

## 5ª. AULA. Direito e relações jurídicas

### TEXTO:

FACHIN, Luiz Edson, *Teoria crítica do direito civil*, 2.ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2003, ps. 97 a 112.

### CASO PRÁTICO: O CASO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

No Estado de Roraima, Josielde é vítima de violência doméstica. Casada há oito anos com Armelindo, o casal tinha uma rotina estável e almejava ter filhos, até que Armelindo perde o emprego e entra em depressão. Durante 2 anos, Josielde continua segurando o orçamento familiar, mas o comportamento de Armelindo começa a se alterar, pois “volta para casa bêbado e reclamando da vida, chegando tarde”, e andava “arrumando uns amigos esquisitos e, vira e mexe, se metia em briga de rua”. Certa vez, Armelindo entra em casa e tenta manter relações sexuais com Josielde, em estado de completo alcoolismo. Josielde se recusa, mas Armelindo é mais forte e amarra Josielde na cama, e, depois de espancá-la, tem relações com ela. Este foi só o começo do fim. Josielde amava seu marido, e, por isso, não denunciou os fatos à delegacia da mulher, numa primeira oportunidade, crendo que seria possível uma recuperação. Ademais, caso viesse a denunciar os fatos, acredita, teria de enfrentar a vergonha de expor em público a fragilidade da situação de seu marido. Assim, procura o sistema de apoio psicológico e uma associação de alcoólicos anônimos, inscrevendo e levando Armelindo, que frequenta as sessões, até ter uma forte recaída, e se tornar ainda mais violento, começando a espancar Josielde, por inúmeras vezes. Sem coragem para denunciar, são suas amigas que, no trabalho, começam a perceber a alteração de comportamento de Josielde, as faltas no trabalho, e, sobretudo, as marcas de violência física, sempre negadas por ela, perante as amigas. Após inúmeras conversas, uma de suas amigas, Carolina, resolve apoiar Josielde a sair de casa, denunciar as violências, oferecendo-lhe abrigo temporário em sua casa.

Josielde denuncia a violência doméstica à Delegacia da Mulher, com base na Lei Maria da Penha, e entra com processo de divórcio. Após 2 meses morando com sua amiga, Josielde está a caminho do trabalho, quando é surpreendida por Armelindo, que gritava “Você quer se separar! Você quer se separar!”, armado de uma faca, com a qual lhe bate na cabeça, e, ao final, amputa as suas duas mãos.

Após o ocorrido, toda a pequena cidade onde mora Josielde fica escandalizada, e se mobiliza em seu favor, por moções de apoio e ampla campanha de discussão da situação nos jornais locais, demonstrando conscientização da necessidade de prevenção e desestímulo para que outros casos não venham a ocorrer.

A entidade de mulheres feministas VIOLÊNCIA NUNCA MAIS assume a luta por justiça, e coloca o debate em pauta, mobilizando mídias, blogs, políticos, grupos ativistas e igrejas, seja em favor de Josielde, seja em favor de outras mulheres que se encontram na mesma situação, reconhecendo-se a lentidão da justiça, as dificuldades de lidar com a dor, o desamparo das condições de vida e a fragilidade psicológica, econômica e social das vítimas da violência, considerando-se a carência de serviços públicos neste campo.

Mediante pressão, uma consulta pública é aberta, e as autoridades públicas querem identificar, na opinião da população, vários aspectos relevantes para a formação de uma política pública de atendimento à mulher vítima da violência. É marcada uma data de audiência pública, e neste dia, comparecem algumas identidades, que opinam por diversas abordagens.

1. Enquanto representante da entidade VIOLÊNCIA NUNCA MAIS, apresente as estatísticas de violência contra a mulher no Brasil, e aponte os méritos os avanços da Lei Maria da Penha, e, também, da criação das Delegacias de Defesa da Mulher, apontando, no entanto, a insuficiência da criminalização para o adequado tratamento das situações de violência;
2. Enquanto representante da entidade MULHERES UNIDAS, apresente as soluções concretas preventivas e os serviços públicos necessários de serem implementados, considerando os desafios e a complexidade da violência doméstica e a situação do atendimento à vítima;
3. Enquanto representante da LIGA DAS RELIGIÕES, apresente a proposta de criação do Núcleo de Atendimento à Família e aos Autores de Violência Doméstica, visando envolver os homens em programas de conscientização.

Propõe esta obra uma teoria crítica para captar as transformações que perpassam o Direito Civil brasileiro contemporâneo. Há lugar para uma nova introdução que se propõe a reconhecer a travessia em curso e que se destina a um olhar diferenciado sobre as matérias que compõem o objeto de análise.

Não se trata de uma reciclagem funcional dos parâmetros do Direito Civil, mas sim de uma recomposição e de um redimensionamento dos afazeres didáticos e de pesquisa. Um ensaio de investigação que entrelaça o Direito Civil e a sociedade.

Por isso, a crítica do Direito Civil, uma busca de respostas que sai do conforto da armadura jurídica, atravessa o jardim das coisas e dos objetos e alcança a praça dos dramas e das interrogações na cronologia ideológica dos sistemas: uma teoria crítica construindo um modo diverso de ver.

Um novo Direito Civil, a partir de seus pilares fundamentais, o contrato, o projeto parental e as titularidades, e a proposta do tempo que se faz agora, síntese do passado que restou e do futuro ainda por se estabelecer.

É uma hipótese que apenas se propõe a promover alguma comunicação e que constitui veículo do que se quer, na crítica, construir e se reconhecer no plural transitorio do Direito Civil em contínua mutação. Mostra-se como uma carta, selada no tempo e no espaço. Os destinatários nela se reconhecerão.



