

Crise de fontes normativas e técnicas legislativa

Na parte geral do Código Civil de 2002*

Gustavo Tepedino

Com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, debruça-se a doutrina na tarefa de construção de novos modelos interpretativos. Abandona-se, deliberadamente, o discurso hostil dos que, justamente, entreviam a incompatibilidade axiológica entre o texto codificado e a ordem pública constitucional.¹ Afinal, o momento é de construção interpretativa e é preciso retirar do elemento normativo todas as suas potencialidades, compatibilizando-o, a todo custo, à Constituição da República. Esta louvável mudança de perspectiva, que se alastra no espírito dos civilistas, não há de ser confundida, contudo, com postura passiva e servil à nova ordem codificada. Ao revés, parece indispensável manter-se um comportamento atento e permanentemente crítico em face do Código Civil para que, procurando lhe conferir a máxima eficácia social, não se percam de vista os valores consagrados no ordenamento civil-constitucional.

Mostra-se irônico ou paradoxal que o Código Civil de 2002, originando de um Projeto redigido nos anos 70, possa ter colhido de surpresa a comunidade jurídica. E isto ocorreu provavelmente porque durante mais de sessenta anos habitou-se, no Brasil, a

* Este trabalho foi publicado no livro *A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional* / Coord. Gustavo Tepedino. – 2.ed. ver. E atual. – Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

¹ Para uma contundente demonstração da inconstitucionalidade do Projeto, Luiz Edson Fachin e Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk, *Um Projeto de Código Civil na Contramão da Constituição*, in *Revista Trimestral de Direito Civil*, 2000, vol. 4, p. 243 e ss. V., ainda o *Editorial de revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, Editora Padma, 2001, vol. 7, intitulado *O Novo Código Civil: duro golpe na recente experiência constitucional brasileira*.

discutir a revisão do Código Civil de 1916, sem que se levasse efetivamente a sério a possibilidade de uma concreta recodificação.² O abandono injustificado de uma série de Projetos de lei por parte do Poder Executivo parecia traduzir a vontade política negativa ou o reduzido interesse da sociedade no sentido de uma reforma da legislação civil. Vale lembrar, a título ilustrativo: em 1941 publicou-se importante Projeto de lei relativo ao Código das Obrigações, elaborado pelos professores Orozimbo Nonato, Filadelfo Azevedo e Hahnemann Guimarães. Em 1961, foi convidado o professor Orlando Gomes para redação do novo Código Civil, que deveria regular as matérias atinentes aos direitos de família, reais e das sucessões. Contemporaneamente, a elaboração do anteprojeto de lei relativo ao Código das Obrigações foi cometida ao professor Caio Mário da Silva Pereira. Seu trabalho foi convertido em Projeto de Lei, após a revisão efetuada por uma Comissão composta pelo autor juntamente com os professores Orozimbo Nonato, Theóphilo Azeredo Santos, Sylvio Marcondes, Orlando e Nehemias Gueiros.

Em 1967, sem que houvesse uma razão aparente, o governo simplesmente abandonou o Projeto, nomeando uma Comissão, composta pelos Professores Miguel reale, que a presidiu, José Carlos Moreira Alves, Agostinho Alvim, Sylvio Marcondes, Ebert Chamoun, Clóvis do Couto e Silva e Torquato Castro. Os trabalhos desta Comissão resultaram no Projeto de lei n.635, de 1975, o qual, depois de numerosas alterações, permaneceu esquecido por quase vinte anos, sendo finalmente alçado à agenda prioritária do Congresso nacional, e aprovado por meio da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

Durante todo este tumultuado arco de tempo, o Código de 1916 foi sendo profundamente alterado, de maneira gradual mas intensa, por intermédio da magistratura e do legislador especial, sobretudo depois da reforma constitucional de 5 de outubro de 1988. Pouco a pouco, o esmorecimento do interesse pelo velho Projeto de lei parecia coincidir com a perda de centralidade do Código Civil no sistema de fontes normativas. Assim como na Europa Central Continental, numerosas leis especiais passaram a regular setores relevantes do ordenamento, na medida em que a disciplina do Código era considerada mais

² Basta observar que o mesmo Governo Federal que patrocinou politicamente a promulgação no Código Civil de 2002 convocou, contemporaneamente, sob seus auspícios, Comissão de Juristas, presidida pelo ilustre Professor Silvio Rodrigues, para a Consolidação das Leis vigentes em matéria de Família e Sucessões. A Consolidação foi levada a cabo em março de 2000, ao mesmo tempo em que o Governo Federal estimulava a tramitação no Congresso de Projeto de Lei, encomendado a outra ilustre Comissão, constituída no DOU de 2.10.1996, sob a relatoria do Professor Arnoldo Wald, em matéria de União Estável. Tais iniciativas pareciam indicar a determinação do Poder Executivo no sentido não fazer aprovar um Novo Código Civil.

e mais ultrapassada. Este processo, amplamente registrado em doutrina, conhecido como *movimento de descodificação*, na experiência brasileira reservou à Constituição de 1988 o papel reunificador do sistema. A complexidade da produção normativa e a necessidade de uma releitura da legislação ordinária à luz da Constituição tornavam sempre mais remota a aprovação do Projeto de Código Civil. Por outro lado, a doutrina punha em dúvida a necessidade de um novo Código Civil, dissociado de uma clara transformação da cultura jurídica, que fosse capaz de demonstrar a plena consciência do impacto da Constituição nas relações de direito privado.³ Ao lado disso, o interminável *iter* parlamentar tornava sempre mais legítima a suspeita de que o Projeto não fosse destinado a se transformar em lei. Tais circunstâncias explicam a ausência de uma discussão profunda entre os civilistas, sempre mais incrédulos, e as perplexidades suscitadas pela decisão do governo de retomar o andamento do processo parlamentar e fazer aprovar o Projeto. Nada obstante em seu texto a influência dos Códigos Civis alemão – BGB –, de 1896, italiano, de 1942, e português, de 1966.

