

O atual Código Civil, sua intertextualidade e intersistematicidade como diretrizes metodológicas e sua proteção a grupos culturais

Manoel Hermes de Lima

Sumário

1. Introdução. 2. O reflexo da história da cultura no atual Código Civil. 3. O Código Civil e seu alinhamento com a Constituição Federal como forma de abranger grupos culturais. 4. Os direitos fundamentais nas relações privatistas. 5. O Código Civil na proteção da pessoa humana e a preservação da dignidade humana. 6. A validade e a aplicabilidade dos direitos civis. 7. O poder especial de caráter privado exercido por pessoas coletivas. 8. Conclusão.

1. Introdução

A realidade do Código Civil de 2002 está estampada na recodificação do estatuto do cidadão brasileiro – Código Civil. A realidade é, ao mesmo tempo, o estar aí na linguagem de Gadamer (2004, p. 2004) e, também, como *deve ser* na compreensão dos defensores da teoria realista racional e da teoria construtivista. A realidade do Código reflete manifestação da sociedade brasileira, que, diante dos subsistemas surgidos na legislação civil, clamava por outro estatuto maior que aglomerasse as disposições civis, ainda não codificadas em estatutos independentes, bem como servisse de aparato aos subsistemas surgidos com denominação de códigos. Assim, nasce o Código Civil de 2002. Todavia, para que isso acontecesse, houve um processo de construção de novas regras e reconstrução de outras já existentes no Código anterior,

Manoel Hermes de Lima é Juiz do Trabalho – TRT 19ª Região e Professor de Metodologia do Ensino Científico do Curso de Especialização da EMATRA 19. Mestre em Direito Público pela UFPE, com Especialização em Economia do Trabalho e Sindicalismo pela UNICAMP-Campinas-SP, em Sindicalismo e Arbitragem pela OIT, Turim-Itália, em Direitos Humanos pela Universidad Pablo de Olavide, Sevilla-Espanha; Doutorando em Direitos Humanos pela Universidade Gama Filho, Rio de Janeiro.

que foram objeto de discussões de juristas renomados, imbuídos na elaboração de Anteprojetos. Fala-se, aqui, em Anteprojetos porque houve não só uma tentativa para elaboração do regente Código Civil. Inicialmente, para substituir o Código de Clovis Bevilacqua, o Governo brasileiro convidou o Professor Orlando Gomes, depois convidou o Professor Miguel Reale. Era necessária a renovação do Código Civil de 1916, em vista de já se encontrar ultrapassado pelo decurso do tempo. A própria Constituição Federal de 1988 encarregou-se de constitucionalizar várias regras de direito civil, cujo objetivo era dar eficácia aos direitos novos, para satisfazer os anseios da nação surgidos durante o interregno de 1916 a 1988, no período da descodificação. Dessa forma, enquanto não era elaborado outro Código Civil, a Constituição Federal, fugindo de sua finalidade precípua, serviu de esteio na regulamentação e ordenação dos direitos civis das pessoas físicas e jurídicas e de *grupos de pessoas* no seio da sociedade brasileira. Entre estes direitos destacam-se os de família, os de propriedade e outros.

Para a primeira tentativa de elaboração do Código Civil, em 1961, foi convidado o Professor Orlando Gomes, jurista baiano, cujo convite partiu do Ministro da Justiça Oscar Pedrosa Horta. O contrato entre o Governo Federal e o Professor Orlando Gomes foi firmado em 31.03.1963, no Governo de João Goulart, tendo como ministro da Justiça João Mangabeira, também baiano. O anteprojeto do Prof. Orlando Gomes não foi acolhido. Em 1969, o Professor e filósofo Miguel Reale assumiu, em pleno governo militar, a incumbência de elaboração de outro Anteprojeto de Código Civil.

Os trabalhos foram elaborados por uma comissão de juristas escolhidos por Miguel Reale, que apresentaram várias inovações, que estão bem expostas nas obras dos professores José Carlos Moreira Alves. A Parte Geral do Projeto de Código Civil brasileiro traz ao conhecimento da sociedade

os elementos históricos que serviram de paradigmas na elaboração do projeto.

Gama (2006), no livro *Direito Civil, Parte Geral*, e Costa e Branco, (2002), em *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*, delineiam os métodos utilizados por Miguel Reale, principalmente os da intertextualidade e intersistematicidade. As questões abordadas pelos juristas acima que mais chamam a atenção são: o resgate da unidade no atual Código Civil, despontando neste a discussão sobre a tentativa de deixar o Direito das Obrigações fora do novo Diploma do cidadão; o perigo e a lesão e, ainda, os institutos da prescrição, decadência, direito empresarial e outros. O atual Código não deixou de observar a tábua de valores – exatamente a pessoa humana e a dignidade da pessoa humana, sobressaindo ainda a eticidade emanada do culturalismo de Miguel Reale, aliada à socialidade.

2. *O reflexo da história e da cultura no atual Código Civil*

O Direito Civil está umbilicalmente ligado à história do homem, cujos primeiros progressos se deram em reunir, em uma habitação comum, maridos e suas respectivas mulheres, os pais e os filhos. Tem início o hábito de viver juntos, nascendo nos seres humanos o conhecimento do amor conjugal e do amor paterno. Cada família torna-se uma pequena sociedade unida (ROUSSEAU, 2008, p. 84). Aí começa não ainda um grupo cultural, mas familiar. A tendência, com o decorrer dos anos, era a constituição de grupos. Então, ao adquirirem uma base fixa, os homens, de errantes dos bosques, reúnem-se em diversos grupos e formam, enfim, em cada região, uma nação particular unida por costumes e características, não por regulamentos e leis, mas pelo mesmo tipo de vida e de alimentos, bem como pela influência comum do clima. As ideias e os sentimentos se sucedem, as ligações se estendem e

os laços se estreitam. Reúnem-se diante das cabanas e, em torno de uma grande árvore, festejam com cantos e danças. Esses foram os primeiros passos para formação de grupos culturais.

