

A REPERSONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL A PARTIR DA PERSPECTIVA DO DIREITO CIVIL CONSTITUCIONAL

Geraldo Frazão de Aquino Júnior[†]

Sumário: 1 Introdução. 2 Intervenção estatal nas relações privadas. 3 Constitucionalização dos principais institutos de direito civil. 4 Constitucionalização x Publicização. 5 Tradição patrimonialista do direito civil e as tendências de repersonalização. 6 A tutela da personalidade. 7 A tutela da personalidade no código civil. 8 Considerações finais: a insuficiência das orientações doutrinárias tradicionais.

Resumo: O presente trabalho tem por objeto o estudo da repersonalização do direito civil tendo em conta a perspectiva do direito civil constitucional que, diante da necessidade de deslocar a preocupação do indivíduo para as atividades por ele desempenhadas, exige nova hermenêutica do direito positivo, visando adequá-lo aos valores expressos pela Constituição Federal. Em síntese, a pesquisa busca evidenciar o deslocamento axiológico-interpretativo do Código Civil para a Constituição, firmando-se a personalização como um movimento de valorização e centralidade do ser humano na ordem jurídica.

Palavras-chave: Repersonalização. Direito Civil

[†] Graduado em Direito e em Engenharia Elétrica pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE. Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental pela Escola Nacional de Administração Pública (ENAP). Especialista em Direito Público pelo ATF Cursos Jurídicos/Faculdade Maurício de Nassau. Ex-Professor de Direito Administrativo do ATF Cursos Jurídicos. Mestre em Direito e em Engenharia Elétrica pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE. Doutorando em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE. Analista do Banco Central do Brasil.

Constitucional. Constitucionalização. Tutela da Personalidade.

Abstract: The object of this paper is the study of the repersonalization of the civil law taking into account the perspective of the civil constitutional law that, in view of the necessity of dislocating the preoccupation from the individual to the activities performed by him, demands a new hermeneutics of the positive law, aiming to adapt it to the values expressed in the Federal Constitution. In brief, the research tries to evidence the axiologic and interpretative dislocation from the Civil Law to the Constitution, establishing the personalization as a movement of valorization and centralization of the human being in the juridical order.

Keywords: Repersonalization. Civil Constitutional Law. Constitutionalization. Personality Tutelage.



1 INTRODUÇÃO

O caminhar evolutivo do direito civil atravessa a história do direito romano-germânico há mais de dois mil anos; é um fenômeno cultural caracterizado pela historicidade (formando-se gradativamente ao longo da história da civilização ocidental) e pela continuidade (mantendo-se como processo constante de modo a propor soluções para os problemas que lhe são próprios). Foi formado, inicialmente, pelas reiteradas decisões dos juízes romanos e transformou-se, por grande esforço de abstração, em regras gerais que vieram a constituir-se no direito positivo de cada povo (AMARAL, 2003, p. 110-111).

Diante da necessidade de unificar e uniformizar a

legislação vigente, dando-lhe mais estabilidade, iniciou-se o processo de codificação, fruto do pensamento jusracionalista que via nos códigos instrumentos de planejamento global da sociedade. Os códigos tinham a pretensão de constituir-se em um sistema de regras organicamente coordenadas, agrupadas em institutos e visando à generalidade e à plenitude. Sua finalidade era simplificar o sistema jurídico, facilitar a aplicação do direito e permitir a elaboração de princípios gerais do ordenamento. No âmbito do direito privado, ocupava o centro da disciplina social, realizando o espírito da época consubstanciado no individualismo jurídico próprio do pensamento liberal.

No caso brasileiro, o Código Civil de 1916 foi inspirado no Código de Napoleão, alicerçado nos paradigmas do individualismo e do voluntarismo que marcaram a história contemporânea (DONEDA, 2003, p. 37-42). Naquela época, a tônica jusprivatista do Estado liberal era o indivíduo como núcleo do qual irradiavam as relações jurídicas. O pleno gozo da liberdade de contratar, de ser proprietário, de fazer circular as riquezas e de adquirir bens retratam o pano de fundo do momento histórico ao qual o Código Civil de 1916 não se furtou de abraçar, traduzindo os valores consagrados no final do século XIX e início do século XX. O campo dos valores estava assentado no tripé patrimonialismo, individualismo e voluntarismo: o código voltava-se a proteger, preponderantemente, os direitos individuais da classe burguesa, tutelando, em especial, a propriedade, o contrato e a família.

O Estado, por seu turno, abstinha-se de intervir na ordem econômica, cabendo à iniciativa privada definir o modo de produção e de desenvolvimento a serem seguidos, o que privilegiava seus próprios interesses e atendia às exigências da economia capitalista. O livre mercado (*laissez faire, laissez passer*) foi o terreno fértil no qual frutificou a desmedida liberdade de contratar, em cujo cenário irrompeu o fosso entre

a igualdade formal e a material, solidificando a concentração de poder e riqueza em ínfima parcela da sociedade. A circulação de riqueza, proporcionada pelo contrato, ficava, então, adstrita àqueles que detinham o capital.

O Código Civil, então, cumpria o papel de Constituição do direito privado, apartando o poder público dos particulares, uma vez que a ingerência daquele no âmbito de atuação destes era minimizada: o direito público não interferia no privado. O Código almejava a completude e cumpria o papel de estatuto único das relações privadas. Essa atribuição vinha ao encontro da tão desejada “segurança jurídica” quanto à disciplina balizadora dos negócios, garantindo regras estáveis, para não dizer imutáveis, nas relações econômicas. Desse valor segurança jurídica nasceu a pretensão de estabilidade dos códigos, considerados como capazes de abarcar toda a múltipla gama das relações jurídicas privadas (LORENZETTI, 1998, p. 42).