Atende pelo reembolso postal  
[www.editorarenovar.com.br](http://www.editorarenovar.com.br)  
[renovar@editorarenovar.com.br](mailto:renovar@editorarenovar.com.br)



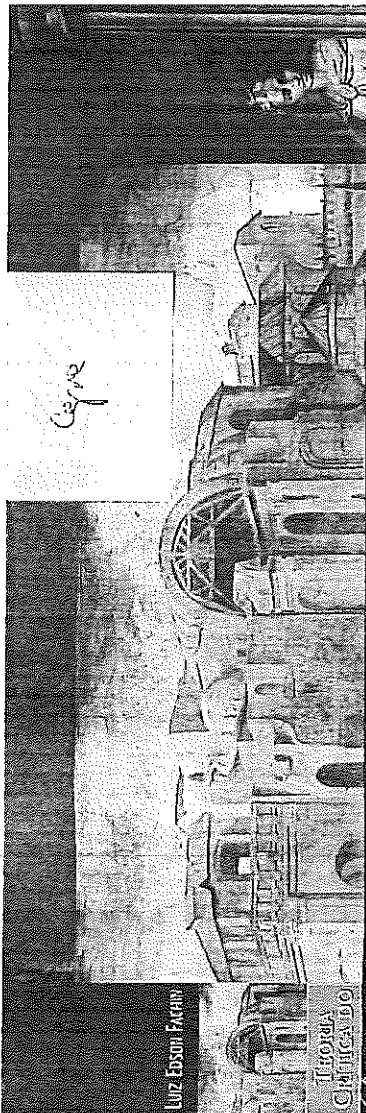
RENOVAR

RENOVAR

TEORIA CRÍTICA DO

*Direito Civil*

LUIZ EDSON FACHIN



caso concreto. Esta ordem de idéias, todavia, não é aquela que está como base informativa do sistema clássico. Duas são as órbitas pelas quais a relação jurídica é normalmente apreendida. A primeira, como paradigma e a segunda, como relação jurídica em concreto, ou a relação jurídica concreta propriamente dita. A relação paradigmática é aquela que estabelece uma moldura, em face da qual o desenho da realidade do vínculo estabelecido entre as pessoas deve se amoldar. No caso de se enfocá-la como relação jurídica em concreto, esses vínculos são extraídos da realidade que se impõe por si só.

No sistema clássico, a primazia é colocar acima do que se verifica concretamente a previsão do modelo da relação jurídica.<sup>111</sup> Para evitar que isso turbasse a compreensão da relação jurídica abstratamente considerada, o que interessa é um paradigma abstrato, que recolhe a realidade e faz com que a relevância jurídica dos dados se amolde a essa ordem previamente estabelecida. É nisso que se visualizam os elementos básicos que integram a relação jurídica, o sujeito, o objeto, o fato jurídico constitutivo e, por último, a chamada garantia.

É como se a resposta sempre estivesse formulada antes da elaboração da própria pergunta. Enfeixa-se aí a aletéia conceitual da parte geral,<sup>112</sup> nas codificações e na teoria geral

111. Um exemplo concreto: O novo Código Civil brasileiro, no artigo 481, dá o conjunto de elementos por meio dos quais é possível enxergar a relação jurídica de compra e venda, em que diz que a compra e venda é um contrato. Logo, é uma relação jurídica, uma vez que todo o contrato implica a existência desta relação. É o contrato pelo qual alguém entrega a outrem, mediante o pagamento de um determinado preço, certa coisa. Então, sujeito, preço e objeto compõem a moldura básica da compra e venda.

112. Captar a vida privada em todas as suas expressões, eis o desígnio inaceitável da Parte Geral. "A Parte Geral do Código Civil reúne princípios, conceitos e regras de caráter pretensamente comum aos diversos ramos da Parte Especial (Direito de Família, Direitos Reais, Direito das

da doutrina tradicional, concebida como represa e vertedouro das questões suscitadas sob suas categorias e premissas.

## 2.2. Direitos e Raiz Antropocêntrica

Sujeito de direito pode ser, nessa perspectiva condicionante, a pessoa à qual o sistema jurídico faculta o ingresso no plano do Direito, para inserir-se numa determinada titularidade. São todas as pessoas<sup>113</sup> que têm esse estatuto e podem efetivamente se erigir na condição de titular de uma determinada posição jurídica.

Os manuais de sistemas diversos abrem suas páginas de marcando, de um lado, o sentido jurídico da pessoa e, de outro, suas respectivas espécies.<sup>114</sup>

Obrigações e Direito das Sucessões). Fiel ao princípio de que o geral precede o particular e de que o gênero (*genus*) compreende as espécies (*species*), a Parte Geral é uma construção científica do direito alemão de séc. XIX, a chamada Pandectística, tendo por base o direito romano Justiniano. Desde a sua criação, a Parte Geral tem sido objeto da crítica doutrinária, por não se aplicar a todas as disposições da parte Especial, sendo considerada dispensável a até prejudicial". (AMARAL NETO. *Direito Civil ...*, p. 28.)

113. A realização do livre desenvolvimento da personalidade, sem exclusões, não se resume à teoria jurídica, especialmente para quem, de modo coerente, considera em sua análise "inúmeros problemas — de verdadeira sobrevivência — com que se defrontam largas camadas da população". (PINTO, Paulo Mota. O direito ao livre desenvolvimento da personalidade de. *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, v. 40, p. 149-246, 2000, p. 246.)