Na esteira da técnica legislativa do BGB e ao contrário da sistemática do Código Civil italiano, a adoção pelo Código Civil de 2002 de uma Parte Geral, por si só alvo de objeções doutrinárias, dispensa maiores discussões neste momento, por coincidir com a tradição consolidada no Código Civil de 1916.

A contrário do que de ordinário se verifica no processo de codificação, o Código Civil de 2002 não traduz uma uniformidade política e ideológica, em razão da distância entre os contextos políticos do início e da conclusão de sua elaboração.⁴ Tal circunstância indica a complexidade axiológica da nova codificação brasileira, a exigir especial atenção da atividade do intérprete. Do ponto de vista metodológico, duas são as principais características do Código Civil: 1. A unificação do direito das obrigações; 2. A adoção da técnica das cláusulas gerais, ao lado da técnica regulamentar, como resultado de um processo de socialização das relações patrimoniais, introduzindo-se no direito codificado a função social da propriedade privada e da atividade contratual.

³ Contrapondo-se à conveniência de um novo Código, Francisco Amaral, *A Descodificação do Direito Civil Brasileiro*, in *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região*, Vol. 8, out.-dez. 1996, p. 635 e ss.

⁴ O exemplo mais eloqüente de unidade ideológica de um corpo codificado tem-se no Código Napoleão, por isso mesmo chamado de *Code des Français*, em relação ao qual “*si parlare quase di un fatale incontro con la storia*”, conforme assinala Stefano Rodotà, *Un Codice per L’Europa? Diritti nazionali, diritto europeo, diritto globale*, in P. Cappellini e B. Sordi (a cura di), *Codici – una riflessione di fine millennio*, Milano, Giuffrè, 2002 p. 541 e ss.

Quanto à primeira das características apontadas, seu impacto se faz sentir especialmente no livro relativo ao direito das empresas, já a partir do art. 966, que traz à ribalta o conceito de empresário, objetivamente considerado como o titular de atividade econômica profissionalmente organizada.

A segunda característica tem particular relevância para a parte geral, aqui considerada. O Código Civil introduz cláusulas gerais que revelam uma atualização em termos de técnica legislativa, mas que exigem cuidado especial do intérprete. Adotados em diversos Códigos Civis, como no caso do Código Comercial brasileiro de 1850, no Código alemão de 1896 e no Código italiano de 1942, as cláusulas gerais, só por si, não significam transformação qualitativa do ordenamento. No caso do Código Comercial brasileiro, a boa-fé objetiva não chegou a ser jamais utilizada. A doutrina e a jurisprudência alemãs. A propósito da dicção do § 242 do BGB, precisaram de mais de 40 anos para determinar o real significado da boa-fé ali enunciada. Não foi muito diversa a experiência italiana, onde as cláusulas gerais que, no Código Civil de 1942, eram inspiradas em uma clara ideologia produtivista e autárquica assumiram um significado inteiramente diverso por obra doutrinária, sobretudo depois do advento da Constituição de 1948.⁵

Em outras palavras, as cláusulas gerais em codificações anteriores compreensível desconfiança, em razão do alto grau de discricionariedade atribuída ao intérprete: ou se tornavam letra morta ou dependiam de uma construção doutrinária capaz de lhes atribuir um conteúdo menos subjetivo.

Para evitar a insuperável objeção, o legislador contemporâneo adota amplamente a técnica das cláusulas gerais de modo só aparentemente semelhante à técnica do passado, reproduzida pelo Código de 2002. O legislador atual procura associar a seus enunciados genéricos prescrições de conteúdo completamente diverso em relação aos modelos tradicionalmente reservados às normas jurídicas. Cuida-se de normas que não prescrevem uma certa conduta mas, simplesmente, definem valores e parâmetros hermenêuticos. Servem assim como ponto de referência interpretativo e oferecem ao intérprete os critérios axiológicos e os limites para a aplicação das demais disposições normativas. Tal é a tendência das leis especiais promulgadas a partir dos anos 90, assim como dos Códigos Civis recentes e dos Projetos de codificação supranacional.

⁵ Pietro Perlingieri, *Profili Del diritto civile*, Napoli, Esi, 1994, 3ª ed., p. 32.

Na experiência brasileira, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código de Defesa do Consumidor e o Estatuto da Cidade são bons exemplos de ampla utilização da técnica das cláusulas gerais e de conceitos jurídicos indeterminados associada a *normas descritivas de valores*. O novo Código Civil brasileiro, inspirado nas codificações anteriores aos anos 70, introduz inúmeras cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, sem qualquer outro ponto de referência valorativo. Torna-se imprescindível, por isso mesmo, que intérprete promova a conexão axiológica entre o corpo codificado e a Constituição da república, que define os valores e os princípios fundantes da ordem pública. Desta forma dá-se um sentido uniforme às cláusulas gerais, à luz da principiologia constitucional, que assumiu o papel de reunificação do direito privado, diante da pluralidade de fontes normativas e da progressiva perda de centralidade interpretativa do Código Civil de 1916.