Essa era de segurança e estabilidade marcou o Estado liberal, caracterizado pela separação de poderes, pela limitação do poder político, pela garantia dos direitos individuais e pela distinção entre direito público e privado. Tinha por função essencial garantir os direitos individuais, principalmente a liberdade e a propriedade. No entanto, esse paradigma começa a desvanecer, na Europa, já na segunda metade do século XIX, trazendo reflexos, no Brasil, a partir do primeiro quartel do século XX.

2 INTERVENÇÃO ESTATAL NAS RELAÇÕES PRIVADAS

Com a intervenção crescente do poder público nas relações privadas, deflagradas pelos movimentos sociais e pelo processo de industrialização então nascente, o Estado liberal dá lugar ao Estado social, marcado pelo princípio da solidariedade. Referência dessa época, a Constituição de

Weimar (1919) preconizava a tutela dos direitos sociais e priorizava a justiça social e a supremacia da segurança coletiva sobre a individual. Foi a primeira das constituições europeias a preocupar-se profundamente com a questão social.

Com o advento do Estado social ou intervencionista, a codificação civil-liberal vê-se abalada em seus fundamentos. Os princípios sociais, em especial o da solidariedade social, passam a ditar a realidade socioeconômica, dirigindo-a de modo a estar em estreita correlação com as exigências fundamentais de justiça e de garantia de uma existência digna a todos. O Estado, com o fito de reequilibrar as forças sociais, faz uso de leis extracodificadas para aplacar as demandas contingentes e conjunturais. Essas leis excepcionais, apesar de eventualmente contrariarem o Código, não lhe tiravam o papel de ordenador único das relações privadas: a completude almejada ainda perdurava (TEPEDINO, 2004b, p. 4).

Essa completude não foi abalada, naquele momento, em virtude de a legislação emergencial ter caráter casuístico, abordando apenas determinados pontos, sem que se alterasse substancialmente a centralidade do Código. No entanto, pouco a pouco, ainda na primeira metade do século passado, grande número de leis extravagantes – sem caráter emergencial – passou a normatizar matérias não reguladas pelo Código. Essas leis especiais caminhavam lado a lado com as normas codificadas, fazendo com que estas não mais representassem o direito exclusivo regulador das relações privadas. Tendo em conta seu caráter de especialização, essas leis serviram de instrumento para que o legislador efetivasse as intervenções assistencialistas características do Estado social, levadas a efeito em consonância com a Carta Constitucional de 1934. Esse fenômeno ficou conhecido como dirigismo contratual. Dá-se uma ruptura entre o instrumental teórico próprio da dogmática jurídica e a realidade econômica: os novos fatos sociais exigiram dos operadores do direito uma atuação no

sentido de adaptá-lo à realidade para a qual o Código não estava preparado. Daí, sob a égide da ordem pública, o Estado ia ampliando sua ação interventiva na esfera privada.

Essa ampliação vai ao encontro dos movimentos sociais surgidos em função das crescentes dificuldades econômicas, em especial após a Grande Depressão. Os princípios e normas que estabeleciam deveres sociais e que asseguravam o primado do social sobre o individual passaram a ser inseridos no corpo da Constituição, delimitando o alcance de importantes institutos do direito privado, a exemplo da família, da propriedade e do contrato. Essa mudança de paradigma é bem representada pela Constituição de 1946.

Nessa nova configuração, temas que eram reservados exclusivamente ao Código Civil passam a fazer parte do texto constitucional e da legislação extracodificada: a antiga centralidade do Código cai diante da necessidade de deslocar a preocupação central do indivíduo para as atividades por ele desempenhadas, assim como de garantir os objetivos sociais e econômicos definidos pelo Estado. Em certos setores, subtraem-se do Código determinadas matérias, que passaram a ser disciplinadas por leis extravagantes.

Esse mecanismo chega ao ápice com a Constituição Federal de 1988, que exige uma nova hermenêutica do Código Civil, baseada nos princípios constitucionais e nos direitos fundamentais, os quais se impõem às relações interprivadas e aos interesses particulares. Evidencia-se a subordinação da norma de direito positivo a um conjunto de disposições com maior grau de generalização, ou seja, a princípios e valores dos quais não mais pode ser dissociada. A Constituição imprime um novo papel ao Código Civil, que passa a ser valorado juntamente com os diversos diplomas legais, a exemplo do Estatuto da Criança e do Adolescente, do Código de Defesa do Consumidor e da Lei de Locações.

Esses estatutos não se limitam a regular o direito

substancial, mas também versam sobre outros ramos do direito, a exemplo do processual, penal e administrativo. Nessa técnica legislativa, o legislador faz uso abundante das cláusulas gerais, metas, diretrizes, políticas e programas. A tipificação taxativa cede passo a cláusulas abertas. A linguagem utilizada pelo legislador visa, agora, a atender exigências específicas, calcadas em demandas setoriais de áreas como informática, economia e meio ambiente, agindo, no mais das vezes, mediante leis de incentivo, por meio do oferecimento de vantagens aos destinatários da norma, identificando-se com a função promocional do direito, e não mais se atendo exclusivamente à atuação repressiva. O legislador, na esteira do quanto preconizado pelo texto constitucional, volta-se à proteção de situações jurídicas disciplinadas sob a ótica patrimonial, condicionando-as ao cumprimento de deveres não patrimoniais, com o fim de tutelar a dignidade da pessoa humana e de realizar a personalidade. O legislador passa também à posição de negociador, uma vez que terá que lidar com os mais diversos grupos de pressão preocupados com o debate e regulação de seus interesses setoriais.

Diante dessa situação, o direito civil perde a condição de sistema único que congregava as normas reguladoras da vida privada. Passam a gravitar em torno dele diversos microssistemas formados pelos estatutos. Entretanto, se se leva às últimas consequências a independência temática desses microssistemas, atribuindo ao Código Civil função meramente residual, aplicável apenas àquelas questões não tratadas pelas leis especiais, ter-se-ia um direito civil fragmentado, formado por legislações isoladas que não se comunicariam, muitas vezes informadas por princípios e valores os mais diversos.