114. Não se distancia desse modelo a doutrina: "Les personnes', au sens juridique du terme, sont les êtres capables de jouir de droits; ce sont, d'une expression équivalente, les 'sujets de droit'. Il existe deux sortes de sujets de droit, deux sortes de personnes, si différentes qu'il ne peut être question de les étudier ensemble: 1° Les 'personnes physiques' (ce sont Les hommes mêmes); 2° Les 'personnes morales' (ce sont des groupements, groupements d'individus ou de biens, qui sont assimilés par le droit à des personnes)". (Droit civil. 20. ed. Paris: PUF, 1996. v. 1: les personnes: personnalité,

Se por personalidade jurídica exprime-se, na pessoa, a aptidão que liga à aquisição de direitos e obrigações a liberdade e a igualdade, é o que se afirma ao afirmar que os seres humanos realizam suas necessidades básicas a partir de relações jurídico-econômicas. Poderia ser, se se tratasse da liberdade real e da igualdade material, e aí a questão estaria em reputar inserido, na esfera jurídica das pessoas, direito fundamental de realização da personalidade como condição primária de todos os demais direitos subjetivos daí derivados.

Sendo absolutos e inapropriáveis os direitos da personalidade, aí encartado o direito à vida, a noção de personalidade jurídica deve veicular não apenas uma aptidão abstrata mas também mecanismos efetivos da realização de tais direitos. Em assim não sendo, a capacidade, como medida jurídica da personalidade, é apenas um mero abalancamento que consideramos *aptos os já capazes*, insuficiente para emancipar, além da abstração, a realização completa dos sentidos da dignidade humana para todos.

Tem integral procedência, então, a defesa de atribuição da capacidade de direito a todos os seres humanos, sob pena de ofensa aos direitos da personalidade. Nela, limite de atribuição não há nem pode haver. Restrição confere o sistema ao exercício, estatuinto os incapazes absolutos (NCC, artigo 3º), e os relativos (NCC, artigo 4º<sup>115</sup>), daí extraindo seqüelas

*incapacités, personnes morales*, p. 11). No Brasil, a opção ficou com a expressão "pessoas jurídicas."

115. NCC, art. 4º. "São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:

- "I - os maiores de 16 (dezesesseis) e menores de 18 (dezoito) anos;
- "II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;
- "III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo;
- "IV - os pródigos.

Parágrafo único. A capacidade dos índios será regulada por legislação especial." No que diz respeito aos indígenas, a codificação não se harmoniza com o reconhecimento plural de sujeitos diferenciados, povos com identidade e cultura constitucionalmente asseguradas.

(como se infere dos artigos 166 e 171 do novo Código Civil). O juízo codificado sobre as incapacidades estabelece um *estatuto de interdição*, completa ou parcial.

A primeira crítica que emerge dessa formulação é aquela que vai contra o sentido exclusivamente técnico da pessoa. A segunda é a noção do conceito prévio, quando o sujeito faz parte das relações jurídicas como um elemento, o que significa chegar à própria negação da existência de direitos subjetivos que são inatos às pessoas: em última *ratio*, atribuir a alguém, a um ente, ou a um procedimento, prerrogativa de definir quem são os sujeitos, é o que se atribui a estes sujeitos, significa colocar a inserção "no mundo", nas mãos de quem define o estatuto de ingresso nesta ou naquela posição jurídica. Em outras palavras, é relegar a condição inata de pessoa, que não depende desse recobrimento jurídico para ser titular de direito fundamental. Por essa razão, não enquadrar o sujeito como elemento da relação jurídica depende concretamente da orientação que se tem no plano das idéias.

Essa é a crítica feita pelo professor Orlando de Carvalho à noção clássica da relação jurídica. Para ele, a relação jurídica deve sempre levar em conta o sujeito em concreto.<sup>116</sup>

116. Conforme diz à página 90 da obra já mencionada anteriormente: *Para uma teoria de uma relação jurídica civil*. Nesse sentido é que se julga oportuna a repersonalização do Direito Civil, isto é, a acentuação da sua raiz antropocêntrica, de sua ligação visceral com a pessoa e seus direitos. Mas qual pessoa? Orlando de CARVALHO esclarece à página 92: "Ao homem comum, ou seja, a este que é sensível quando, nos direitos dos negócios, a sua vontade faz lei, e ainda quando, no direito das pessoas se defende suas personalidades, ou quando, como no direito das associações, se reconhece a sociabilidade, e no direito de família, a sua afetividade se estrutura. E quando, no direito das coisas, direito sucessório, as suas dominialidades e a responsabilidade se potenciam". E acrescenta: "É esta centralização do regime em torno do homem e dos seus imediatos interesses que faz com que o Direito Civil, o *foyer* da pessoa, o lar, a casa, digamos assim, da pessoa, do cidadão mediano, do cidadão puro e simples". E conclui: "restaurar a primazia da pessoa é assim, dever número um de uma teoria do Direito que se apresenta como a teoria do Direito

Não só há algumas situações em que existe direito sem sujeito, e eventualmente, sujeito sem direito; o sentido é o de garantir a existência de direitos subjetivos, independente de sua previsão normativa. O Direito Civil, tradicionalmente, não se compadece da existência de direito ou do objeto sem um sujeito: é assim na herança jacente. Basta ver que para aqueles direitos potencialmente sem sujeito o sistema encontra um mecanismo de atribuição que sempre identifica um direito ligado a um sujeito.

O Direito se preocupa em dar sempre a um sujeito alguma imbricação no plano dos direitos, e aí haverá algo que se submeta, em maior ou menor grau, a seu poder. É um direito à procura de um sujeito, nesse sistema fechado, que quer sempre segurança e estabilidade na atribuição do direito. Isso não significa desprezo pelos conceitos, obra útil à teoria da relação jurídica desse modelo fechado. A crítica é contra a pretensão da abstração conceitual de dominar a realidade.

