

 **MAXI**
FORMATO
Leitura otimizada

NELSON ROSENVALD
FELIPE BRAGA NETTO
CRISTIANO CHAVES DE FARIAS

MANUAL DE **DIREITO**

CIVIL *volume
único*

**Novo Capítulo: Reforma do Código
Civil: Contexto e Novidades Propostas**

11^a
edição
.....
revista
atualizada
ampliada

2026

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



CONCEITOS FUNDAMENTAIS



1

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 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.

Toda sociedade tem valores que considera fundamentais. O direito transforma alguns desses valores em normas. Uma das técnicas mais

relevantes que temos hoje, na experiência jurídica, é transformar valores em princípios, atribuindo a eles força normativa. Os princípios têm sentido deontológico, apontam um sentido obrigatório. Não se trata de algo cuja preferência pertence apenas à esfera dos valores, mas algo que impõe ações ou omissões no tecido social. Como adverte Paulo Lôbo: “Se não há consequência jurídica, de princípio jurídico não se trata”⁴.

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 autodeterminação 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

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).

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 LÔBO, Paulo. *Direito Civil em princípios*. Belo Horizonte: Fórum, 2025, p. 11.

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 velozes⁵. 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 a dignidade em cada ser humano – não importa sexo, crença, idade, raça, orientação 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 norma⁶.

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.

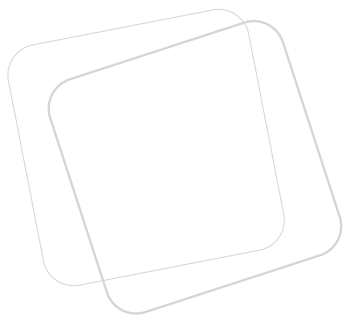
Em outras palavras, a interpretação jurídica não pode, por óbvio, desprezar o direito posto, mas tampouco se prende ao literalismo. O direito exige uma leitura ética, que dialogue com a sociedade, e não se satisfaz com conceitos puramente apriorísticos e formais. Isso não significa, convém repetir, que 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. Há, enfim, no direito dos nossos dias, uma força imensa no olhar do intérprete. Por exemplo, o princípio da afetividade nas relações de família nasceu, no Brasil, não da literalidade das normas jurídicas, mas da interpretação.

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

⁵ 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).

⁶ 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.



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”³⁰⁵.

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,

³⁰⁵ 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 civil³⁰⁶. 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 legislativo³⁰⁷ (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 lastimável³⁰⁸, 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

³⁰⁶ IRTI, Natalino. *Introduzione allo studio del diritto privato*. Torino: Ziapichelli, 1976, p. 22.

³⁰⁷ 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 do direito civil” (PONTES DE MIRANDA. *Tratado de Direito Privado*. T. I. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, p. XX).

³⁰⁸ O STF julgou procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4815 e declarou inexistente 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).

sistema básico do direito privado que é o Código Civil³⁰⁹. 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 manhã 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 Livros³¹⁰”.

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 rigorosas³¹¹.

³¹⁰ 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: Juspodivm, 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”.

³¹¹ 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

³⁰⁹ AMARAL, Francisco. *Direito Civil. Introdução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, prefácio à quinta edição.



PARTE GERAL

1

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** (ativos virtuais como o *Bitcoin*,

por exemplo, sem falar no já clássico mercado de ações). 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 hermenêuticamente 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

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 Mulino, 1984.

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 silêntes. Com o pós-guerra, os códigos foram aos poucos reformados, passando a prever a nova categoria. Relevante contribuição foi produzida no direito alemão.

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 (lembremos, 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. 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 (subjettivos). 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 trabalheemos 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,

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 Cívis*. 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 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.