No dizer de Lorenzetti (1998, p. 45):

A explosão do Código produziu um fracionamento da ordem jurídica, semelhante ao sistema planetário. Criaram-se microssistemas jurídicos que, da mesma forma como os

planetas, giram com autonomia própria; sua vida é independente; o Código é como o sol, ilumina-os, colabora em suas vidas, mas já não pode incidir diretamente sobre eles.

A par da realidade constitucional, na qual o constituinte definiu os princípios e valores que deverão nortear as relações de direito civil, urge interpretar as normas regentes das relações privadas à luz da Constituição. O ponto de referência axiológico-interpretativo há de deslocar-se do Código Civil para a Constituição.

3 CONSTITUCIONALIZAÇÃO DOS PRINCIPAIS INSTITUTOS DE DIREITO CIVIL

Quanto à família, houve profundas modificações em sua função, natureza e concepção, especialmente após o advento do Estado social. A família patriarcal, fundada nas funções econômica, política, religiosa e procracional, cedeu lugar àquela baseada na afetividade e na dignidade de cada um de seus membros. A família é o espaço de realização da pessoa, fenômeno denominado repersonalização das relações civis, que marca a valorização da pessoa ao invés de enfatizar seu patrimônio. A família atual busca na solidariedade (art. 3º, I, CF) sua identificação, como um dos fundamentos da afetividade. O princípio da afetividade encontra esteio na própria Constituição Federal (arts. 226, § 4º e 227, §§ 5º e 6º). Ademais, a Constituição brasileira inovou ao reconhecer não só a entidade matrimonializada, mas também a união estável e a família monoparental, permitindo a interpretação extensiva de modo a englobar as demais entidades implícitas, tais como a homoafetiva, a anaparental e a pluriparental (LÔBO, 2002a). A Constituição consagrou a igualdade de todos os filhos e estes devem ser protagonistas de seu próprio desenvolvimento educacional. Os laços de afetividade e da convivência familiar são mais importantes do que os simples laços sanguíneos e, se

houver conflito com o dado biológico, deverão prevalecer aqueles em detrimento destes, salvo se o melhor interesse da criança ou o princípio da dignidade da pessoa humana indicarem o contrário.

A família está matizada na afetividade. Enquanto esta existir, haverá a família, unida por laços de liberdade, responsabilidade e colaboração. “Esse elemento nuclear define o suporte fático da família tutelada pela Constituição, conduzindo ao fenômeno que denominamos repersonalização” (LÔBO, 2004). Representa a primazia da pessoa nas relações de família. A família, antes composta por sujeitos atomizados, passa a fundar-se na solidariedade, na cooperação e no respeito à dignidade de seus membros. É espaço de realização pessoal no qual os interesses patrimoniais perderam sua preponderância. Representa, enfim, o locus por excelência da realização plena do princípio estruturante da dignidade da pessoa humana.

No que concerne ao direito de propriedade, a Constituição Federal, nos incisos XXII e XXIII do art. 5º, o garantiu, condicionando-o ao atendimento de sua função social. A propriedade privada e a função social da propriedade são princípios expressos da ordem econômica (art. 170, II e III). A própria Constituição delimita o alcance da função social: no caso da propriedade urbana, sua função social é cumprida quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor (art. 182, § 2º) e a rural, quando atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos requisitos elencados no art. 186. Ao mesmo tempo, o constituinte incluiu, entre os objetivos fundamentais da República, a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais, inserindo como fundamento da República a dignidade da pessoa humana (art. 3º, III c/c art. 1º, III). Desses últimos elementos, defluem-se os princípios da igualdade

substancial e da justiça distributiva, que fazem com que a função social da propriedade tenha conteúdo determinado, haurido da própria Constituição, e que deve nortear a atividade interpretativa. Assim, torna-se insuscetível de desapropriação a propriedade que promova – com a sua utilização – os princípios fundamentais da República, isto é, há uma funcionalização da propriedade privada a esses princípios, estando os preceitos da norma de direito privado vinculados aos princípios constitucionais.

Se a propriedade é um dos institutos fundamentais da ordem jurídica privada, constituindo-se no alicerce da vida econômica dos indivíduos no que concerne à estática patrimonial, o contrato e as obrigações dele decorrentes representam o elemento dinâmico do direito patrimonial, tendo por objetivo precípuo a circulação dos bens econômicos. A propriedade e o contrato consubstanciam os institutos representativos do individualismo jurídico e da liberdade no direito civil, construído tendo por princípio a igualdade de poder e a soberania individual: reconhece-se a autonomia individual, que se traduz na liberdade e na autonomia privada, poder de autorregulamentação jurídica dos próprios interesses por meio do negócio jurídico. O contrato é, assim, o acordo de vontades contrapostas com o fim de criar, modificar ou extinguir relações jurídicas, em que uma das partes pode exigir da outra uma prestação específica.

Assim, quanto ao contrato, depreende-se que os princípios gerais da atividade econômica, delineados nos arts. 170 e seguintes da Constituição demonstram que o paradigma seguido não é o mesmo da concepção liberal, que contemplava uma igualdade formal entre indivíduos autônomos, realizando uma função meramente individual (*pacta sunt servanda*) na qual o Estado se abstinha de interferir, o que caracterizava o ideal de segurança e estabilidade. Os contornos estabelecidos constitucionalmente apenas admitem o contrato que realiza a

função social, a ela condicionando os interesses individuais (arts. 170, §§ 1º e 3º). Nessa linha, o Código Civil estabelece que a liberdade de contratar seja exercida em razão e nos limites da função social do contrato, prevendo a nulidade de qualquer convenção que contrarie a função social da propriedade e dos contratos (art. 421 c/c art. 2.035, parágrafo único).