Costa e Branco (2002, p. 23), ao referirem-se à história da cultura, prelecionam exercer a história um papel de relevo na condução do processo cultural. A cultura, segundo os autores, é produto da ação do homem, porquanto atua sobre elementos da natureza e sobre os elementos exteriores a ela. Experimentar para conhecer é um elemento inato no ser humano. É possível dizer ser um impulso natural. A curiosidade leva o homem a experimentar para, em seguida, conhecer o objeto. Da experiência efetivada pelo sujeito sobre um objeto resulta a cultura; mais à frente, o conhecimento sobre o objeto. Para conhecer, precisa experimentar e, para isso acontecer, requer *atos de vontade que, com o decurso do tempo, transformam-se em fatos históricos* (COSTA; BRANCO, 2002, p. 23).

O ser humano é a própria história, o personagem vivo centrado no desenrolar dos fatos sucedidos no tempo, vivenciados e transportados por meio de relatos para o presente. A história retrata fatos de um passado longínquo, ou de um passado recentíssimo. Um acontecimento presente será transformado em fato histórico com o decorrer do tempo. Para saber a razão de um fato histórico no mundo contemporâneo, há de se estabelecer comparações com uma situação pretérita, ou seja, há de se recorrer à história para se perquirir a causa do fato ou fenômeno atual, valendo-se de dados escritos em documentos vivos e/ou revividos em narrações vazias. Dizem-se vazias porque retratam fatos verdadeiros ou falsos. Ao fazer-se referência a um dado histórico, o retratante vale-se de experiências, de registros na história da natureza, extraídos de seus processos de transformações aí contidos. A história, o dado histórico, tem residência na mente

humana, cujo pensamento constitui seu verdadeiro objeto. E, dessa forma, constrói-se a cultura.

O ser humano como fazedor da história é, e sempre será, seu sujeito universal, em vista de todo acontecimento ser dirigido a ele, ou voltado para si. É a meta objetivada em qualquer evento programado por ele próprio. O materialismo dialético procurou tratar dos problemas humanos ao mencionar como causa primeira dos fenômenos sociais o método de produção e troca. A sustentação desses fenômenos na teoria da mais-valia tem como afirmativa ser toda a história do passado a de lutas de classes, as quais conduziram os homens a conflitos e motins políticos.

A ação humana tem papel preponderante na história dos fatos. Daí a necessidade de serem revistos, analisados, discutidos diante dos eventos contemporâneos. Isso não quer dizer estar se repetindo a história. A época, os fatos, as circunstâncias, os fatores sociais e econômicos, os atores sociais são outros. A finalidade, sim, é a mesma: o ser humano como parte da sociedade. Este persegue transformações, mudanças nas instituições e nas estruturas sociais tidas como ultrapassadas, obsoletas; daí, muitas vezes, o inconformismo no ente humano. Todo e qualquer acontecimento fica gravado na história da humanidade, na mente humana e desloca-se de uma época para outra. O elemento humano, sem dúvida, está sempre inserido nesse contexto, torna-se o ator principal, em face de ser dotado, por natureza, de pretensões com o objetivo de satisfazer suas necessidades e, por isso, a todo instante, difunde ideias e pratica ações novas, às vezes benéficas à sociedade, outras vezes, prejudiciais. Para se ajudarem, as pessoas resolvem atualizar suas leis civis, em vista de ser a Constituição civil que trata dos referidos direitos, embasados, atualmente, na Carta Política. Por isso, o recente Código Civil brasileiro surge alinhado com a Constituição Federal de 1988.

3. O Código Civil e seu alinhamento com a Constituição Federal como forma de abranger grupos culturais

Um sistema jurídico, para ter coerência em toda sua estrutura conjuntural, sistêmica propende para a existência de harmonia no seu ordenamento jurídico. O ordenamento, para funcionar de forma coordenada e dotada de sentido jurídico normativo, encontra como imposição alinhar-se à Constituição Federal, cuja finalidade é salvaguardar os interesses não de um indivíduo em sua singularidade, mas os de todos os cidadãos incluídos nesse rol os grupos culturais. Assim acontece aos demais ramos do Direito existentes num território onde predomina o processo legislativo como método de elaboração de leis. É o procedimento adotado no Brasil. A Constituição Federal é o centro do sistema jurídico, em torno do qual estão os demais componentes (unidades) constitutivos dos diversos ramos do direito, ligados a ela, na condição de normas inferiores, em respeito a sua hierarquia. A Lei Maior interessa-se pela proteção da coletividade, e nessa direção seguem as demais unidades do sistema jurídico. Se dessa forma a regra não for observada, a norma inferior é tida como incompatível com a Carta Magna e, por via de consequência, descartada do ordenamento jurídico, em face de ser reconhecida como inconstitucional.

Essa exigência estende-se a todas as unidades (direitos) contempladas no ordenamento jurídico brasileiro. O Direito Civil compõe esse ordenamento e, como tal, não escapa dessa exigência. O Direito Civil é uma *constituição*, mas a constituição do cidadão e, por assim ser denominada, não deixa de estar subordinado à Lei Maior do Estado. O Direito Civil, mais do que qualquer outro, em vista de dirigir internamente a vida dos cidadãos, está jungido a se afinar com a Constituição Federal, ou seja, tutelar, sobretudo, os direitos e interesses de grupos culturais. No Direito Civil, este

procedimento se dá por várias razões em face de ter o Código seguido uma *diretriz sistemática*, expressão distintiva da ideia de sistema, construída desde o Jusracionalismo, como abstrato modelo Geométrico (Idem, p. 10). A diretriz soa com a noção de unidade. A sistematização tem, aqui, o objetivo de construção de uma *ordem prática social*, arredando-se do sentido de intervenção de tipo *regulativo* (Ibidem, p. 111).

O Código Civil atual manteve, em seu bojo, a Parte Geral, visando a sua interligação com todas as outras partes componentes. Isso representa e identifica o termo sistema com um método de organização das matérias integrantes do Direito Privado (COSTA; BRANCO, 2002, p. 96).