Dito diversamente, as cláusulas gerais do novo Código Civil poderão representar uma alteração relevante no panorama do direito privado brasileiro desde que as lidas e aplicadas segundo a lógica da solidariedade constitucional e da técnica interpretativa contemporânea.

A propósito, destacou-se em doutrina a importância dessa diretriz metodológica no momento em que, com objetivo de se desenhar uma cultura jurídica pós-moderna, sublinharam-se as 4 características centrais da técnica legislativa contemporânea, dentre as quais se destaca a narrativa, como meio de legitimação e de persuasão.⁶ A narrativa na linguagem legislativa é considerada, pois, indispensável à unificação do sistema sempre mais complexo, de modo a permitir a atuação otimizada de uma jurisprudência de valores comprometida com as opções (valorativas) da sociedade.

⁶ Erik Jayme, *Cour general de droit international privé, in Recueil des Cours*, Académie de Droit International, The Hague-Boston-London, Martinus Nijhoff Publishers, 1997, t. 251, 1996, p. 36-37 e ss, que enumera, ao lado da narrativa, o pluralismo, a comunicação e o retorno aos sentimentos (retomada dos direitos humanos). Mais adiante, op. cit., p. 259, o autor ressalta o liame entre as diversas expressões da cultura pós-moderna nas quais se manifesta a narrativa: “*Les beaux-arts sont retournés à la peinture figurative. L’architecture ne se limite plus à démontrer la fonction de la construction technique; elle cherche à signaler des valeurs humaines. Les édifices font allusion à l’histoire, ils contiennent des parties descriptives qui racontent les faits de la vie humaine. Le porteur de la narration est de nouveau la façade du bâtiment à laquelle les architectes ont restitué la tâche traditionnelle de décrire, ou public, la fonction sociale et humaine des édifices. Em ce qui concerne le droit, nous notons un phénomène particulier: l’émergence des ‘normes narratives’. Ces normes n’obligent pas, elles décrivent des valeurs*”.

Se o século XX foi identificado pelos historiadores como a Era dos direitos, à ciência jurídica resta uma sensação incomoda, ao constatar sua incapacidade de conferir plena eficácia ao numeroso rol de direito conquistados. Volta-se a ciência jurídica à busca de técnicas legislativas que possam assegurar uma maior efetividade aos critérios hermenêuticos. Nesta direção, parece indispensável, embora não suficiente, a definição de princípios de tutela da pessoa humana, como tem ocorrido de maneira superabundante nas diretivas européias e em textos constitucionais, bem como sua transposição na legislação infraconstitucional. O legislador percebe a necessidade de definir modelos de conduta (*standards*) delineados à luz dos princípios que vinculam o intérprete, seja nas situações jurídicas típicas, seja nas situações não previstas pelo ordenamento. Daqui a necessidade de descrever nos textos normativos (e particularmente nos novos códigos) os cânones hermenêuticos e as prioridades axiológicas, os contornos da tutela da pessoa humana e os aspectos centrais da identidade cultural que se pretende proteger, ao lado de normas que permitem, do ponto de vista de sua estrutura e função, a necessária comunhão entre o preceito normativo e as circunstâncias do caso concreto.

Pode-se falar, portanto – e não injustamente – de ocasiões perdidas por parte do codificador brasileiro de 2002, o qual teria podido descrever e esmiuçar analiticamente os princípios constitucionais, de modo a lhes dar maior densidade e concreção normativa. De todo modo, cabe ao intérprete, não mais ao legislador, a obra de integração do sistema jurídico; e esta tarefa há de ser realizada em consonância com a legalidade constitucional. No que concerne à parte geral, algumas cláusulas gerais utilizadas pelo codificador merecem especial atenção, relativamente à proteção dos direitos da personalidade e à boa-fé objetiva como cânone interpretativo.

Os direitos da personalidade, ausentes no Código de 1916, foram admitidos no Brasil por força de construções doutrinárias, com base em leis especiais e na Constituição da República. O Código de 2002 regula alguns direitos da personalidade, na esteira de disposições semelhantes dos arts. 5 a 10 do Código Civil italiano. Encontram-se enunciados os direitos ao nome, ao pseudônimo, à imagem. Os atos de disposição do próprio corpo são vedados quando ocasionam uma diminuição permanente da integridade física ou quando sejam contrários ao bom costume. Duas cláusulas gerais são vinculadas nos arts. 12 e 21. O artigo 12 prevê a possibilidade de cessão de ameaça ou da lesão a direito da personalidade e

o ressarcimento pelos danos causados. Nos termos do art 21, “a vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, o requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma”.

Ambos os dispositivos, lidos isoladamente no âmbito do corpo codificado, não trazem grande novidade, sendo certo que a vida privada é constitucionalmente inviolável (CF, art. 5º, *caput*, e inciso X,) e que qualquer lesão possibilita a correspondente tutela jurisdicional (CF, art. 5º, XXXV). Os preceitos ganham contudo algum significado se interpretados como especificação analítica da cláusula geral de tutela da personalidade prevista no Texto Constitucional nos arts. 1º III (a dignidade humana como valor fundamental da República), 3º, III (igualdade substancial) e 5º, § 2º (mecanismo de expressão do rol dos direitos fundamentais).⁷ A partir daí, deverá o intérprete romper com a ótica tipificadora seguida pelo Código Civil, ampliando a tutela da pessoa humana não apenas no sentido de admitir uma ampliação de hipóteses de ressarcimento mas, de maneira muito mais ampla, no intuito de promover a tutela da personalidade mesmo fora do rol de direitos subjetivos previstos pelo legislador codificado.