Exemplificativamente, pode-se citar a cláusula geral de boa-fé objetiva, de que tratam os arts. 113 e 422 do Código Civil, cuja leitura deve ser integrada aos princípios constitucionais informadores da ordem econômica (art. 170, CF) e aos princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), do valor social da livre iniciativa (art. 1º, IV, CF), da solidariedade social (art. 3º, I, CF) e da igualdade substancial (art. 3º, III, CF). Daí, quando o Código Civil, no art. 421, dispõe que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”, deve-se entender a função social como o dever imposto aos contratantes de observar os interesses extracontratuais socialmente relevantes e dignos de tutela jurídica, que se relacionam com o contrato ou são por ele atingidos: tanto na fase pré-contratual, contratual ou pós-contratual devem as partes comportar-se com lealdade e confiança, pautados na informação e transparência. A norma constitucional torna-se, assim, o embasamento primário e justificador da relevância jurídica das relações sociais, não só como regra de hermenêutica, mas como norma de comportamento apta a conformar as situações subjetivas aos valores inscritos no Constituição. Rompe-se com a mentalidade individualista em que se calcou o Código de 1916 para alcançar um novo corpo de valores, sedimentado na solidariedade e justiça social. Em havendo afronta ao princípio da justiça social, caberá ao Estado-juiz, hermeneuticamente, preencher os conceitos indeterminados subjacentes a esse princípio de modo a captar os valores predominantes na sociedade.

O contrato, no Estado social, passou a ter função social, cujo centro nuclear gravita em torno da noção de equidade, boa-fé, segurança e justiça social. Essa evolução da teoria contratual, acompanhando as mudanças sociais, tem como exemplo emblemático os direitos do consumidor, onde predominam os contratos de massa. O contrato transformou-se para adequar-se ao tipo de organização econômica predominante, mas continua a representar o instrumento, por excelência, da liberdade de iniciativa. Reduz-se a importância do princípio da autonomia da vontade para amoldar-se às particularidades da sociedade moderna, que evoluiu, superando o dogma da autonomia da vontade como norte intransponível e abrindo espaço para a adoção dos princípios da boa-fé objetiva e da tutela do hipossuficiente.

O Código de Defesa do Consumidor, por exemplo, no que concerne aos aspectos contratuais da proteção do consumidor, rompe com a tradição assentada no liberalismo para estabelecer uma visão social, comunitária. Entre outros pontos, relativiza-se o princípio da intangibilidade do conteúdo do contrato e enfatiza-se o princípio da conservação do contrato; institui-se a boa-fé como princípio basilar informador das relações de consumo; impõe-se o dever de o consumidor receber informação adequada e clara sobre os produtos e serviços, além de ser protegido contra a publicidade enganosa ou abusiva.

Vale ressaltar que os princípios sociais (função social do contrato, boa-fé objetiva, equivalência material do contrato) não excluem os princípios clássicos liberais (autonomia privada, *pacta sunt servanda* e eficácia relativa às partes contratantes), mas limitam seu alcance e conteúdo. Não há antagonismo entre os princípios sociais e os liberais: cada um reflete o espírito predominante em sua época. Não obstante, aqueles devem, no Estado social, sobrepor-se a estes quando não for possível a harmonização (LÔBO, 2002b).

Esses novos paradigmas contratuais amparam os contratantes na medida em que proporcionam o equilíbrio entre as partes mediante a disciplina das cláusulas contratuais gerais, pela teoria da imprevisão, pela resolução por onerosidade excessiva e pela garantia deferida ao contratante vulnerável, fundamentados na boa-fé objetiva que fornece critérios interpretativos e é fonte de deveres e limitações para as partes. Privilegia-se, fundamentalmente, a tutela da personalidade humana em seu mais amplo espectro, exurgindo o princípio da dignidade humana como balizador estruturante e conformador das relações sociais.

Nesse contexto, o trabalho hermenêutico deverá caminhar na direção da perspectiva civil-constitucional. Da Constituição emanam os princípios e regras que deverão guiar a atividade interpretativa, uma vez que institutos de direito privado estão tutelados e dimensionados pelo próprio texto constitucional. Permite-se, com essa nova ótica, um revigoramento dos institutos de direito civil, de modo a compatibilizá-los à realidade social e econômica atual. Importância especial deve ser dirigida às cláusulas gerais: o legislador vem modificando sua forma de legislar, não mais dando ênfase à descrição pormenorizada de situações-tipo bem delineadas, mas mediante cláusulas gerais, comandos aplicáveis direta e imediatamente nos casos concretos, pois, diante da velocidade das transformações, torna-se praticamente impossível regular as inúmeras situações diante das quais o sujeito de direito pode encontrar-se.

4 CONSTITUCIONALIZAÇÃO x PUBLICIZAÇÃO

O processo denominado constitucionalização do direito civil vem sendo engendrado, no Brasil, desde o final do século passado e tem como fundamento a unidade hermenêutica da Constituição, considerada o ápice conformador da elaboração e

da aplicação da legislação civil, devendo o jurista, portanto, interpretar o Código Civil à luz da Constituição e não o contrário. É o processo de elevação ao plano constitucional dos princípios fundamentais do direito civil, estabelecendo-se novos parâmetros para sua interpretação, em especial os valores não patrimoniais.