Ter o sistema como encadeamento lógico-dedutivo, entende-se como recepcionada uma estrutura lógico-formal, contendo materialmente princípios de valor e cláusulas gerais, permissivas de ligação intersistemática, principalmente, com a Constituição Federal, delineando o sistema ou axiológica como uma ordem teleológica (CANARIS, 2006, p. 225-245). Também ainda dentro dessa intersistemática, o Direito Civil abre-se para interagir com outras ciências como a Sociologia e a Psicologia. A relação do Direito Civil com esta última ciência sobressai, como explica Gama (2006, p. 14), na expressão: *direitos de personalidade*. O jurista citado descreve a personalidade como um dos princípios norteadores do Código Civil de 2002, e nesse diapasão ensina: *a personalidade civil, por conseguinte, não se esgota apenas na visão clássica de aptidão para titularização de situações jurídicas (ativas e/ou passivas), mas se estende para ser reconhecida como valor desprovido de qualquer patrimonialidade*.

O Código Civil é, deveras, despatrimonializante, porquanto põe no mais elevado pedestal a pessoa humana. O novo diploma civil estabelece distinção entre o *ser* e o *ter*. A recente legislação civil reconhece a necessidade de construir uma filosofia civilística voltada para a pessoa humana enquanto

sujeito de direito, dotada de vontade por ser esta um elemento essencial e fundante no Direito Privado. A valorização da pessoa, como fundamento maior nas relações de natureza civil, demonstra a racionalidade do atual Código na preservação da dignidade humana. Grupos sociais são formados por pessoas humanas, o que significa que, no grupo, cada pessoa tem sua individualidade, sua particularidade, levando o Direito Civil a apoiar-se no princípio da eticidade e, assim, tutelar os direitos desses indivíduos. Nesse desiderato, o Direito Civil considera cada pessoa como parte do todo e este como o todo de cada parte. O grupo cultural, por ser formado de pessoas, mantém em si os valores de civilidade. Além do princípio da eticidade, norteador do Código de 2002, também exerce essa função o princípio da socialidade, que, segundo Gama (Idem, p. 16), atende às exigências da realidade pós-moderna, em vista de estar diretamente ligado às relações sociais e econômicas. Os termos socialidade, relações sociais e econômicas têm como sujeito grupos de pessoas, que, por seu turno, constituem grupos culturais. A efetividade dos direitos civis de grupos culturais está centrada no art. 3º, inciso I, da Constituição Federal de 1988, por conta de traçar diretrizes no sentido da construção de uma sociedade mais *livre, justa e solidária*. Esses três elementos têm sentido ambíguo, daí se aplicar ao termo *sociedade mais livre* o significado de admissibilidade de poder um particular reunir-se em um grupo para dele fazer parte, integrando nele sua individualidade; quando se refere ao termo *sociedade mais justa*, significa a possibilidade de adequação de grupos culturais no âmbito de proteção das regras de Direito Civil como se fosse um único particular; e, por fim, *uma sociedade mais solidária*, significa que a sociedade, como um todo, está no dever de respeitar o grupo cultural social na sua especificidade, considerando os elementos formadores do grupo (pessoas), que são, ao lado do grupo, também titulares de direitos civis, em face

de gozarem *do valor e princípio fundamental da dignidade da pessoa humana relativamente ao outro* (GAMA, 2006, p. 15).

A personalidade humana é objeto de tutela do Direito porquanto é mais valiosa do que qualquer outro objeto, inclusive a propriedade – bem patrimonial. O direito, na tutela da personalidade humana, tem função social e, dessa forma, insere-se na sociedade, tornando-se com esta compatível e coerente; mas também tem o condão de atuar constitutivamente na sociedade, particularmente como fator de integração desta, visando a resolução dos conflitos sociais, como elemento conformador ou inovador transistemático da própria sociedade.

O Código Civil de 2002 não se absteve de tutelar a personalidade, própria da pessoa humana, assim definida por Gama (2006, p. 25): *antes de tudo individualidade, união inconfundível, mas também é partícipe como ser gregário – da sociedade*. Nesse segmento, não há como negar estar contida na personalidade da pessoa humana a sua dignidade. Toda pessoa humana é dotada de dignidade. Para ter dignidade, impõe-se ter personalidade, em vista de somente ser adquirida com o nascimento com vida, dado que, no conceito jurídico-normativo, é aí quando efetivamente o nascido é considerado pessoa humana. A lei civil, mesmo antes do nascimento, põe a salvo o direito do nascituro. Neste ponto se confirma ainda não existir pessoa humana, pois, se assim considerasse, o Código não poria à frente, como tutela, bens patrimoniais.

Gama (Idem, p. 23), em seu escólio, traz ao conhecimento do estudante e pesquisador haver para a personalidade três teorias: a primeira é a denominada teoria natalista, a qual fixa o início da personalidade a partir do nascimento com vida; a segunda teoria tem como defensor Clóvis Beviláqua, denominada teoria da personalidade condicional, na qual se reconhece a personalidade a partir da concepção, mas condiciona seu reconhecimento se houver

nascimento com vida; a terceira reconhece uma personalidade absoluta, em vista de não estabelecer qualquer condição desde a concepção ao nascimento. Das teorias focadas, a primeira é a mais aceitável pelo Código Civil de 2002.

Quando se fala em direitos de personalidade, vem a lume a ideia de direitos humanos e de liberdades. Direitos humanos açambram a noção de direitos fundamentais – direitos reconhecidos e deferidos universalmente à pessoa humana desde 1789, em seguida em 1945 e depois em 1948, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos. Essa universalização se espalhou pelas diversas nações do planeta, inserindo-se nas Cartas constitucionais de boa parte dos países, na condição de direitos fundamentais. A personalidade no direito brasileiro anterior e no atual percorreu caminhos comuns. Ambos surgiram no Brasil por meio de construções doutrinárias, mas, para tanto, houve a inserção em leis especiais e na Constituição da República (GAMA, 2006, p. 31). O Código Civil brasileiro, na Parte Geral, indica as características atribuídas ao direito de personalidade: 1 – a intransmissibilidade; 2 – a irrenunciabilidade; – 3 – a impossibilidade de limitação voluntária de seu exercício, como bem elucidada Gama, acrescentando reconhecer a doutrina a sua imprescritibilidade e a sua natureza de direito absoluto, dado o fato de ser oponível *erga omnes*. Nesse seguimento, torna gerador de uma obrigação a todas as pessoas de se absterem a não causar lesão, bem como não representar ameaça de lesão a quaisquer dos direitos da personalidade (Idem, p. 32).