Como já se teve ocasião de sublinhar, mostra-se insuficiente qualquer construção doutrinária que, tipificando vários direitos da personalidade ou cogitando de um único direito geral da personalidade, acaba por limitar a proteção da pessoa à atribuição de poder para salvaguarda meramente *ressarcitória*, seguindo a lógica dos direitos patrimoniais. Critica-se, nesta direção, a elaboração corrente, que concebe a proteção da personalidade aos moldes (ou sob paradigma) do direito de propriedade.⁸

A personalidade humana deve ser considerada antes de tudo como um valor jurídico, insuscetível, pois, de redução a uma situação jurídica-tipo ou 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

⁷ Para a identificação no Texto Constitucional de uma cláusula geral de tutela da personalidade seja consentido remeter a Gustavo Tepedino, *Temas de Direito Civil*, rio de Janeiro, editora Renovar, 2001, 2ª ed., p. 23 e ss.

⁸ Gustavo Tepedino, *Temas*, cit., p. 23 e ss. Sobre o tema, Pietro Perlingieri, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, cit., passim. V. também, do mesmo autor: *La tutela giuridica della 'integrità psichica' (a propósito delle psicoterapie)*, in *Rivista trimestrale de diritto di diritto e procedura civile*, 1972, p. 763 e ss.; *Il diritto allá salute quale diritto della personalità*, in *Rassegna di diritto civile*, 1982, p. 1021 e ss.; *Perfis do Direito Civil*, Rio de Janeiro, Renovar, 1997, p. 153 e ss.

Codificador brasileiro, será necessariamente insuficiente para atender às possíveis situações subjetivas em que a personalidade humana reclame tutela jurídica.⁹

Permanecem os manuais brasileiros, em sua maioria, analisando a personalidade humana do ponto de vista exclusivamente estrutural (ora como elemento da estrutura das relações jurídicas, identificada com o conceito de capacidade jurídica, ora como elemento objetivo, ponto de referência dos direitos da personalidade) e protegendo-a em termos apenas negativos, no sentido de repelir as agressões que atingem. Reproduz-se, desse modo, a técnica do direito de propriedade, delineando-se a tutela da personalidade de modo setorial e insuficiente.¹⁰ Em que pese, pois, a extraordinária importância das construções doutrinárias que agendaram os direitos da personalidade, a proteção constitucional da pessoa humana supera a setorização da tutela jurídica (a partir da distinção entre os direitos humanos, no âmbito do direito público, e os direitos da personalidade, na órbita do direito privado) bem como a tipificação de situações previamente estipuladas, nas quais pudesse incidir o ordenamento.¹¹

⁹ Pietro Perlingieri, *La personalità umana nell'ordinamento giuridico*, cit., esp. P. 174 e ss.

¹⁰ A necessidade de superação das técnicas setoriais é suscitada por Maria Celina Bodin de Moraes, *Recusa à Realização do Exame de DNA na Investigação de Paternidade e Direitos da Personalidade*, in *A Nova Família: Problemas Perspectivas* (org. Vicente Barreto), Rio de Janeiro, Renovar, 1997, p. 169, em análise crítica à interessante ordem de *habeas corpus* concedida, por apertada maioria de paternidade, que se recusou a se submeter ao teste de DNA. A autora propõe que a solução entre o “conflito de valores constitucionais: direito à (real) identidade pessoal versus direito à integridade física”, seja dirimido em favor do primeiro, considerando a recusa abusiva. “A perícia compulsória se, princípio, repugna aqueles que, com razão, vêem o corpo humano como bem jurídico intangível e inviolável, parece ser necessária e legítima, a ser adotada pelo juiz, quando tem por objetivo impedir que o exercício contrário à finalidade de sua tutela prejudique, como ocorre no caso do recolhimento do estado de ficção, direito de terceiro, correspondente à *dignidade de pessoa em desenvolvimento*, interesse este que é, a um só tempo, público e individual (grifou-se). E conclui (p. 194): “o princípio da dignidade da pessoa humana estabelece sempre os limites intransponíveis, para além dos quais há apenas ilicitude”. Parece aliás sintomático que, nos manuais italianos, a matéria já comece a ser enfrentada em perspectiva unitária. Além da escola doutrinária analisada no texto (v. o manual de Pietro Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, ESI, 1984, p. 347 e ss.), fazem-se estimulantes as páginas de C. Massimo Bianca, *Diritto civile*, vol. I, *La norma giuridica – I soggetti*, Roma, Giuffrè, 1990 (rist.), p. 143 e ss., em que o autor trata do tema como “Os direitos fundamentais do homem ou direitos da personalidade” (literalmente, *I diritti fondamentali dell'uomo o diritti della personalità*), esclarecendo que “os direitos fundamentais do homem, ditos também direitos da personalidade, são aqueles direitos que tutelam a pessoa nos seus essenciais” (...) inserindo-se na categoria mais ampla dos direitos pessoais, como direitos que tutelam os interesses inerentes à pessoa, isto é, os seus diretos interesses materiais e morais”, em contraposição aos “direitos patrimoniais, os direitos que tutelam interesses econômicos”. Em perspectiva metodológica unitária apresenta-se também Pietro Rescigno, *Manuale Del diritto privato italiano*, Napoli, Jovene, 1994, p. 223 e ss., que se refere ao tema em capítulo sugestivamente intitulado “*Tutela civile della persona*”, no qual aborda simultaneamente as garantias constitucionais, a Convenção européia dos direitos do homem e os direitos da personalidade previstos na legislação infraconstitucional.