Segundo Paulo Lôbo (2009, p. 37):

Os principais pressupostos teóricos da doutrina do direito civil na legalidade constitucional, ou do direito civil constitucional, concernem: a) à natureza normativa da Constituição e de suas normas, libertando-se do preconceito de seus fins meramente programáticos; b) à complexidade e unitariedade do ordenamento jurídico, ante a pluralidade das fontes de direito, segundo os princípios constitucionais e os valores fundamentais; c) uma renovada teoria da interpretação jurídica não formalista, tendo em vista os valores e os fins a serem aplicados. A norma, clara ou não, deve ser interpretada em conformidade com os princípios e valores do ordenamento, resultando de um procedimento argumentativo não apenas lógico, mas axiológico, inspirado no princípio da dignidade da pessoa humana como prioritário no confronto com os interesses superiores do Estado e do mercado.

O fenômeno da constitucionalização não se confunde com a publicização. Esta é a paulatina supressão de matérias tradicionalmente tratadas no âmbito do direito privado que foram transferidas para o direito público. A publicização deveu-se à crescente intervenção estatal nas relações privadas, atributo do Estado social. Assim, o processo de intervenção legislativa infraconstitucional caracteriza a publicização, enquanto que a constitucionalização, conforme já ressaltado, submete o direito positivo aos fundamentos de validade estabelecidos na Constituição.

Analisando esse fenômeno, afirma Lorenzetti (1998, p. 252-253):

A Constituição tem disposições de conteúdo civilista aplicáveis ao âmbito privado. Igualmente, tem em seu seio as normas fundamentais da comunidade, a sua forma de organizar-se, às quais se remete permanentemente o Direito Privado.

De outro ponto de vista, o Direito Privado é Direito Constitucional aplicado, pois nele se detecta o projeto de vida em comum que a Constituição tenta impor; O Direito Privado representa os valores sociais de vigência efetiva.

Por isso é que o Direito Privado se vê modificado por normas constitucionais. Por sua vez, o Direito Civil ascende progressivamente, pretendendo dar caráter fundamental a muitas de suas regras, produzindo-se então uma “constitucionalização do Direito Civil”.

A Constituição é, destarte, fonte de regras de direito Privado que possuem importância fundamental, pois condiciona o intérprete, o magistrado, o legislador.

5 TRADIÇÃO PATRIMONIALISTA DO DIREITO CIVIL E AS TENDÊNCIAS DE REPERSONALIZAÇÃO

O valor em torno do qual gravitavam os demais interesses juridicamente tutelados era, na codificação civil liberal, a propriedade. Essa preponderância do patrimônio fez com que a pessoa passasse a exercer papel de coadjuvante, figurando apenas como polo de uma relação jurídica.

Essa patrimonialização das relações civis não se coaduna com os valores fundados na dignidade da pessoa humana. A Constituição Federal adotou esse valor como fundamento da República (art. 1º, III), o que vem ao encontro da tendência de repersonalização, no sentido de repor a pessoa humana como centro do direito civil, deixando o papel de coadjuvante para o patrimônio. Daí a necessidade de ver a pessoa em toda sua dimensão ontológica, restaurando sua primazia nas relações

civis, de modo a atender aos valores estabelecidos constitucionalmente. Centraliza-se, assim, na pessoa – e não no patrimônio – o valor primordial da sociedade.

Assevera Fachin (2003, p. 218 e 231-232):

O Direito Civil deve, com efeito, ser concebido como “serviço da vida”, a partir de sua real raiz antropocêntrica, não para repor em cena o individualismo do século XVIII, nem para retomar a biografia do sujeito jurídico da Revolução Francesa, mas sim para se afastar do tecnicismo e do neutralismo. O labor dessa artesanaria de “repersonalização” e “reetização” leva em conta um sistema aberto e rente à vida, como afirmou o professor Orlando de Carvalho.

(...)

Cabe revelar o comprometimento axiológico da análise jurídica: não é possível uma *ciência* jurídica “pura”. Nessa medida, a “repersonalização” tanto diz respeito ao modo de pensar o Direito quanto à inserção de um outro sentido do sujeito de direito, diverso do sistema clássico, que foi calcado em uma abstração, em um corte da realidade. O reconhecimento disso não implica, necessariamente, o compromisso de colocar algo em seu lugar. Há que se evitar a tentação de suprir a ruptura, como uma solução meramente conceitual. Não é possível imaginar-se que esse viés não reducionista, essa perspectiva não monolítica, que suscita a colheita de materiais que não são jurídicos, não interessaria ao Direito. Desconsiderar-se esses instrumentos é algo que corrobora para a manutenção do sistema clássico e com a manutenção do *status* do contrato, do patrimônio e da família.

Podem-se destacar, nessa linha, algumas tendências na direção da repersonalização (LÔBO, 2009, p. 49): a) a aplicação crescente pela jurisprudência dos tribunais do princípio da dignidade da pessoa humana, como fundamento para solução dos conflitos; b) o condicionamento do exercício da propriedade à sua função social; c) a ampla utilização de

princípios, cláusulas gerais e conceitos indeterminados para permitir a humanização das soluções jurídicas; d) a compreensão de que o contrato não é intocável quando afronta o equilíbrio material, com onerosidade excessiva para uma das partes; e) o respeito às diferenças; f) a concepção de família como espaço de convivência socioafetiva e de realização da dignidade de seus membros; e g) a tutela dos direitos da personalidade.

6 A TUTELA DA PERSONALIDADE

Vivemos num mundo em que as mudanças se operam rapidamente: o advento da internet, por exemplo, tem sido considerado alavanca de mudança e desenvolvimento das relações humanas. Uma vez que a característica inovadora dessa nova era consiste no fato de o elemento material passar a existir independentemente de um determinado suporte físico ao qual deva aderir, o direito privado, em particular, vem sofrendo os reflexos dessas transformações, o que impõe enormes desafios aos juristas, legisladores e aplicadores. Nessa seara, o tema direitos da personalidade oferece grandes dificuldades conceituais, uma vez que a pessoa humana está sujeita a situações não previstas no ordenamento e os operadores do direito utilizam-se de categorias jurídicas do passado para solucionar controvérsias não enquadráveis nesses institutos (TEPEDINO, 2004a, p. 24).