Os direitos de personalidade, apesar de serem irrenunciáveis e de voluntariamente serem insuscetíveis de limitação voluntária, sujeitam-se a limitação decorrente da lei, denominado, aqui, *limitação legal*. Essa limitação está condicionada ao comportamento, à atuação negativa da pessoa na sociedade, com a prática de atos contrários à lei, à ordem econômica e social. Para es-

sas situações, o jurista citado acima retrata com fidedignidade sua forma de e quando acontecer:

O primeiro desses limites apontado diz respeito ao abuso de direito. Embora seja a liberdade um bem essencial da personalidade e verdadeiro alicerce da própria dignidade da pessoa humana, o espaço deixado à autonomia privada deve ser sempre restringido quando houver excesso manifesto dos limites impostos pelo fim social ou econômico desse direito, conforme previsão contida no art. 187 do Código Civil de 2002. Na própria dicção do art. 5º, inciso II, da Constituição Federal de 1988, observa-se que a liberdade pode sofrer restrições tais como outros bens jurídicos, daí a função do princípio da dignidade da pessoa humana como restrição ao direito da liberdade” (Ibidem, p. 40).

Assim, a pessoa não está autorizada a agir fora dos limites traçados na lei, sobretudo se a infringência se der contra as regras constitucionais e de direito civil. Embora seja autorizada à pessoa exercer sua autonomia privada, deve, entretanto, observar os limites existentes, explícitos na lei, como regras de não fazer quando o fazer for prejudicial ao fim sócio-econômico do direito geral de personalidade. Nas situações de ocorrências da limitação de personalidade, não se tem como impedir a implicação nas liberdades com reflexo nos direitos e garantias no âmbito das relações entre particulares. A pessoa humana, nas suas relações sociais, comerciais e negociais, vale-se da autonomia da vontade. Isso quer dizer ter o indivíduo ou pessoa a faculdade de fazer valer seus direitos fundamentais.

4. Os direitos fundamentais nas relações privatistas

O Código Civil de 2002 não fugiu da adoção da estrutura bipartida, isto é, a divisão do Código em Parte Geral e Parte Especial. Essa é uma marca de influência alemã. O atual Código, objetivando operar

por meio de um sistema móvel, visando facilitar a solução de certa questão já ocorrida em outro sistema de Direito Civil, acena para a construção teórica feita pela doutrina alemã, como enfatiza Gama (2006, p. 16). Nesse sentido é o entendimento de Costa e Branco (2002, p. 95), ao afirmarem ter o Código adotado o que se convencionou chamar de plano germânico, seguindo-se à Parte Geral a Parte Especial, composta por cinco livros. Em face dessa inspiração no sistema brasileiro e no direito alemão, é de convir ser necessário fazer-se um estudo mostrando as influências dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha.

Sarlet (2006), em *Constituição, Direitos Fundamentais e Direitos Privados*, agregou ao referido livro um texto de Canaris, em cuja obra o autor alemão inicia suas palavras comunicando a existência, atualmente, por amplo consenso de implementação pela União Europeia, de uma forte harmonização para chegar a uma unificação dos ordenamentos jurídicos dos Estados-Membros, com alcance, também, no Direito Privado. Acresce, estão se incrementando trabalhos preparatórios nesse sentido, com promessa de esboço de projeto de um Código europeu dos contratos. Esse trabalho vem sendo conduzido pela Academia dos direitos privatísticos europeus, que já publicou, em 1995, um projeto de contratos de Direito Europeu. Ele explica que, além dos conteúdos das ordenações discutidas para harmonização, estão também os modos de precisar, aos quais os doutrinadores europeus denominam *Dogmática*. Ele a intitula *disciplina*, o que encaminha o leitor e intérprete à ideia de ter a Dogmática sentido de ciência. Os juristas americanos, defensores do Pragmatismo, do porte de (POSNER, 2004), não veem dessa forma. Para estes, a dogmática é uma técnica de compreensão e aplicação das normas jurídicas.

Canaris (2006, p. 226) prossegue em seu discurso, acentuando estar a dogmática, segundo opinião tradicional, referida a um determinado ordenamento jurídico

nacional, cujo objeto é a sua sistematização conceitual. Elucida a necessidade da noção de harmonização transnacional do Direito como carecedor de uma dogmática bem elaborada para não ocasionar uma confusão conceitual e gerar contradições teleológicas. As harmonizações, defendidas pelo jurista alemão citado, dizem respeito a sua ocorrência nos Estados componentes do bloco europeu. A harmonização, portanto, tem o escopo de perseguir a sistematização conceitual na União Europeia, em face de utilizar-se da dogmática de forma planejada e elaborada, com o fim de fornecer modelos de pensamento e padrões de soluções. O encontro dessa unidade de modelos de pensamento é vital para o surgimento da forma ideal.

A União Europeia, para reger os Estados componentes do bloco, não criou uma Constituição no sentido estrito, mas elaborou um Tratado – Tratado de Lisboa, com reconhecimento de uma federação, na qual todos os Estados-Membros gozam de independência e soberania. O Tratado, na persecução de seus objetivos e finalidades, promove a *unificação do Direito Privado*, entendendo o jurista alemão ser adequado para um tal *modus operandi*, cabendo observar o modo pelo qual essa influência deve ser pensada em termos jurídicos. Rejeitam-se, então, determinados conteúdos de Direito Privado, resultantes da influência dos direitos fundamentais (CANARIS, 2006, p. 226).