¹¹ Atente-se para a palavra precursora de José Lamartine Correa de Oliveira e Francisco José Ferreira Muniz, *O Estado de Direito e os Direitos da Personalidade*, cit., p. 14, que propuseram (em 1980!) uma cláusula geral de tutela da pessoa humana no ordenamento jurídico brasileiro, aos moldes da experiência alemã,

Nem parece suficiente o mecanismo simplesmente repressivo e de ressarcimento, próprio do direito penal, de incidência normativa limitada ao aspecto patológico das relações jurídicas, no momento em que ocorre a violação do direito (binômio lesão-sanção), exigindo-se, ao reverso, instrumentos de promoção e emancipação da pessoa, considerada em qualquer situação jurídica que venha a integrar, contratual ou extracontratualmente, quer de direito público quer de direito privado.¹²

Procedendo-se, em definitivo, a uma conexão axiológica do tímido elenco de hipóteses-tipo previsto no Código Civil de 2002 ao Texto Constitucional, parece lícito considerar a personalidade não como um novo reduto de poder do indivíduo, no âmbito qual seria exercida a sua titularidade, mas como valor máximo do ordenamento, modelador da autonomia privada, capaz de submeter toda atividade econômica a novos critérios de legitimidade.

Com efeito, a escolha da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, associada ao objetivo fundamental de erradicação da pobreza e da redução das desigualdades sociais, juntamente com a previsão do § 2º do art. 5º, no sentido da não exclusão de quaisquer direitos e garantias, mesmo que não expressos, desde que decorrentes dos princípios adotados pelo Texto Maior, configuram uma verdadeira *cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana*, tomada como valor máximo pelo ordenamento.

Tal perspectiva não se confunde com construção de um único direito geral de personalidade, significando, ao contrário, o ocaso da concepção da pessoa humana associada exclusivamente à atribuição de titularidades e à possibilidade de obtenção de ressarcimento. Cabe ao intérprete ler o novelo de direitos introduzidos pelos arts. 11 a 23

relatada pelos autores, os quais destacam: A tipologia que se pretende exaustiva não exaure a realidade a camufla o sentido único de toda a problemática”. Atente-se para a palavra precursora de José Lamartine Correa de Oliveira e Francisco José Ferreira Muniz, *O Estado de Direito e os Direitos da Personalidade*, cit., p. 14, que propuseram (em 1980!) uma cláusula geral de tutela da pessoa humana no ordenamento jurídico brasileiro, aos moldes da experiência alemã, relatada pelos autores, os quais destacam: A tipologia que se pretende exaustiva não exaure a realidade a camufla o sentido único de toda a problemática”.

¹² Para uma crítica aguda às técnicas tradicionais dos direitos da personalidade, v. Ezio Capizzano, *Vita e integrità física*, cit., p. 1003, segundo o qual “o direito à integridade física, como especificação de um mais amplo direito à saúde, reflete o interesse público à eliminação das condições de fato (ambientais, etc.) que, possibilitando a agressão a tal bem, constituem, em razão do seu próprio valor instrumental, um obstáculo de natureza social à atuação e ao desenvolvimento da personalidade”; e Massimo Dogliotti, *I diritti della personalità: questioni e prospettive*, in *Rassegna di diritto civile*, 1982, p. 657 e ss.

do Código Civil à luz da tutela constitucional emancipatória, na certeza de que tais diretrizes hermenêuticas, longe de apenas estabelecerem parâmetros para o legislador ordinário e para os poderes públicos, protegendo o indivíduo contra a ação do Estado, alcançam também a atividade econômica privada, informando as relações contratuais. Não há negócio jurídico ou espaço de liberdade privada que não tenha seu conteúdo redesenhando pelo texto constitucional.

Ainda em referência ao tema em questão, destaca-se a cláusula geral contida no art. 52, segundo a qual “aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade”.¹³ Andou bem o legislador, desta feita, em não conferir à pessoa jurídica direitos informados por valores inerente à pessoa humana. Limitou-se aqui o art. 52 a permitir a aplicação, por empréstimo, da técnica da tutela da personalidade, apenas no que couber, à proteção da pessoa jurídica. Esta, embora dotada de capacidade para o exercício de direitos, não contém os elementos justificadores da proteção à personalidade, concebida como bem jurídico, objeto de situações existenciais.

Tal como a pessoa humana, a pessoa jurídica e diversos outros entes despersonalizados são dotados de subjetividade, conferindo-se-lhes a capacidade para serem de direito. Somente no sentido tradicional, portanto, podem-se identificar as noções de personalidades e capacidade, equiparação que, justificando-se no passado, hoje suscita inconveniente conceitual grave, na medida em que a personalidade se torna objeto de tutela jurídica. Para evitar semelhante confusão conceitual, a doutrina contemporânea aparta a noção de subjetividade daquela de personalidade,¹⁴ esta expressão da dignidade da pessoa humana e objeto de tutela privilegiada pela ordem jurídica constitucional.