Fruto da elaboração doutrinária francesa e alemã da segunda metade do século XIX, os direitos da personalidade suscitaram questionamentos acerca de sua existência, destacando-se as teorias que a negavam. Para esses defensores, a personalidade se identificava com a titularidade de direitos e, como tal, não poderia ser, simultaneamente, considerada como objeto deles, pois seria uma contradição lógica. A proteção jurídica limitar-se-ia, então, ao mecanismo da responsabilidade

civil.

A crítica que se faz à premissa acima diz respeito ao fato de a personalidade poder ser considerada sob duas óticas. Pode ser vista como capacidade, indicando a titularidade de relações jurídicas, e também como conjunto de características e atributos inerentes à pessoa humana. Nesse segundo caso, a pessoa há de ser tutelada em todos os casos em que sua personalidade seja agredida. A personalidade tomada como valor é alvo da tutela do ordenamento jurídico, uma vez que seus atributos constitutivos são bens jurídicos. Não obstante, embora se admitisse a existência dos direitos subjetivos atinentes à personalidade, o modelo dos direitos subjetivos patrimoniais ainda era o esquema seguido pela maioria da doutrina.

Mormente a partir das declarações de direitos, que refletiam uma maior preocupação com a pessoa humana, passou-se a proteger o indivíduo contra o arbítrio do Estado, conferindo-lhe o direito público a tutela de sua integridade física, além de outras garantias políticas. Quando a pessoa passou a também ser tutelada nas relações privadas, sua configuração dogmática foi esboçada tendo como parâmetro o direito de propriedade. Assim, havia a convivência entre os direitos subjetivos privados e os direitos subjetivos públicos. Considerava-se, então, que os direitos humanos se referiam aos direitos essenciais do indivíduo em relação ao direito público, enquanto que os direitos da personalidade seriam os mesmos direitos, mas vistos sob a ótica do direito privado. Os primeiros protegeriam os indivíduos contra as arbitrariedades do Estado e os últimos, contra os atentados praticados por outras pessoas. Sobre essa dualidade, tecer-se-á, mais adiante, a pertinente crítica.

Os direitos da personalidade possuem as seguintes características: generalidade (concedidos a todos), extrapatrimonialidade (insuscetibilidade de avaliação

econômica), caráter absoluto (oponíveis *erga omnes*), inalienabilidade (o titular não pode deles dispor), imprescritibilidade (uma lesão a um direito da personalidade não convalesce com o perecimento da pretensão ressarcitória) e intransmissibilidade (extingue-se com o titular, embora alguns direitos da personalidade possam ser tutelados mesmo após sua morte).

Costuma-se classificá-los em direito à integridade física (*e.g.*: direito à vida, ao próprio corpo, ao cadáver) e direito à integridade moral (*e.g.*: direito à honra, à liberdade, à imagem, ao nome, direito moral do autor), que decorrem quer de previsão constitucional, quer de normas infraconstitucionais. O Código Civil regula a matéria nos artigos 11 a 21. Esses dispositivos tratam, resumidamente, dos atos de disposição do próprio corpo (inclusive de tratamento médico ou intervenção cirúrgica com risco de vida), da tutela do nome e do pseudônimo, direito à imagem e à honra, sendo veiculadas duas cláusulas gerais nos artigos 11 (“com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”) e 21 (“a vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma”).

Os preceitos acima, se conjugados à cláusula geral de tutela da personalidade consubstanciada no art. 1º, III, da Constituição Federal, levam o intérprete a rechaçar a vertente tipificadora do Código Civil, ampliando a tutela da pessoa humana a situações não previstas pelo legislador e protegendo-a em todas as suas possíveis manifestações. A previsão casuística do Código não é capaz de abarcar todo o espectro de possibilidades que a tutela da pessoa exige, razão pela qual se mostra insuficiente para sua completa proteção jurídica.

No que concerne à questão das fontes dos direitos da

personalidade, divide-se a doutrina entre o direito positivo e as fontes supralegislativas (direito natural). Este último existiria antes do direito positivo e seria inerente, inato ao próprio homem, atuando como forma de proteção da pessoa humana em face do poder público. As fontes supralegislativas estariam ligadas às posições adotadas pela sociedade em diversas etapas históricas. Essas razões metajurídicas não autorizam, contudo, o desenvolvimento de uma categoria de direitos impostos a uma sociedade independentemente de sua própria formação cultural, uma vez que as situações jurídicas só podem ter por origem o direito positivo: os direitos têm seu fundamento na norma positiva. Pode-se, então, considerar os direitos da personalidade como inatos no sentido de que nascem com a pessoa, não obstante serem disciplinados pelo direito positivo. Também diverge a doutrina no que diz respeito ao debate entre as correntes pluralista, que defende a existência de múltiplos direitos da personalidade, e a monista, que advoga a existência de um único direito da personalidade.

7 A TUTELA DA PERSONALIDADE NO CÓDIGO CIVIL

O Código Civil estabelece, nos arts. 1º e 2º, que toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil, começando sua personalidade civil a partir do nascimento com vida, pondo-se a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro. Ser pessoa, na visão clássica, é a possibilidade de atuar no mundo jurídico, ser sujeito de direitos e obrigações (PEREIRA, 2004, p. 213).

Não obstante, a elevação da pessoa humana ao centro do ordenamento – com a instituição de novos valores pela Constituição de 1988 – torna necessária a superação da visão clássica própria do ideário oitocentista da personalidade como a aptidão para que o sujeito figure como titular de direitos e obrigações. Adiciona-se um novo conteúdo à personalidade,

reconhecendo-se o valor ético emanado do princípio da dignidade da pessoa humana, considerando a pessoa em todos os seus aspectos e complexidade. Compreende-se a pessoa como valor que requer tutela privilegiada de todos os atributos que a compõem.

