, ao corpo, a partes separadas do corpo, ao corpo mesmo sem vida, o direito à verdade sobre a própria origem genética etc.), a integridade intelectual (compreendendo, por exemplo, dentre outros, a liberdade de pensamento e de expressão, a liberdade religiosa, o direito autoral – qualquer que seja a espécie da criação artística ou científica) e o direito à integridade moral ou psíquica (compreendendo, por exemplo, dentre outros, direito à imagem, à honra, à privacidade etc. Além do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, o direito à autodeterminação informativa, o direito

¹⁵ Um outro exemplo citado pelo autor: “A Corte Europeia de Justiça também tem usado a teoria do impacto desproporcional para coibir as discriminações indiretas no campo da igualdade de gênero. O primeiro precedente ocorreu no julgamento do caso 170/84, *Bilka-Kaufhaus vs. Von Hartz*, em que se discutia a validade de um sistema privado de pensão mantido por empresa germânica, o qual negava o benefício a empregados que trabalhassem em regime de tempo parcial, à luz do art. 119 do Tratado de Roma, que garante a igualdade entre mulheres e homens em relação ao trabalho. Embora não houvesse ali explícita discriminação de gênero, a Corte entendeu que seria inválido o sistema, porque afetaria de forma muito mais intensa as mulheres do que os homens, já que são elas as que, na grande maioria dos casos, trabalham em regime parcial” (obra citada, p. 150). Também no Brasil, de modo progressivo, os tribunais parecem cada vez mais sensíveis aos impactos reais de determinadas medidas em relação à igualdade substancial.

¹⁶ FRANÇA, Rubens Limongi. Direitos da Personalidade. *Revista dos Tribunais*, n. 567, p. 9, jan. 1983.