Acerca do objeto, há a separação entre pessoa e coisa no âmbito da relação jurídica, e entre objeto imediato e mediato, o que, classicamente, repercute especialmente no Direito das obrigações.

No estudo crítico do Direito Civil, deve ser revista a parte geral do Direito das obrigações. São dois momentos em que esses conceitos básicos podem ser mais bem espelhados. No sentido imediato, a obrigação tem como objeto uma prestação, e só imediatamente passa a ser objeto corpóreo. É por isso que a destruição da coisa corpórea não implica, obviamente, o perecimento do direito. A prestação é um comportamento.<sup>117</sup> Inferre-se que, no direito obrigacional, a noção de objeto traduz comportamento.

Civil, independentemente do sistema favorecer ou não esse primado". Quem objeta esse tipo de idéias advoga que o Direito não pode ficar à mercê da verificação concreta dos fatos, sustentando, portanto, exatamente essa prevalência da relação abstrata, genérica como um paradigma, e colocando o sujeito inserido nessa ordem classificada.

117. Washington de Barros MONTEIRO, no seu volume do curso de

Há, ainda, argumento no sentido de inserir, como elemento da relação jurídica, o fato jurídico constitutivo. Há fatos que geram consequências jurídicas dependentes da vontade ou ação voluntária; são naturais os que independem da vontade. Aqueles que não dependem da vontade humana, mas dela derivam, são atos lícitos ou atos jurídicos em sentido amplo. Estes últimos se dividem em negócio jurídico e ato jurídico em sentido estrito.

A relação jurídica nasce de um fato jurídico, o que, no plano lógico, exclui o fato como elemento da relação; é, antes, um dos seus pressupostos. Esta posição poderia ser inteiramente acatada, se não fosse o problema que pode emergir daí. Os fatos constituem a mola propulsora da relação. A conclusão é que só haverá relação jurídica se houver, como antecedente, um fato que seja valorado pelo Direito como constitutivo de uma dada relação jurídica. O que seria incorrer numa concepção profundamente objetivista das relações jurídicas, segundo as quais, só haveria relação que interessasse para o Direito à medida que se concedesse, previamente, importância a essa circunstância.

Essa visão dá supremacia ao ordenamento jurídico como último gerador dessas relações, como definição objetivista do que seja negócio jurídico e do que seja relação jurídica. Um exemplo desse tipo de ponto de vista está na obra do professor Emílio Betti: "A relação jurídica, no campo do direito privado, pode caracterizar-se precisamente como uma relação em que o direito objetivo se estabelece de uma pessoa a outra, na medida em que confere a uma, um poder, e impõe

Direito Civil das Obrigações, assim oferta definição: "A obrigação é a relação jurídica de caráter transitório que vincula o credor ao devedor, tendo por objeto uma prestação pessoal e econômica que satisfaça os interesses do credor, garantindo-lhe o adimplemento com o seu patrimônio". (MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. 18. ed. 1983. v. 4: Direito das obrigações, p. 8.)

à outra, um vínculo correspondente".<sup>118</sup> A relação jurídica, no campo do direito privado, pode caracterizar-se como uma relação em que o direito objetivo se estabelece. Logo, se o direito objetivo não se estabelecer, não há esta relação. Esta concepção objetivista das relações jurídicas coloca no primeiro plano essa postura diferenciada e qualificada a partir do direito objetivo.

A afirmação de que não há relação entre pessoas e coisas, que se infere desta teoria, leva a algumas consequências teóricas e práticas. A saber: se as relações só são entre pessoas, significa que todas as coisas, já que não podem estar num dos pólos da relação jurídica porque não têm "vontade",<sup>119</sup> estarão sempre submetidas ao poder de alguém. E isto legitima indivíduos de se apropriarem de quase tudo e definir o querer e o não querer: eis o contrato social. Equívoco em vão.

A formulação nada mais apreende do que se erigir à condição daqueles que se apropriam das coisas. É a vida contemporânea, apropriada para se destruir. A relação jurídica entre esses sujeitos é um mecanismo de legitimação da

118. BETTI, Emílio. *Teoria geral do negócio jurídico*. Coimbra: Coimbra, 1969. t.1, p. 26.

119. A expressão jurídica do querer eleva o sujeito que contrata (e que, por isso mesmo, atua na impulsão dos mecanismos que compõem a assim denominada dinâmica jurídica) ao papel de edificador de categorias mitológicas. É a crítica de Oscar CORREAS: "Es claro que nadie sabe qué sea la voluntad, y los juristas menos que nadie. Porque cuándo hay voluntad libre? Cuando no suceden hechos que impiden la expresión libre de la voluntad: 'no hay consentimiento válido si ha sido dado por error o si ha sido arrancado por la violencia o por la sorpresa del dolo' (Códex, art. 1109), puesto que 'el consentimiento que forma las convenciones debe ser libre'. Esta técnica jurídica es sin duda eficaz; si no lo fuera no hubiera podido mantenerse durante tantos siglos. Sin embargo la ideología que la recibe es verdaderamente mitificadora". (CORREAS, Oscar. *Introducción a la crítica del derecho moderno*. 2. ed. Puebla: Universidad Autónoma de Puebla, 1986, p. 80.)

histórica exclusão social e econômica. A retomada da principiologia axiológica e a "constitucionalização"<sup>120</sup> navegam contra essa maré. Para o direito de propriedade e as pessoas nele relacionadas, o sistema encontrou a obrigação passiva universal porque não há relação entre proprietário e a coisa, que é o objeto da sua apropriação.