Conforme ensina Perlingieri (2007, p. 155-156):

A personalidade é, portanto, não um direito, mas um *valor* (o valor fundamental do ordenamento) e está na base de uma série aberta de situações existenciais, nas quais se traduz a sua incessantemente mutável exigência de tutela. Tais situações subjetivas não assumem necessariamente a forma do direito subjetivo e não devem fazer perder de vista a unidade do valor envolvido. Não existe um número fechado de hipóteses tuteladas: tutelado é o valor da pessoa sem limites, salvo aqueles colocados no seu interesse e naqueles de outras pessoas. A elasticidade torna-se instrumento para realizar formas de proteção atípicas, fundadas no interesse à existência e no exercício da vida de relações. (grifo do autor)

Na mesma linha, esclarece Tepedino (2003, p. XXIII):

A personalidade humana deve ser considerada antes de tudo um valor jurídico, insuscetível, pois, de redução a uma *situação jurídica-tipo* ou a um elenco de *direitos subjetivos típicos*, de modo a se proteger eficaz e efetivamente as múltiplas e renovadas situações em que a pessoa venha a se encontrar, envolta em suas próprias e variadas circunstâncias. Daí resulta que o modelo do direito subjetivo tipificado, adotado pelo Codificador brasileiro, será necessariamente insuficiente para atender às possíveis situações subjetivas em que a personalidade humana reclame tutela jurídica. (grifos do autor)

Como apontado acima, o Código Civil estabelece que a personalidade se inicia a partir do nascimento com vida, referência para a aquisição e perda dos direitos subjetivos. Estão a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro. A

seus interesses é conferida proteção jurídica, mas o ordenamento não reconhece o nascituro como pessoa. Surge, então, a questão do início da personalidade, cujas teorias que a explicam podem ser agrupadas em três vertentes: a natalista, a da personalidade condicional e a concepcionista (RODRIGUES, 2003, p. 4). A natalista considera que a personalidade começa com o nascimento com vida, não reconhecendo personalidade ao nascituro, embora lhe proteja juridicamente. Não há necessidade de viabilidade ou de forma humana, sendo suficiente o nascimento com vida (separação do ventre materno e entrada de ar nos pulmões). Se nasce com vida, mesmo morrendo em seguida, há a aquisição da personalidade e, por consequência, possibilidade de ser titular de direitos e obrigações que, com a morte, serão objeto de sucessão, transmitindo-se a seus herdeiros. É a concepção abraçada pelo Código Civil. Pela teoria da personalidade condicional, a personalidade é reconhecida desde a concepção, sob a condição (resolutiva) de nascer com vida. Se não ocorrer o nascimento com vida, não há personalidade. A teoria concepcionista advoga a tese de que o nascituro tem personalidade jurídica.

Importante frisar que é fundamental a necessidade de proteção do nascituro, em função das diversas situações existenciais em que pode se envolver em seu processo de formação, em especial aquelas de caráter não patrimonial. Mesmo que não venha a nascer com vida, não lhe pode ser dispensado o mesmo tratamento dos bens corpóreos. Essa questão torna-se ainda mais premente quando se está diante do avassalador desenvolvimento das técnicas de fertilização, o que aumenta a complexidade da matéria.

O ordenamento também confere proteção pós-morte. Preconiza o art. 6º do Código Civil que a existência da pessoa natural termina com a morte, fato que faz cessar a personalidade e, portanto, a aptidão para figurar como titular de

direitos e deveres. Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários, na dicção do art. 1.784, do Código Civil. A morte ocorre com a cessação das atividades vitais do indivíduo, extinguindo-se as funções encefálicas. Contudo, o ordenamento jurídico outorga proteção a uma série de situações, mesmo após o falecimento do titular, a exemplo do direito à imagem, ao nome, à honra, exercidos pelos parentes ou herdeiros do *de cujos*. É a transeficácia dos direitos da personalidade. Ressalte-se, não obstante, que o que se transmite não é o direito da personalidade, mas a projeção de seus efeitos patrimoniais, quando existam.

Cabe, também, diferenciar a capacidade de direito (ou de gozo) e a capacidade de fato (ou de exercício). A capacidade de direito é conferida a todos, pessoas naturais ou jurídicas, sendo que, para estas últimas, devem ser obedecidas as formalidades legais para sua constituição. É a aptidão para ser titular de direitos e obrigações. Não se deve confundir capacidade com personalidade. Já a capacidade de fato diz respeito à possibilidade de agir juridicamente, praticando os atos da vida civil, pessoalmente ou por meio de procurador. Todos têm capacidade de direito, mas nem todos estão aptos a exercer a capacidade de exercício. Os incapazes só podem fazê-lo por meio de representantes ou de assistentes. Para a capacidade de exercício exige-se a aptidão para manifestar livre e conscientemente sua vontade.

O Código Civil estabelece, também, o regime das incapacidades, que tem como principal embasamento a proteção do patrimônio. Tem-se que a capacidade plena é a regra, mas em virtude de questões como idade e saúde, por exemplo, limita-se o exercício de seus direitos, atribuindo-se a outros a administração dos interesses do incapaz. A depender da extensão da deficiência na compreensão dos atos civis, o legislador diferenciou a incapacidade absoluta da relativa. A primeira engloba aqueles que são completamente inaptos à

prática dos atos civis. Possuem capacidade de direito, mas não de exercício. Os absolutamente incapazes estão discriminados no art. 3º do Código Civil e são representados por seus pais, tutores ou curadores. Os relativamente incapazes, tratados no art. 4º do Código Civil, são aqueles que não são totalmente desprovidos de discernimento para atuar na vida civil, situando-se entre aqueles que possuem capacidade plena e os absolutamente incapazes. Assim, para certos atos, sob pena de anulação, os relativamente incapazes necessitam de assistência.