A hierarquia das normas e a supremacia dos direitos fundamentais em relação ao Direito Privado são, também, assuntos contemplados no texto do jurista alemão. Nele, explicita preordenar em todo ordenamento jurídico moderno, de modo cogente, na questão da relação entre os direitos fundamentais e o Direito Privado (Idem, p. 227). A lógica jurídica conduz o leitor e intérprete nessa direção; de serem os direitos fundamentais partes da Constituição de cada país e terem um valor mais elevado na hierarquia das normas do que o Direito Privado, o qual sofre influência da-

quelas. É bom deixar claro não só estarem os direitos fundamentais acima do Direito Privado, mas acima de todas as demais normas, até mesmo das normas simplesmente constitucionais. Estas podem ser flexibilizadas, renunciadas; aquelas, não. As normas fundamentais são *rígidas*, são cláusulas *petreas*.

Torna-se evidente não ser a Constituição, em princípio, o lugar correto e habitual para efetivar a regulamentação das relações entre cidadãos individuais e entre pessoas jurídicas Canaris (Ibidem), o que é próprio do Direito Privado, em vista de o referido direito disponibilizar soluções bem diferenciadas para os conflitos entre particulares. A Constituição só entraria na solução de conflitos entre particulares caso surgisse alguma controvérsia não contemplada pelo Direito Privado, envolvendo questão concernente a direitos fundamentais.

Na Alemanha, na relação entre direito fundamental e Direito Privado, é facultado a cada pessoa valer-se da via do recurso constitucional (*Verfassungsbeschwerde*), para o Tribunal Constitucional Federal, se, eventualmente, houver violação em um dos seus direitos fundamentais pelo poder público. Há consenso de também os tribunais cíveis serem considerados *poder público* nesse sentido, daí a possibilidade de recorrer ao Tribunal Constitucional Federal contra qualquer sentença de tribunal cível de última instância, até mesmo do Supremo Tribunal Federal (CANARIS, 2006, p. 228).

No Brasil, há possibilidade de recurso de decisão de Tribunais de Justiça para o Tribunal Superior de Justiça e deste para o Supremo Tribunal Federal nas decisões de última instância, sempre que houver violação de direitos fundamentais. No Brasil não existe Tribunal Constitucional Federal. O Supremo Tribunal Federal é, por força de reconhecimento da Constituição Federal, competente para conhecer das causas em última instância, envolvendo matéria constitucional.

Para efetivamente desenvolver a dogmática, ou seja, fazer o aprofundamento teórico e sistemático Canaris (2006, p. 236-237), opina com o seguinte pensamento: a compreensão da relação entre direito fundamental e Direito Privado seria extraordinariamente facilitada se distinguíssemos entre três perguntas. Em primeiro lugar, quem é o destinatário dos direitos fundamentais – apenas o Estado ou também os sujeitos jurisprivatistas? Em segundo lugar, de quem é o comportamento objeto do exame realizado com base nos direitos fundamentais – o comportamento de um órgão público ou o de um particular? E, por fim, em que função os direitos fundamentais se aplicam – como proibições de intervenção e direitos de defesa contra o Estado (*Abwehrrechte*), ou como mandamentos (deveres) de proteção?

Canaris (Idem) responde à primeira pergunta, considerando-a constitutiva de fundamental na controvérsia cultivada há décadas na Alemanha, sob as deixas da eficácia externa imediata e da eficácia externa mediata. O termo eficácia externa, literalmente significa a eficácia em relação a terceiros, designando a eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das relações entre os sujeitos de Direito Privado. Opõe-se ao efeito próprio das relações entre os cidadãos e o Estado. A expressão *imediate* se aplica aos próprios sujeitos do Direito Privado, bem como ao Estado na condição de destinatários dos direitos fundamentais, tanto dos direitos fundamentais enquanto direitos subjetivos, quanto dos direitos fundamentais na condição de normas objetivas. A aplicação imediata produz como consequência eficácia externa imediata e implica a supremacia dos direitos fundamentais da condução, sem mais nem menos, de proibições de intervenções no âmbito das relações privatistas a direito de defesa em face de outros sujeitos jurisprivatistas.

Enfatizando a distinção dos destinatários dos direitos fundamentais na Alemanha, Canaris (Ibidem, p. 238), entende ser

somente destinatário dos direitos acima o Estado, mas produzem efeito sobre as relações entre sujeitos jurisprudistas apenas mediadamente. Ainda no seu raciocínio, o autor citado afirma que os direitos fundamentais devem ser considerados na concretização das cláusulas gerais civilistas. Ele também clarifica seu ponto de vista de não estar ainda esclarecido como o efeito mediato pode ser explicado de forma dogmaticamente precisa. Na distinção segundo o objeto do exame, com base nos direitos fundamentais, leis privatistas na Alemanha são consideradas da mesma maneira como ocorre com a legislação no âmbito do Direito Público. Consigna haver possibilidade de tanto uma como outra norma serem suscetíveis de violar o cidadão nos seus direitos fundamentais.

Segundo a função dos direitos fundamentais, são aplicados no âmbito do Direito Privado e das relações entre particulares e servem, em primeiro lugar, para a defesa de intervenções por parte do Estado nos bens jurídicos dos seus cidadãos, constituindo proibições de intervenção e direito de defesa em relação ao Estado.

Tudo tem um passado, uma origem, uma história. Diferente não é com relação aos direitos fundamentais concernentes às relações entre particulares. Andrade (2006, p. 273-299) retrata a história dos referidos direitos, explicando haver antes o individualismo exercitado isoladamente num espaço social e político, época em que a sociedade e o Estado formavam dois mundos diferentes, egoísticos, não dando margem ao reconhecimento e concessão de direitos fundamentais aos indivíduos. Apesar disso, já se renunciava sua imperatividade, estando em causa a exigência de uma teoria prática, em vista da finalidade dos direitos fundamentais, os quais consistiam na proteção da sociedade contra os arbítrios e ingerência do Estado. A especificidade dos direitos fundamentais, nas relações entre o indivíduo e o Estado, conduz a um fim: salvaguardar a liberdade individual. A

liberdade propalada e almejada não veio à sociedade “de mão beijada”. Sua mudança se operou no meio de lutas de classes na sociedade, surgindo, daí, no contexto de uma realidade político-social, a denominada sociedade técnica de massas, mas ainda sem as garantias na sua totalidade. O autor enfatiza esse clima da seguinte forma: a regra formal da liberdade não é suficiente para garantir a felicidade dos indivíduos e a prosperidade das nações e serviu por vezes para aumentar a agressividade e acirrar os antagonismos, agravar as formas de opressão e instalar as diferenças injustas. A paz social, o bem-estar coletivo, a justiça e a própria liberdade não se podem realizar espontaneamente numa sociedade economicamente desenvolvida, complexa, dividida, dissimétrica e conflitual. É necessário que o Estado regule os mecanismos econômicos, proteja os fracos e desfavorecidos e promova as medidas necessárias à transformação da sociedade numa perspectiva comunitariamente assumida de progresso, de justiça e de bem-estar.