As pessoas jurídicas são sujeitos de direitos – como também podem sê-lo os entes despersonalizados (basta pensar no Condomínio ou na massa falida) –, dotadas de

¹³ A análise crítica do art. 52, exposta no texto, reproduz fundamentalmente a contribuição encaminhada pelos Profs. Bruno Lewicki e Danilo Doneda, juntamente com signatário, como proposta interpretativa à *Jornada de Direito Civil* organizada no Superior Tribunal de Justiça pelo Conselho de Justiça Federal, nos dias 11 a 13 de setembro de 2002. A sugestão foi apresentada sob o seguinte enunciado: *A diversidade de valores informadores da tutela da pessoa humana e da pessoa jurídica impede a aplicação apriorística dos direitos da personalidade no âmbito empresarial. A ofensa à imagem ou à chamada honra objetiva da pessoa jurídica, em regra, tem repercussão exclusivamente patrimonial, atingindo seus resultados econômicos. Não se trata de direitos da personalidade ditos, nem sua ofensa acarreta danos morais. Sendo os danos morais próprios da pessoa humana, o art. 52 poderá ser utilizado para fixação de danos institucionais que atingem a credibilidade das pessoas jurídicas sem finalidade lucrativa.*

¹⁴ Eis a lição insuspeita de Antônio Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil Português*, Coimbra, Almeida, vol. I, Parte Geral, Tomo I, 2000, 2ª ed.;

capacidade de direito e de capacidade postulatória, no plano processual, segundo as conveniências de política legislativa. Tal constatação permitiu que, ao longo do tempo, fosse estendida, pela doutrina e jurisprudência brasileiras, a proteção recém-consagrada aos direitos da personalidade às pessoas jurídicas. O mesmo raciocínio, de resto, levou o Superior Tribunal de Justiça a admitir o ressarcimento por danos morais às pessoas jurídicas.¹⁵

Assim é que, apesar de a importância prática da solução pretoriana, que permitiu que se assegurasse o ressarcimento em hipóteses de difícil configuração e liquidação de danos, é de se conjurar a perigosa associação da lógica empresarial, informada pelos valores próprios das relações jurídicas patrimoniais, à tutela da pessoa humana, que reside as relações jurídicas existenciais. A fórmula em apreço pode ser explicada, provavelmente, pela insuficiência das construções doutrinárias, no sentido de satisfazer os interesses ressarcitórios das pessoas jurídicas. Mas não se justifica a sua manutenção, que produz conseqüências inquietantes, dentre as quais a fixação de critérios para a valoração de danos e a gradação do quantum ressarcitório de descompasso com a axiologia constitucional, equipando-se empresa e pessoa humana.

É certo que em determinado momento histórico o trabalho jurisprudencial teve indiscutível mérito, ampliando horizontes de reparação, assim como, nos anos setenta, a admissão dos danos morais deu-se por intermédio de raciocínio inteiramente patrimonializado (relembre-se, a propósito, o enunciado da Súmula n. 491 do STF, pela qual “é indenizável o acidente que causa morte de filho menor, ainda que não exerça trabalho remunerado”, consagrando danos morais que, todavia, seriam calculados com base em uma expectativa artificial de ganhos que o filho menor e desempregado poderia vir a gerar para a família!). A importância histórica da jurisprudência evolutiva não justifica, contudo, a repetição acrítica, pela doutrina, de tamanha promiscuidade conceitual, descomprometida com a legalidade constitucional.

Resulta daí o equívoco de se imaginarem os direitos da personalidade e o ressarcimento por danos morais como categorias neutras, aplicáveis à pessoa jurídica *tout court*, para a sua tutela (endereçada, em regra, à maximização de seu desempenho

¹⁵ O entendimento foi consagrado no recente enunciado da Súmula n. 227 daquela Corte: “As pessoas jurídicas podem sofrer danos morais”.

econômico e de sua lucratividade). Ao revés, o intérprete deve estar atento para a diversidade de princípios e de valores que inspiram a pessoa física e a pessoa jurídica. Não se discute ser a pessoa jurídica dotada de capacidade jurídica (e neste sentido invoca-se tradicionalmente sua personalidade jurídica), sendo efetivamente merecedoras de tutela as situações em que se verifica uma falsa semelhança com a tutela da personalidade humana. Isto ocorre, por exemplo, na proteção do sigilo industrial ou comercial, só aparentemente assemelhado ao direito à privacidade; ou no tocante ao direito ao nome comercial, cuja natureza não coincide com o do direito ao nome.

Todavia, a fundamentação constitucional dos direitos da personalidade, no âmbito dos direitos humanos, e a elevação da pessoa humana ao valor máximo do ordenamento não deixam dúvidas sobre a preponderância do interesse que a ela se refere, e sobre a distinta natureza dos direitos que têm por objeto bens que se irradiam da personalidade humana em relação aos direitos (em regra patrimoniais) da pessoa jurídica, no âmbito da atividade econômica privada.¹⁶

Assim é que o texto do art. 52 parece reconhecer que os direitos da personalidade constituem uma categoria voltada para a defesa e para a promoção da pessoa humana. Tanto assim que não assegura às pessoas jurídicas os direitos subjetivos da personalidade, admitindo, tão-somente, a extensão da técnica dos direitos da personalidade para a proteção da pessoa jurídica. Qualquer outra interpretação, que pretendesse encontrar no art. 52 o fundamento para a admissão dos direitos da personalidade das pessoas jurídicas, contrariaria a dicção textual do dispositivo e se chocaria com a informação axiológica indispensável à correção da aludida cláusula geral.