Como salientado acima, a razão que embasa a proteção do incapaz funda-se na proteção do patrimônio, ou seja, os interesses juridicamente protegidos apresentam-se apenas por meio de situações providas de conteúdo patrimonial. Dessa forma, é necessário repensar o regime das incapacidades de forma a amoldá-lo ao preceito constitucional que impõe a proteção da pessoa humana como fundamento da República. Diante de situações jurídicas existenciais, que envolvam o desenvolvimento da pessoa humana, há que se reorientar o ordenamento em prol da consecução da proteção do indivíduo em sua totalidade, sem olvidar aquelas situações sem conteúdo patrimonial. Nesse diapasão, não se pode desprezar a manifestação de vontade do incapaz em questões que envolvam seu desenvolvimento. Em atendimento ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, deve-se deferir valor jurídico à vontade dos incapazes como protagonistas de seu próprio desenvolvimento e personalidade. Não pode o excesso de proteção conferida pelo ordenamento jurídico suprimir-lhes a subjetividade. Não que sua manifestação de vontade seja suficiente para criar vínculo jurídico, mas ela não pode ser desprezada pelo direito (RODRIGUES, 2003, p. 25-27).

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS: A INSUFICIÊNCIA DAS ORIENTAÇÕES DOUTRINÁRIAS TRADICIONAIS

No embate entre as teorias monista e pluralista antes mencionadas, verifica-se que as duas correntes procuram explicar os direitos da personalidade com base no paradigma dos direitos patrimoniais e são objeto de proteção apenas em termos negativos, ou seja, afastando as ingerências à livre atuação do indivíduo. A realização completa da dignidade humana, consoante a carta constitucional, requer uma ampliação da proteção à personalidade, que não mais deve ser compartimentalizada em setores ou submetida à tipificação previamente delimitada pelo legislador ordinário. Para se atingir tal desiderato, pode-se dizer que são direitos da personalidade não só os tipos exemplificativos previstos na Constituição Federal e na legislação civil, mas também os tipos conformes com o princípio da dignidade da pessoa humana.

O mecanismo repressivo, ajustado apenas à proteção da pessoa nos momentos patológicos das relações jurídicas, quando ocorre violação do direito, não mais se coaduna com a tutela plena da pessoa humana. Há que se superar a dicotomia direito público e direito privado e o binômio lesão-sanção para se alcançar a proteção de qualquer situação jurídica em que o indivíduo se encontre, quer de direito público, quer de privado, uma vez que a pessoa humana é o valor máximo do ordenamento. Não há, assim, um único direito ou múltiplos direitos da personalidade. A pessoa humana deve ser salvaguardada em qualquer situação em que se encontre. Essa é a conclusão que se extrai do contido na Constituição (art. 1º, I e III: cidadania e dignidade da pessoa humana; art. 3º, III: igualdade substancial; art. 5º: igualdade formal e art. 5º, § 2º: garantia residual), estabelecendo a dignidade da pessoa humana como cláusula geral de tutela e proteção, valor que deverá permear todo o ordenamento jurídico e orientar a atividade do legislador ordinário. A tutela da personalidade, frise-se, é constituída do atributo de elasticidade, fazendo com que sejam

abrangidas todas as situações, previstas ou não, não se limitando a um *numerus clausus* de hipóteses, mas salvaguardando a personalidade sem a imposição de limitações (PERLINGIERI, 2007, p. 154-155).

A dogmática tradicional, que enxerga as normas de direito público como tendo por objetivo único a proteção do indivíduo em relação ao Estado, deve ser superada em prol da integralidade da proteção da pessoa, afastando-se as dicotomias direitos humanos – direito público e direitos da personalidade – direito privado. A proteção do ser humano não é tarefa exclusiva do Estado, mas de toda a sociedade. Com isso, dá-se a adequação das normas infraconstitucionais aos valores constitucionais e sua funcionalização ao desenvolvimento da pessoa humana. Reelaborada a dogmática, subordinando-se a lógica patrimonial à existencial, lança-se a pessoa humana ao ápice do ordenamento. A personalidade, assim, firma-se como valor e interesse central do ordenamento, rompendo-se com o conceito formal de pessoa da pandectística. Assenta-se, então, a repersonalização, movimento de valorização e centralidade do ser humano na ordem jurídica.



REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DONEDA, Danilo. Os Direitos da Personalidade no Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *A Parte Geral do Novo Código Civil: Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FACHIN, Luiz Edson. *Teoria Crítica do Direito Civil*. Rio de

- Janeiro: Renovar, 2003.
- LÔBO, Paulo Luiz Neto. A Repersonalização das Relações de Família. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 307, 10 maio 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5201>>. Acesso em: 6 dez. 2007.
- _____. *Direito Civil*: Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2009.
- _____. Entidades Familiares Constitucionalizadas: para além do Numerus Clausus. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 6, n. 53, jan. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2552>>. Acesso em: 2 jun. 2009.
- _____. Princípios Sociais dos Contratos no CDC e no Novo Código Civil. *Jus Navigandi*. Teresina, ano 6, n. 55, mar. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2796>>. Acesso em: 06 dez. 2007.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. São Paulo: RT, 1998.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. I.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- RODRIGUES, Rafael Garcia. A Pessoa e o Ser Humano no Novo Código Civil. In: TEPEDINO, Gustavo (coord.). *A Parte Geral do Novo Código Civil*: Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- TEPEDINO, Gustavo. A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-Constitucional Brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- _____. Crise de Fontes Normativas e Técnica Legislativa na Parte Geral do Código Civil de 2002. In: TEPEDINO,

Gustavo (coord.). *A Parte Geral do Novo Código Civil: Estudos na Perspectiva Civil-Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.