Essa visão de Estado interventor nas relações econômicas e sociais, na proteção das pessoas, não implica isentar os indivíduos, em suas relações, de se respeitarem reciprocamente, pois, juridicamente, no âmbito do direito privado, entende-se como inserido no conceito de direitos fundamentais e nas relações privatísticas. E assim é, porque, mesmo nas relações entre particulares, impõe-se a observação de dois grandes princípios constitucionais. O primeiro desses princípios é o da dignidade da pessoa humana. A partir do instante em que indivíduos, nas suas relações de direito privado, não respeitam no outro indivíduo sua dignidade humana, não há contrato, não há negócio jurídico, mas uma relação de imposição e submissão, caracterizando uma relação típica de *senhor e escravo*. O outro princípio é o da igualdade. Numa relação entre particulares, a igualdade é corolário de liberdade e ambos os princípios estão interligados ao da dignidade da

pessoa humana, e levam ao entendimento de serem as relações, entre particulares, integrantes do contexto de direitos fundamentais.

Os direitos, liberdades e garantias, nas relações privadas, fazem alusão a direitos fundamentais como direitos subjetivos, com deveres típicos correspondentes. Frisase, nesse patamar, a existência da isonomia privada, advertindo-se para a validade *erga omnes* dos direitos fundamentais, incluindo, nesse rol, os direitos ligados à dignidade humana. A razão dessa sustentação prende-se à proibição, por qualquer pessoa, privada ou pública, de violar os direitos fundamentais. Ao próprio Estado cabe a proteção desses direitos instituídos como bens jurídicos.

Foram muitas as dificuldades enfrentadas pelos indivíduos no Estado absolutista, para romper com a supremacia estatal na defesa de direitos subjetivos, no sentido de ser alcançado pelos indivíduos um espaço de liberdade, com limites estabelecidos ao Estado. Opostamente à relação entre indivíduos e Estado (relação de desigualdade), a relação entre indivíduos, titulares de direitos fundamentais, era de igualdade perante a lei. Nessa descrição, nota-se uma igualdade esgotada em uma dimensão formal, constitutiva de avanço em relação ao período da divisão estamental da Idade Média e do início da Modernidade. Os direitos fundamentais alcançados pelos indivíduos foram considerados liberdades públicas, porquanto eram exercidos perante o Estado. Eram, assim, liberdades negativas, as quais impunham deveres de omissão por parte do Estado.

Estabelecidas as livres relações jurídicas interprivadas, reputou-se a concretização dos direitos fundamentais já alcançados. As liberdades privadas pressupunham o respeito pelo Estado. Fachin e Ruzyk (2006, p. 89-106) denunciam o pensamento de John Locke como o mais relevante entre o público e o privado. Locke traz ao mundo jurídico a noção de propriedade, daí ser

seu pensamento o precursor do patrimonialismo, característico do Direito Civil de matriz liberal.

A partir de Locke, a propriedade sobre bens incorpora-se à personalidade do sujeito e toda construção feita pelo homem, obviamente, só se dá mediante o uso da força do trabalho, a qual se torna propriedade sua. Assim, o homem pode vender seu trabalho a quem desejar adquiri-lo. Na concepção lockeana, quem é proprietário de bens é proprietário de sua força de trabalho, ou simplesmente de seu trabalho, podendo ser físico ou intelectual.

Referente à relação jurídica, abstração e neutralidade excludente, o exercício dos direitos subjetivos foi sendo forjado pelo positivismo jurídico, travando entre os titulares do direito o cumprimento recíproco de um dever de ação ou de abstenção (FACHIN; RUZYK, 2006, p. 96).

5. O Código Civil na proteção da pessoa humana e a preservação da dignidade humana

Quando o Estado intervém para proteger os direitos fundamentais dos cidadãos, seu objetivo maior é, antes de tudo, fazer respeitar a dignidade da pessoa humana. Nesse seguimento, essa questão significativa no contexto do Código Civil exige, na sua conjuntura, uma análise crítica na Parte Geral do Código de 2002, com a proposta de discussão do modo como se pode chegar ao alcance da repercussão na abstração em que o Direito Civil tradicional mergulhou. É preciso também visualizar como essa abstração constitui empecilho à concretização dos direitos fundamentais, na dimensão das relações interprivatistas. É comum ver, em vários escritos, *princípio da tutela da dignidade da pessoa humana*. Abre-se, aqui, um parêntese para assinalar que o princípio da dignidade é um princípio mais do que autoaplicável, por si só suficiente, que já contém seu aparato defensável como princípio que é. Embora abstrato e indetermi-

nado, é o princípio maior, universalmente reconhecido na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Preenche, no seu conteúdo universal, sua aplicabilidade imediata, sem qualquer discussão. Esse princípio incorporou-se nas Constituições de diversos países democráticos, inclusive na brasileira de 1988, transformando-se em *princípio dos princípios*. Uma vez violado esse magno princípio, sua autoaplicabilidade se autoinstrumentaliza e se autoconcretiza pela via do consenso normativo-jurídico, tanto externo como interno. Internamente, os direitos fundamentais, as leis constitucionais e demais leis federais, estaduais, municipais e normas diversas, de forma generalizada, todas estão vinculadas e obrigadas a observarem esse princípio. Existe, sim, a *tutela da pessoa humana* pelos direitos fundamentais e demais leis contidas no ordenamento jurídico. Se o princípio da dignidade humana estiver sujeito à tutela, ele passa à condição de igualdade ou inferioridade das regras e normas acima citadas. É preciso não confundir pessoa humana com dignidade da pessoa humana. São termos diferentes na ordem lógica normativa e semântica. Pessoa humana é termo gnosiológico e dignidade da pessoa humana é termo semitranscendental, indefinível, abstraído da pessoa humana, mas absorvente da pessoa como elemento concreto.