A rigor, a lógica fundante dos direitos da personalidade a tutela da dignidade da pessoa humana. Ainda assim, provavelmente por conveniência de ordem prática, o codificador pretendeu estendê-lo às pessoas jurídicas, o que não poderá significar que a concepção dos direitos da personalidade seja uma categoria conceitual neutra, aplicável indistintamente a pessoas jurídicas e a pessoas humanas.

Descarta a equiparação dos direitos tipicamente atinentes às pessoas naturais (integridade psicofísica, pseudônimo, etc.) vê-se que não é propriamente a honra da pessoa

¹⁶ Cfr. o Prefácio a Alexandre Assumpção, *A Pessoa Jurídica e os Direitos da Personalidade*, Rio de Janeiro, Editora Renovar, 1998.

jurídica que merece proteção, nem em vertente subjetiva tampouco em caráter objetivo. A tutela da imagem da pessoa jurídica – atributo mencionado, assim como a honra, pelo artigo 20 – tem sentido diferente da tutela da imagem da pessoa humana. Nesta, a imagem é atributo de fundamental importância, de inspiração constitucional inclusive para a manutenção de sua integridade psicofísica. Já para a pessoa jurídica com fins lucrativos, a preocupação resume-se aos aspectos pecuniários derivados de um eventual ataque à sua atuação no mercado. O ataque que na pessoa atinge a sua dignidade, ferindo-a psicológica e moralmente, no caso da pessoa jurídica repercute em sua capacidade de produzir riqueza, no âmbito da iniciativa econômica por ela legitimamente desenvolvida.

Há que se resguardar, todavia, a necessária diferenciação entre as pessoas jurídicas que aspiram ao lucro e aqueles que se orientam por outras finalidades. Particularmente neste último caso não se pode considerar (como ocorre na hipótese de empresas com finalidade lucrativa) que os ataques sofridos pela pessoa jurídica acabem por se exprimir na redução de seus lucros, sendo espécie de dano genuinamente material. Cogitando-se, então, pessoas jurídicas sem fins lucrativos, deve ser admitida a possibilidade de configuração de danos institucionais, aqui conceituados como aqueles que, diferentemente dos *danos patrimoniais* ou morais, atingem a pessoa jurídica em sua credibilidade ou reputação.

Com efeito, a maior parte dos danos que são invocados em favor da pessoa jurídica enquadram-se facilmente na categoria dos danos materiais. O ataque à imagem de uma empresa normalmente se traduz em uma diminuição de seus resultados econômicos. Situações há, contudo, em que a associação sem fins lucrativos, uma entidade filantrópica por exemplo, é ofendida em seu renome. Atinge-se a sua credibilidade, chamada de honra objetiva sem que, neste caso, se pudesse afirmar que o dano fosse mensurável economicamente, considerando-se sua atividade exclusivamente inspirada na filantropia. Aqui não há evidentemente dano material. E tal constatação não pode autorizar a irresponsabilidade, ou, em sentido contrário, a admissão de uma desajeitada noção de dignidade corporativa ou coletiva (que chega a lembrar o Ministro de Estado que, anos atrás, se referiu carinhosamente a seu cão de estimação como sendo um ser humano...). A solução, pois, é admitir que a credibilidade da pessoa jurídica, como irradiação de sua subjetividade, responsável pelo sucesso de suas atividades, é objeto de tutela pelo ordenamento e capaz de ser tutelada, especialmente na hipótese de danos institucionais. Tal

entendimento mostra-se coerente com o ditado constitucional e não parece destoar do raciocínio que inspirou a recente admissibilidade, pelo STJ, dos danos morais à pessoa jurídica.

Ao lado das cláusulas gerais acima analisadas, merece particular atenção, ainda, a cláusula geral de boa-fé objetiva, de que tratam os arts. 113 e 422 do Código Civil de 2002. O primeiro deles fixa um novo parâmetro interpretativo, adotado anteriormente pelo Código de Defesa do Consumidor e expandido às relações contratuais em geral, por obra da jurisprudência e da doutrina.¹⁷ Não se poderia, nesta sede, enfrentar senão tangencialmente o tema, desenvolvido amplamente pela doutrina e difusamente utilizado pelos tribunais brasileiros.¹⁸

Aqui basta acentuar que o legislador, cuidando da boa-fé objetiva nos dois preceitos, como princípios interpretativos dos negócios, no art. 113, e como princípio fundamental do regime contratual, no art. 422, deixou mais uma vez de fornecer as balizas hermenêuticas delimitadoras no conteúdo das cláusulas gerais. Não fosse a orientação metodológica, cada vez mais difusa, de imediata conexão axiológica entre o Código Civil e a tábua constitucional, o risco seria gravíssimo e evidente: ou se privaria de efetividade a boa-fé objetiva, por ausência de um conteúdo preciso; ou se atribuiria excessivo poder discricionário aos juízes, confiando-se em sua percepção subjetiva a tarefa da concreção normativa, o que acaba por acirrar a desconfiança em relação às cláusulas gerais, acusadas de portar insegurança ao tráfego jurídico.