Cria-se esse modelo, segundo o qual há uma sujeição passiva universal, como se fosse possível que alguém, titular de uma determinada coisa, ao mesmo tempo tivesse um vínculo jurídico com todos os demais, ainda que por ausência, obrigado a respeitar o direito que emana de outro. Esta não é obrigação, e sim um dever, e se aplica a todos. E é por isso que o direito acaba sendo um instrumento móvel e profundo da linguagem e, onde está, serve como

120. Em sentidos plurais e emancipatórios decifra-se a relação entre codificação e constituição: "La codificación comienza por entender el propio 'derecho civil' como elemento parcial y adicionado a otro 'constitucional'. El estado 'civil' recupera una expresión literal de 'status' para un campo, el doméstico, del que había desaparecido por gracia del constitucionalismo, mas esta misma restricción permite la abstracción de la categoría del político que ahora se tiene por constitucional, despejándose aquí más fácilmente 'estados'. El mismo 'estado civil', el 'status' más explícito, se plantea en cambio constitucionalmente en un campo social que importa alma orden también hemos visto. Para la codificación, uno y otro espacio, el 'civil' y el 'constitucional', quedan de igual modo sometidos a la determinación de las leyes, pero, estando así distinto el segundo, puede el mismo plantearse en un futuro como debido en cambio a 'los derechos'. Un constitucionalismo de derechos existe y puede comparecer de nuevo. Es un mañana contenido en un hoy, en el hoy histórico de la codificación: postrevolucionaria y no en el de las instituciones preconstitucionales. No será necesario añadir que el constitucionalismo sin codificación, el mismo de matriz inglesa y aun con todas sus posiciones de 'status', tiene más abierto todavía, con una base constante de 'derechos', dicho horizonte que resulta de cultura". (CLAVERO, Bartolomé. *Happy constitution: cultura y lengua constitucionales*. Colección Estructuras y Procesos — Serie Derecho. Madrid: Trotta, 1997, p. 36.)

forma de explicar aquilo que os conceitos, em relação à realidade, não dão conta.<sup>121</sup>

### 2.3. Direitos Subjetivos: Crítica à Orientação Positivista

A concepção de direito subjetivo admite uma variante clássica, que é o direito potestativo, que não se confunde com o direito personalíssimo. Na "repersonalização" e na "despatrimonialização" constitucionalizada,<sup>122</sup> a ampliada noção de direito subjetivo assume relevo. E é por isso que, atualmente, mostra-se inconsistente a teoria da negação dos direitos subjetivos. Não existem, perante o ordenamento, apenas situações jurídicas, em que as pessoas ou se amoldam a essas situações jurídicas ou não existem para o mundo do direito.

121. Já anotamos, em outro texto, a incidência da complexidade como categoria apta a fraturar frágeis certezas e a fragmentar percepções monolíticas: "Numa sociedade de identidades múltiplas, da fragmentação do corpo limite entre o sujeito e o objeto, o reconhecimento da complexidade se abre para a idéia de reforma como processo incessante de construção e reconstrução e o Direito. O presente plural, exemplificado na ausência de modelo jurídico único para as relações familiares, se coaduna com o respeito à diversidade, e não se fecha em torno da visão monolítica da unidade". (FACHIN. A reforma no direito brasileiro: novas notas sobre um velho debate no direito civil. *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, v. 74, p. 154, 1998.)

122. Explica Tepedino a vinculação entre "constitucionalização" e "despatrimonialização": "Na realidade, a eficácia do projeto constitucional pressupõe, de uma parte, que se compreenda a relação entre a Constituição e a legislação infraconstitucional como relação em que a primeira se apresenta como fundamento interpretativo da segunda; de outra, a adesão à arguta formulação doutrinária que revelou, não sem objeções, a paulatina corporificação, nos ordenamentos jurídicos contemporâneos, de um processo de 'despatrimonialização' do direito privado". (TEPEDINO. *Constitucionais da propriedade privada*. In: MENEZES DIREITO, Carlos Alberto [Org.]. *Estudos em homenagem ao Professor Caio Tácito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 317-318.)

Se a categoria do direito subjetivo não tinha esse sentido no plano da teoria geral do direito privado, admitindo-se que há uma teoria geral advinda dessas categorias fundamentais, especialmente sob o influxo dos valores constitucionais,<sup>123</sup> a atribuição de poder ou deveres não dependia da existência de um sujeito *in concreto*, e sim da previsão específica de uma dada situação.

Isso significa Direito que se reduz à regra, obra passível de crítica porque suprime a idéia mais ampla de direito e a existência de um sujeito que não é criado e não se contém na previsão normativa. O sujeito extrapola e precede a previsão normativa. Refuta-se esta negação, quer no plano da teoria do direito, quer nos direitos contratuais; admite-se o direito subjetivo, mas este, ao ser admitido, apresenta-se numa diferenciada configuração. Uns são tidos como direitos subjetivos impróprios, também chamados de potestativos. E outros, num quadrante bem diferenciado, são os direitos personalíssimos. Ambos ligados à expressão do ser humano.