Moraes (2006, p. 107-149) anda bem ao delinear a distinção dos seres humanos, renunciando *serem eles detentores de uma substância única, uma qualidade própria, comum unicamente aos humanos: uma dignidade inerente à espécie humana*. Em função dessa qualidade própria, comum unicamente aos humanos, é que se tem, aqui, a dignidade humana nesse escrito, o dito *semitranscendental*. O termo transcendental começou ser usado no fim do século XIII, como as propriedades que todas as coisas têm em comum, que por isso excedem ou transcendem as diversidades de gêneros em que as coisas se distribuem. Kant ([199-], p.

92-93), entretanto, lança um novo conceito quando diz: *Não chamo de transcendental o conhecimento que cuida dos objetos, mas o que cuida do nosso modo de conhecer os objetos e que seja possível a priori*.

O modo de conhecer os objetos é o que clarifica, no pensamento humano, a ideia da existência de dano causador de mácula ou prejuízo à pessoa humana, refletindo na dignidade da pessoa humana. Vale dizer, semitranscendental é o conhecimento da possibilidade do conhecimento ou do uso dele *a priori*. Assim, transcendente antecede à experiência. Dignidade humana antecede a dano à imagem, a dano moral etc. Surgida a ameaça ou efetivada a ofensa à pessoa humana, tem-se como afetada a dignidade da pessoa humana.

É por essa razão que Moraes (2006, p. 107-149), na indicação da raiz etimológica da palavra *dignidade*, do latim *dignus*, ensina que tem como aquele que merece estima e honra; aquele que é importante. Fundamenta sua assertiva em Kant e explica haver no mundo duas categorias de valores: o preço (*preis*) e a dignidade (*Würden*). O preço representa um valor exterior (de mercado) e manifesta interesses particulares; de outro lado, a dignidade representa um valor interior (moral) e é de interesse geral.

A dignidade está dentro de cada pessoa humana. Já vem com a pessoa ao nascer com vida, daí toda a proteção destinada à criança (pessoa). Pode-se afirmar já haver pressuposição de dignidade humana mesmo antes de a pessoa nascer com vida. A preservação dos direitos do nascituro é uma prova disso. Tais assertivas levam o intérprete à noção de serem as pessoas, antes de tudo, *proprietárias de dignidade*, a qual se posterga até mesmo depois de sua morte. Verifica-se isto na questão da divulgação do nome e da imagem do falecido, que, para serem exibidos, precisa de autorização de seus descendentes ou sucessores. A pessoa humana consagra-se na sua dignidade; daí a rejeição de se usar a pessoa humana como meio para alcançar um fim.

Moraes (2006, p. 116) posiciona a construção do termo dignidade, afirmando ser um conceito filosófico, político, negando ao ordenamento jurídico a possibilidade de determinar seu conteúdo, suas características, ou permitir que se avalie essa dignidade. O mesmo se dá com as Constituições de Estados que a contemplam. A autora adiciona ao seu ponto de vista haver, no processo de incorporação à Constituição, o reconhecimento à pessoa humana de sua condição de sujeito de direitos. O princípio constitucional visa garantir o respeito e proteção da pessoa humana, assegurando-lhe um tratamento humano, não degradante, em completa observância à dignidade da pessoa humana. A proteção é de ser dada à pessoa, porque, isto ocorrendo, configura respeitada a dignidade humana. O processo, aí, segue a via indireta. A pessoa humana é concreta, enquanto a dignidade é abstrata. Ela, dignidade, agrega outras vertentes abstratas como a honra, a fama, a imagem etc.

A dignidade humana é o mais elevado valor ético jurídico da pessoa humana. Moraes (Idem, p. 118) trata o princípio da dignidade humana como o único princípio capaz, na atualidade, de conferir a unidade axiológica e a lógica sistemática necessárias à recriação dos institutos jurídicos e das categorias do direito civil. Complementa, entendendo como significativo a dignidade alcançar todos os setores da ordem jurídica. A autora constata nisso a dificuldade de a hermenêutica chegar aos contornos e aos limites do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Preocupa-se com o espraiamento da noção, condutora de levar ao risco da generalização absoluta, indicando-a como *ratio* jurídica de todo e qualquer direito fundamental. A ampliação das diversas conotações da dignidade humana constrói-se uma generalização absoluta, indicada como *ratio* jurídica, o que torna impossível qualquer aplicação do referido princípio

Ora, nenhuma norma ou lei jurídica é editada sem trazer como objeto a pessoa hu-

mana. Todas elas, sem exceção, são assim. Essa preocupação normativa de voltar-se sempre para pessoa humana significa estar sempre a sinalizar para a generalização do princípio da dignidade humana, para a observação do mesmo, levado a extremo sim, e inserido em toda *ratio* jurídica, e por isso não causa qualquer impossibilidade de aplicação. A hermenêutica jurídica se encarregará de verificar o momento e as condições adequadas para sua aplicação. O princípio da dignidade carece de interpretação, por ser bastante em si mesmo. O que demanda interpretação é a ofensa à pessoa humana, que será dimensionada, analisada, e, conhecido o tipo, interpretado, aplica-se então o princípio que já se encontra pronto e acabado, ou seja, completo.

É verdade manifestar-se o fundamento jurídico da dignidade humana no princípio da igualdade. Este é aliado àquele e corolário do princípio da liberdade (MORAES, 2006, p. 120). É de salientar que este é dependente do princípio maior, pois só há liberdade se houver dignidade humana. Também é verdade manifestar-se a igualdade nas diferenças. Conhece-se a igualdade formal, a qual é só no papel, apenas aparente, sem concretude. De outra parte, há a igualdade substancial, cuja finalidade é tratar as pessoas desiguais em conformidade com a sua desigualdade. O princípio da igualdade, no escólio da jurista em comento, é o que mais se presta a ensejar casos difíceis. A autora segue a corrente de Dworkin, em vista de aí ser necessário o uso de aplicação dos princípios constitucionais a todas as relações jurídicas.