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 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

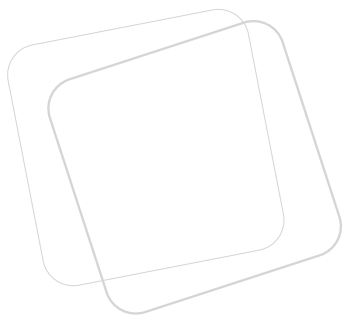
As três expressões – direitos humanos, direitos fundamentais e direitos da personalidade – refletem realidades convergentes. Quando as diferentes

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 límite*, 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.

justamente aí a vítima mais precise dele, ainda que no momento não tenha esse discernimento. Há alguns anos a Polícia de Londres lançou uma campanha publicitária assim intitulada: “Não deixem que traficantes mudem a cara do seu bairro”. Junto com o *slogan*, havia fotos, impressionantes e terríveis, de mulheres viciadas. As fotos (três de cada mulher) mostravam, em poucos meses, a espantosa degradação provocada pela droga, tornando,

em pouco tempo, irreconhecíveis (fisicamente) as pessoas. Registre-se que as fotos foram tiradas, todas, pela polícia, nas sucessivas passagens das viciadas pela polícia. Por mais louvável que seja o propósito (e é), a exposição da imagem alheia, sobretudo em condições tão terríveis, jamais poderia ser feita sem os respectivos consentimentos. Há clara violação do direito à imagem, presente tudo o que antes dissemos.



UM OLHAR DO DIREITO CIVIL PARA O NOVO

“Nem todas as verdades são para todos os ouvidos”.

Umberto Eco

“Está claro que creio em tudo isso. Eu justamente creio em tudo. Creio até no contrário disso. A minha faculdade de crer é ilimitada. Não compreendendo por que as pessoas creem numa coisa e noutras não. Tudo é crível. Principalmente o incrível. Não estou fazendo paradoxo. A vida é que já é por si mesma paradoxal, desde que seja vista não apenas pela superfície”.

Cecília Meireles

1. DIREITOS QUE ESTÃO NA PAUTA DO SÉCULO XXI

Não nos cabe, aqui – nem haveria espaço para tanto – desenvolver os temas apresentados. Nosso intuito é outro. É apenas apresentar, do modo mais breve possível, certas questões que estão sendo discutidas em relação aos direitos da personalidade e aos direitos fundamentais, como forma de introduzir esses temas para o leitor, como informação básica.

1.1. Direito à identidade sexual

“É mesmo? Pessoas que vivem machucadas pelo preconceito, prostituídas pela falta de empregos, carentes de respeito, compreensão e amor... Nossa, realmente hilário”.

(Tati Bernardi, em resposta a um produtor que disse que “traveco é sempre engraçado”).

O direito do século XXI trabalha cada vez mais com o direito à diferença e com o reconhecimento de identidades. A autodeterminação deve ser valorizada e respeitada, como componente integrante da dignidade humana. Sabemos, hoje, que os direitos fundamentais são frutos de construção histórica, não caem do céu, resultam de lutas e de construções coletivas não só para valorizar as pessoas em termos de equidade, mas também para fundamentar o exercício do poder a partir desses direitos⁹⁸. O sexo hoje é visto não como algo adquirido quando da concepção, mas de uma forma mais cultural e dinâmica. Isto é, não é algo irreversível – a ser mantido vitaliciamente, ainda que com profundos sofrimentos quanto à própria identidade –, mas algo de certo modo construído, com respeito ao percurso existencial de cada um⁹⁹.

Sabemos quão fortes foram (e são) os preconceitos contra quem realizou orientações sexuais que fogem do padrão clássico entre homem e mulher.

⁹⁸ HABERMAS, Jürgen. *Between Facts and Norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*. Cambridge: The MIT Press, 1996, p. 119. Habermas menciona ainda, em outro texto, que a dignidade humana não é apenas uma expressão classificatória, mas a “fonte moral” da qual todos os direitos fundamentais derivam seu conteúdo.

⁹⁹ Cf. RODOTÁ, Stefano. *Présentation générale des problèmes liés au transsexualisme*. In: *Transsexualisme, médecine et droit*. XXIII Colloque de Droit Européen, Pays Bas, Vrije Universiteit, 1993.