É nessa perspectiva que o direito subjetivo implica a coexistência de direito e deveres. Esta coexistência deixa de se apresentar quando, num dos pólos, há um direito mas, no outro, há, necessariamente, um dever que, ao continuar sendo um direito subjetivo passa a ser um direito subjetivo próprio. Potestativo direito que emerge de um poder que se

123. Em diversas experiências legislativas e culturais, uma fortificada dimensão constitucional surge. "El valor normativo de la Constitución se predica no sólo de aquellos contenidos de la misma que tengan una formulación preceptiva o prescriptoria, sino de la totalidad de su contenido. No hay palabra vana en la Constitución y todas ellas, como meros 'principios', como enunciado de 'valores constitucionales', como expresión de sentido a tener en cuenta en la interpretación, tienen valor normativo directo. Podrá discutirse su alcance, que, obviamente, tendrá que ser distinto, nunca ese valor normativo." (ENTERRIA, Eduardo García de. El valor normativo de la Constitución de 1978. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense*, Porto Alegre, v. 3, 1999, p. 28.)

impõe perante outrem, e que implica esse juízo de quase sujeição.<sup>124</sup>

O Código Civil é resultado do apego às aspirações e às generalizações. Categorias jurídicas, e não o sujeito, estavam no centro das preocupações.<sup>125</sup> Por isso, o silêncio sonoro sobre essa matéria. Entretanto, as codificações começaram a

124. Um exemplo concreto de como isso se passa é o caso de revogação de mandato ou de "procuração". Procuração é negócio jurídico e não apenas o instrumento do mandato. A novo Código mantém visão reducionista (no art. 653, segunda parte) sobre a procuração como instrumento do mandato. Nada obstante, o exercício potestativo se faz, como antes, presente. Quando, por exemplo, Antonio deseja fazer uma revogação dos poderes que outorgou a Bernardo, a regra é que o poder de revogação de Antonio se imponha sobre Bernardo, sem que esse possa se opor. Um outro exemplo dessa ordem de idéias é a propositura da ação, no sentido de pretensão de divórcio, quando Antonio está matrimonializado com Bernardo, mas separado de fato. A separação de fato autoriza a propositura do divórcio e o direito que Antonio tem de deduzir em juízo essa pretensão, preenchidos os pressupostos legais, e ser admitido e decretado o fim do vínculo; é um direito potestativo. Na órbita do direito potestativo, não é contestado que aquele que exerce direito também satisfaça, antes ou depois de ter completado o dever. É claro que há certas nuances, como no caso da revogação, o dever de reembolsar quantias adiantadas, prestar contas, responder perante a boa-fé de terceiros, mas não há obrigação de continuar com o vínculo.

125. A primazia constitucional abre, presentemente, diversas possibilidades dialéticas: "El constitucionalismo es un sistema que, si merece el nombre, si no se reduce a mera cobertura de poderes, toma como punto de partida el reconocimiento de derechos, de unos derechos individuales. Lo hace para el mismo establecimiento de poderes, de unos poderes sociales. Los unos se deben a los otros, los poderes a los derechos. Han de garantizarse y promoverlos. Para eso sirven constitucionalmente. Lo primero, el derecho, es lo primario o precedente; lo segundo, el poder, lo secundario o derivado. Hablamos por lo tanto ante todo y sobre todo de derechos, de los derechos de partida del constitucionalismo que, como no dejan de reflejar nuestras mismas Constituciones, son derechos individuales. Pero este primer o principal capítulo constitucional no se agota con esto, con el sujeto individual. Los derechos, unos todavía primarios, los precedentes, cabe que sean también sociales o incluso puede que deban". (CLAVEIRO, op. cit., p. 250.)

abrir capítulos para selar direitos subjetivos que não se confundiam com direitos objetivos, classicamente emoldurados, e nem com o direito potestativo, para disciplinar e garantir os chamados direitos personalíssimos, direitos esses que são de dupla face. São direitos que têm uma feição privada por terem respeito a um particular, mas a garantia é pública. Direito à liberdade é o direito de um indivíduo, e a tutela desse direito é de ordem pública. Esses direitos personalíssimos, no sentido clássico, nascem e se desenvolvem no âmbito das relações privadas.<sup>126</sup>

Dai emergem a intransmissibilidade e a irrenunciabilidade. Sendo irrenunciáveis, existirão pelo menos durante toda a vida do seu titular, sendo, portanto, quando menos, vitalícios. E, sendo intransmissíveis, vitalícios e impenhoráveis, não suscetíveis na valoração pecuniária, são, então, extrapatrimoniais.

Os direitos de personalidade, cuja realidade surge mais acentuadamente agora nos debates sobre a integridade física, o direito à liberdade, à intimidade e à integridade intelectual, comparecem na seara de direitos imateriais, que também são tuteláveis.

No caso dos direitos de personalidade, são diversos os mecanismos que, hoje, o sistema coloca à disposição para tutelá-los. Esses mecanismos, por sua vez, vão desde as cautelares e suas respectivas medidas até as próprias ações cominatórias e a indenização propriamente dita. Pode se exigir que cesse a ameaça ou a lesão, e reclamar perdas e danos sem prejuízos de outras sanções previstas.

Como visto, então, na temática dos direitos de personalidade, ao lado do direito à honra e à intimidade, outros

126. Por essa razão, no Código Civil de 2002, há um capítulo específico sobre os direitos da personalidade, contidos em alguns artigos, a partir do artigo 11, onde se lê que, "com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo seu exercício sofrer limitação voluntária."



campos se abrem para a pesquisa, como o direito à imagem e os demais relativos à identidade. O direito ao corpo e às partes do corpo suscita novos desafios que desbordam da natureza jurídica e do quadro geral dos direitos de personalidade para alcançar um instigante horizonte ético.

#### 2.4. A Anatomia do Biografado na Codificação

Feito esse transcurso *quantum satis* pelos nichos que agasalham a formulação tradicional da relação jurídica, que vai do Código à Constituição,<sup>127</sup> o exercício dessa viagem recomenda os pressupostos desta estação epistemológica.

Retomam-se, com o objetivo de tecer uma exposição introdutória à teoria, certos elementos que configuram a espinha dorsal da crítica ao Direito Civil.