Entretanto, a leitura da cláusula geral da boa-fé objetiva a partir dos princípios constitucionais informadores da atividade econômica privada permite desvendar o verdadeiro sentido transformador do preceito na teoria da interpretação dos jurídicos.¹⁹ Com efeito, o dever de interpretar os negócios conforme a boa-fé objetiva encontra-se irremediavelmente informado pelos quatro princípios fundamentais para a atividade econômica privada, quais sejam: 1. A dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF); 2. O

¹⁷ Acerca da expansão do princípio da boa-fé objetiva na teoria contratual, Alinne Arquette Leite Novais, *Os Novos Paradigmas da Teoria Contratual: O Princípio da Boa-fé Objetiva e o Princípio da Tutela do Hipossuficiente*, in G. Tepedino (org.), *Problemas de Direito Civil-Constitucional*, Rio de Janeiro, Renovar, 2001, p. 17 e ss.

¹⁸ Por todos, Judith Martins-Costa, *A Boa-fé no direito Privado*, São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2002, 2ª tiragem, *passim*.

¹⁹ A conexão axiológica é desenvolvida na obra de Teresa Negreiros, *Fundamentos para uma interpretação Constitucional do Princípio da Boa-fé*, Rio de Janeiro, Renovar, 1998, *passim* precedida pelo fundamental Prefácio de Maria Celina Bodin de Moraes.

valor social da livre iniciativa (art. 1º, IV, CF); 3. A solidariedade social (art. 3º, I, CF); A igualdade substancial (art. 3º, III, CF). Os dois primeiros encontram-se inseridos no Texto Maior como fundamentos da República, enquanto os últimos são objetivos da República.

Pois bem: o constituinte vinculou diretamente tais dispositivos à dicção do art. 170, espancando qualquer dúvida quanto ao significado instrumental da atividade econômica privada para a consecução dos fundamentos e objetivos da ordem constitucional.²⁰ Segundo o art.170, “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I – soberania nacional; II – propriedade privada; III – função social da propriedade; IV – livre concorrência; V – defesa do consumidor; VI – defesa do meio ambiente; VII – redução das desigualdades regionais e sociais; VIII – busca do pleno emprego (...).

Entende-se, então, o real significado da cláusula geral da função social do contrato, prevista no art. 421 do Código de 2002, segundo a qual “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”. À luz do texto constitucional, a função social torna-se razão determinante e elemento limitador da liberdade de contratar, na medida em que esta só se justifica na persecução dos fundamentos e objetivos da República acima transcritos. Extrai-se daí a definição da função social do contrato, entendida como o dever imposto aos contratantes de atender – ao lado dos próprios interesses individuais perseguidos pelo regulamento contratual – a interesses extracontratuais socialmente relevantes, dignos de tutela jurídica, que se relacionam com o contrato ou são por ele atingidos. Tais interesses dizem respeito, dentre outros, aos consumidores, à livre concorrência, ao meio ambiente, às relações de trabalho. Associa-se então à função social do contrato à boa-fé objetiva que, seja como princípio interpretativo (art. 113, CC), seja como princípio fundamental do regime contratual (art. 422, CC), significa o dever de interpretar o negócio de modo a preservar o conteúdo econômico e social perseguido pelas partes, daí decorrendo os deveres anexos e recíprocos de lealdade, informação e transparência, nas fases pré-negocial, negocial e pós-negocial.²¹ A boa-fé

²⁰ A perspectiva é bem desenvolvida por Leonardo Mattietto, “Odireito Civil Constitucional e a Nova Teoria dos Contratos”, in G. Tepedino (org.), *Problemas de Direito Constitucional*, cit., p.163 e ss.

²¹ V., em doutrina, Cláudia Lima Marques, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, 4ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002; Antonio Junqueira de Azevedo, *Responsabilidade Pré-Contratual no Código de*

objetiva, pois, justifica-se imediatamente na confiança desperta pela declaração, encontrando sua fundamentação mediata na função social da liberdade negocial, que rompe com a lógica individualista e voluntarista de teoria contratual oitocentista, instrumentalizando a atividade econômica privada aos princípios constitucionais que servem de fundamentos e objetivos da República.

Tal é o desafio metodológico imposto ao intérprete e aqui apresentado, de modo apenas introdutório e exemplificativo, como indicação de um longo percurso a ser percorrido. Há que se ler atentamente o Código Civil de 2002 na perspectiva civil-constitucional, para se atribuir não só às cláusulas gerais, aqui realçadas por sua extraordinária importância no sistema, mas a todo o corpo codificado um significado coerente com a tábua de valores do ordenamento, que pretende transformar efetivamente a realidade a partir das relações jurídicas privadas, segundo os ditames da solidariedade e justiça social.²²

Defesa do Consumidor: Estudo Comparativo com a Responsabilidade Pré-Contratual no Direito Comum, in Revista de Direito do Consumidor, vol. 18, 1996, p. 23 e ss.

²² O significado transformador do princípio da solidariedade, capaz de impregnar toda a ordem pública constitucional, é desenvolvido por Maria Celina Bodin de Moraes, *O Princípio da Solidariedade*, in M. M. Peixinho, I. F. Guerra e F. Nascimento Filho (orgs.), *Os princípios da Constituição de 1988*, Rio de Janeiro, Lúmen Iures, 2001, p. 167 e ss.