Desse modo, resgata-se a idéia da radiografia do que se designa "biografia do sujeito jurídico". Como já exposto, procurou-se localizar o sentido de uma codificação que foi moldada sobre o indivíduo, sendo este colocado para o sistema do direito como um sujeito, mediante o conceito da personalidade e de um conjunto de categorias da "parte geral" que

127. O fenômeno da "constitucionalização" requer adequada explicitação, e por isso, "é bom também não esquecer que o espectro das suas valorações tem que se situar dentro dos parâmetros constitucionais de ordenação, com respeito pelo papel de integração do sistema que, em última instância, a estes cabe. O que, atendendo à visão do homem e ao modelo de sociedade que as nossas constituições perfilham, não representa qualquer violentação do sentido próprio e mais profundo do Direito Civil. Muito pelo contrário, o enquadramento constitucional fornece as bases para um permanente zelar para que o Direito Civil não acolha soluções contrastantes com os valores da pessoa que, em primeira linha, deve servir. Na verdade, à Constituição subjaz, sem dúvida, uma concepção do homem como sujeito livre e responsável, capaz de autodeterminação, senhor do seu destino e gestor dos seus interesses na convivência com os demais". (RIBEIRO, Joaquim de Sousa. Constitucionalização do direito civil. *Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, v. 74, p. 754, 1998.)

vão medir o exercício dessa personalidade; categorias estas como a capacidade, a validade ou a eficácia de seus atos; da mesma forma ocorre a projeção desse indivíduo para a topografia da codificação, ou seja, o indivíduo que contrata, que se obriga, que tem patrimônio, que se insere no projeto parental e que, por fim, é sucedido.

Na sucessão legal ou na testamentária se unem, paradoxalmente, o término e o início, o fim para o *de cuius* (com a morte opera a incidência da *saisine*, à luz também do novo Código Civil) é o começo para aqueles que irão, no pólo das titularidades, sucedê-lo. Na vida que se põe, outras esferas recolhem a aurora.

Uma vez realizada tal exposição, localizou-se a historicidade dessas concepções, no intuito de visualizá-las no bojo do contexto histórico em que foram produzidas, e, dessa maneira, constatar a função de espelho que essa codificação assume frente à sociedade que regula.

A partir dessa "anatomia da biografia do sujeito jurídico", localiza-se o sistema jurídico no momento em que o Código Civil foi posto em vigor para que se possa entender melhor o que está em sua "espinha dorsal".

Dentre as noções fundamentais constitutivas encontra-se a relação jurídica, tema que perpassa os três pilares fundamentais, pois, os elementos que compõem a estrutura da relação jurídica estão, em maior ou menor grau, espelhados em todas as circunstâncias as quais o Direito Civil pretende ou deseja regular.

Tal idéia se encontra explicitada na compreensão de que o trânsito jurídico está calcado na noção de obrigações e de contrato,<sup>128</sup> sendo tal constatação um primeiro passo para o

128. O trânsito jurídico assenta-se em uma perspectiva essencial para o fenômeno jurídico: "A autonomia privada é um dos princípios fundamentais do sistema de Direito Privado, em um reconhecimento da existência de um âmbito particular de atuação do sujeito, com eficácia normativa". (AMARAL NETO. *Autonomia privada*. *Revista do Centro de Estudos*

entendimento da relação jurídica subjacente a toda essa realidade.

O arcabouço do contrato é a obrigação que, a seu turno, é a relação jurídica em si mesma. Portanto, ao se entender a relação jurídica como toda a relação da vida relevante para o Direito — segundo Manoel Antônio Domingues de Andrade,<sup>129</sup> em uma definição simples, mas extremamente coerente com o sistema jurídico de direito clássico —, ver-se-á que o sistema jurídico promove uma espécie de corte na realidade e coloca os fatos que lhe interessam, por um conjunto expressivo dos valores dominantes num dado momento, no âmbito daquele sistema. Fatos, nesse caso, volitivos, e sobre os quais deita-se à luz de juridicidade.

Essa definição, portanto, privilegia a concepção da relação jurídica a partir do sistema e não a partir da própria relação,<sup>130</sup> dessa maneira, quando o sistema impinge tal compreensão acerca da relação jurídica está, tacitamente, pressupondo que há relações não relevantes para o direito. Subjacente, também está o fato de ser o próprio Direito que decide o que é e o que não é relevante. Em outras palavras, pode-se dizer que os fatos juridicamente indiferentes assim o são porque foram juridicamente definidos, por exclusão, como indiferentes.

Judiciários Conselho de Justiça Federal, Brasília, n. 9, p. 26, set./dez. 1999).

129. ANDRADE, Manoel Antônio Domingues de. *Teoria geral...*, p. 2. 130. Na versão original de suas acuríssimas reflexões, Tepedino já destacava a "insensibilidade da civilística": "All' osservatore comparatista potrà sembrare strana l'insensibilità della civilistica di fronte ad una disciplina così ricca di valori non patrimoniali e di doveri imposti a tutta la società per l'esplicazione della funzione sociale della proprietà. La risposta a questi interrogativi, riguardante l'incidenza della norma costituzionale sulle situazioni soggettive del privato, a livello metodologico si può trovare nella disamina dell'atteggiamento della dottrina dinanzi alla Costituzione". (TEPEDINO, Gustavo. *Contorni della proprietà nella Costituzione brasiliana del 1988. Rassegna di diritto civile*. Saggi: Edizione Scientifiche italiane, 1991. v. 1, p. 104.)

Percebe-se essa indiferença nada apática quando doutrina, lei e jurisprudência não chancelam a autonomia possessória nem dão plena guarida à tutela, em toda e qualquer hipótese, de um patrimônio mínimo indissociável do ser e de seu coletivo. Vêem-se, pois, limites do selo patrimonial, segundo pilar na base do privado. Essa diferença nada esmaecida se projeta para mais.

No âmbito do direito de família, terceiro pilar sobre o qual se assenta o Direito Privado, pode-se visualizar um exemplo: a família não matrimonializada.<sup>131</sup> Essa realidade hoje alcança, em diversos sistemas, primazia constitucional,<sup>132</sup> todavia não se encontrava retratada no Código Civil brasileiro porque era um fato indiferente; o sistema jurídico

131. Aqui se vê uma alteração legislativa: a família "não matrimonializada" é realidade que, ao contrário do Código anterior, vem abordada pelo Código de 2002.

132. O debate sobre o alcance constitucional também se apresentou em outros países, a exemplo da Espanha, à luz da Constituição espanhola de 1978, examinado pelo Pleno do Tribunal Constitucional em decisão de 11.12.1997, o qual, no tocante à família, assentou: "Nuestra Constitución no ha identificado la familia a la que manda proteger con la que tiene su origen en el matrimonio, conclusión que se impone no sólo por la regulación junto a ella, por el mismo sentido amparador o tutivo con el que la Norma bien diferenciada de una institución y otra (arts. 32 y 39), sino también, fundamental considera siempre a la familia y, en especial, en el repetido art. 39, protección que responde a imperativos ligados al carácter social de nuestro Estado (arts. 1.1 y 9.2) y a la atención, por consecuencia, de la realidad efectiva de los modos de convivencia que en la sociedad se expresen. El sentido de estas normas constitucionales no se concilia, por tanto, con la construcción del concepto de familia a la de origen matrimonial, por relevante que sea en nuestra cultura — en los valores y en la realidad de los comportamientos sociales — esa modalidad de vida familiar. Existen otras junto a ella, como corresponde a una sociedad plural, que se contiene en el art. 39.1, cuyo alcance, por lo demás, ha de ser comprendido también a la luz de lo dispuesto en los arts. 2 y 3 del mismo artículo". (ESPANHA. Tribunal Constitucional Pleno. Cuestión de inconstitucionalidad núm. 1.797/1990. BOE 19 enero 1993.)

não a captava e não a inseria no mundo do direito. Na seara dos direitos reais, o reconhecimento do direito real de aquisição espelha, de igual forma, essa idéia da necessidade de captação da relevância para o direito, tornando existente, ou não, determinado fato para o direito.

Compreende-se, portanto, que essa definição de relação jurídica é coerente com o momento em que este sistema clássico se põe a tentar disciplinar todas as relações da vida, ou seja, se põe a dar uma idéia de que é no sistema jurídico que se vai encontrar todas as respostas, bem como o conjunto de regulação de que a sociedade necessita; são os ideais da completude e da totalidade que o Direito Civil chama para si.

As pessoas que se obrigam, que contratam, estão revestidas dessa juridicidade — este é o motivo que leva o Direito a prever: "o agente capaz, o objeto lícito e a forma prescrita em lei". Pode-se contratar, pois, desde que se atenda a esses requisitos fundamentais. O sistema jurídico estabelece pressupostos e alguns requisitos para que essas relações se apresentem não apenas como relação de fato, mas também como uma relação jurídica.

O passar do tempo, entretanto, demanda uma transformação desses conceitos pela força com que os fatos acabam se impondo, mesmo que essas relações não tenham, originalmente, regulação.

## 2.5. Relação, Deveres e Poderes

A relação jurídica, como relação da vida relevante para o direito, está presente neste âmbito e no das titularidades, que se desdobram na posse e na propriedade.

É comum a separação entre direitos reais e direitos pessoais.<sup>133</sup> Tal situação se deve ao fato de que os direitos reais,

não obstante estarem diretamente ligados a uma determinada coisa, deixam de ter sentido se não houver um outro sujeito, ainda que seja para que esse outro sujeito se abstenha de fazer alguma coisa.

A eficácia *erga omnes* dos direitos reais tem sentido de publicidade registral. O significado é que a relação jurídica do direito real pressupõe terceiros, ainda que seja pelo dever de abstenção.

De acordo com o sistema jurídico clássico, portanto, o sujeito passivo nos direitos pessoais é sempre determinado ou determinável, ao passo que nos direitos reais é indeterminado; como não se admite a relação entre pessoa e coisa, criou-se o denominado sujeito passivo universal; eis um modo de explicar que a relação jurídica é dada entre pessoas.

Essa subjetividade faz com que a relação jurídica esteja, ainda que disfarçadamente, presente em ambos; a noção, portanto, não está apenas presente nos direitos obrigacionais ou contratuais ou também ditos direitos pessoais, mas também no terreno das titularidades e no da propriedade. O conceito de propriedade, ao contrário do que possa parecer, está muito mais próximo da noção de obrigação do que desta noção clássica do direito real, tal como hoje se recebe.

Isso não significa que se deva aumentar ou diminuir seu conceito, pois não se configura sequer como um juízo de valor, e sim uma constatação técnica, no sentido de localizar, mesmo nos direitos reais, esta circunstância em que sempre há, em maior ou menor grau, a presença de uma certa subjetividade.

Outra distinção feita pelo Direito Civil entre direitos reais e pessoais se refere ao exercício. A orientação da doutrina segue no sentido de compreender que o exercício dos

133. Melhor técnica para se conceituar o direito real é compará-lo e distingui-lo do direito obrigacional." (COSTA, Dilvanir José da. O conceito de direito real. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 36, n. 144, p. 71, out./dez. 1999.)