A violação do direito de igualdade, ensejadora de danos morais, traduz-se na prática de tratamento discriminatório, com procedimentos de diferenciações sem justificativas, baseados em diversas formas repudiadas pela sociedade. Ao princípio da igualdade deve ser integrado o *princípio da diversidade*, ou seja, o respeito à especificidade de cada cultura (Idem, p. 125). Denota-se ser a identidade de cultura de origem um

valor que deve ser reconhecido, e o respeito da identidade e da diferença cultural encontra-se na base do próprio princípio da igualdade. Ainda nessa discussão, a autora distingue igualdade como estado de fato e igualdade como regra ou princípio. A diferença é o contrário da igualdade como estado de fato: se duas coisas são diferentes é porque não são iguais. Todavia, a igualdade como princípio, seu oposto não é a diferença, mas a desigualdade.

Durante longo tempo no Direito Civil, a liberdade e autonomia privada eram consideradas conceitos sinônimos. As duas figuras confundiam-se, quando se tratava de igualdade formal, em situações patrimoniais. O Código Civil funcionava às vezes como Constituição, marcando as regras do jogo, pelas quais concedia plena liberdade ao autêntico representante do valor fundamental da época liberal (Ibidem, p. 135).

6. *A validade e a aplicabilidade dos direitos civis*

Parafraseando Andrade, nessa linha de raciocínio, é possível por-se o problema da validade dos direitos fundamentais nas relações entre sujeitos privados. Em certo sentido e simetricamente em comparação com a situação anterior, deva-se dizer que esse problema tem de ser posto. Pois bem, os direitos fundamentais, constituídos de *cláusulas pétreas*, como princípios e valores constitucionais, não estão suscetíveis de renúncia nas relações entre particulares, nem mesmo nas relações entre particulares e Estado. Os direitos fundamentais são uma criação, não do Estado, mas de um poder que não pertence ao Estado – o poder constituinte –, construtor dos referidos direitos como verdadeiros direitos públicos para regerem tanto o Estado em suas relações e os particulares entre si e entre particulares e Estado. Os direitos fundamentais, uma vez constituídos, são entregues ao Estado para bem gerenciar, velar pelo seu efetivo respeito e aplicação, sob pena de serem

consertados pelo Poder Judiciário, para restabelecer o *status quo ante*.

Na questão de sua aplicabilidade, há duas correntes. Uma defensora de aplicabilidade imediata e outra que destaca a relevância indireta ou aplicabilidade mediata dos direitos fundamentais nas relações entre sujeitos privados (ANDRADE, 2006, p. 277). Os defensores da segunda corrente sustentam a aplicabilidade mediata tão logo ocorra regulação legislativa do direito privado. Em se tratando de direitos fundamentais, não tem lugar a discussão de aplicabilidade imediata ou mediata. Direitos fundamentais, não importam seu destino de aplicação, constituem uma só categoria – a de direitos fundamentais –, e sua aplicação será, sempre, imediata. A aplicabilidade mediata é restrita às leis inferiores e não aos direitos fundamentais. Não existem direitos fundamentais programáticos. Todos são de plena e imediata aplicabilidade. Sua postergação de aplicação não ocorre, daí ser despicienda a discussão de aplicabilidade mediata, mesmo se tratando de relações de direito privado, salvo se a norma for ordinária, de caráter programático.

7. *O poder especial de caráter privado exercido por pessoas coletivas*

A discussão da questão indicando a situação ocorrente de poder especial de caráter privado exercido por pessoas coletivas sobre outros indivíduos é complexa. Vislumbra-se nisso relações de poder, que, todavia, não são obrigatoriamente jurídicas, em vista de não se tratar de relações entre iguais, e, por isso, há necessidade de ser destinada a proteção de liberdade dos homens comuns situados em posição de vulnerabilidade. Andrade (2006, p. 287) focaliza três diferentes relações de poder privado: 1 – as semelhantes às relações especiais de poder típicas do direito administrativo; 2 – as de grupos ou de organizações sobre seus membros; 3 – as relações

de poder dentro da família, entre menores e pais (ou tutores).

O critério da desigualdade ou de poder social, tratado como critério classificatório, subministra em abstrato as entidades e o Estado e demais pessoas coletivas públicas a atuarem na condição de sujeitos passivos dos direitos fundamentais, visto como um critério teleológico, o qual permite, por analogia, com a finalidade de graduar a eficácia dos direitos e liberdades nas relações privadas. Esse argumento refere-se à falta ou insuficiência da lei, ou contra ela, se inconstitucional, invocar os direitos fundamentais, buscando assegurar a sua liberdade, por um lado, e exigir, por outro, uma igualdade de tratamento em relação a outros indivíduos nas mesmas circunstâncias. Nesse caso argui a invalidade dos atos e negócios jurídicos que ofendam os princípios ou reclama a indenização dos danos causados (ANDRADE, 2006, p. 288). Nesse desiderato, vale-se da diretriz sistemática, asseguradora da unidade lógica e conceitual, com o objetivo de garantir um mínimo de segurança jurídica pela regulação coordenada dos comportamentos sociais desenvolvidos na esfera privada (COSTA; BRANCO, 2002, p. 117).

Quando se apela para o uso da analogia, com o objetivo de graduar a eficácia dos direitos e liberdades nas relações privadas, põe-se o critério da desigualdade ou do poder social como um critério teleológico, daí entender ser o atual Código Civil dotado de um sistema aberto. Resta ratificado esse entendimento com a adição do argumento de se exigir, por um lado, os direitos fundamentais e, por outro, uma igualdade de tratamento em relação a outros indivíduos nas mesmas circunstâncias, arguindo a invalidade dos atos e negócios jurídicos que afetam os princípios constitucionais ou reclamando a indenização pelos danos causados (ANDRADE, 2006, p. 288). Está aí o reconhecimento de um conceito aberto, e desse entendimento e posicionamento deduz-se serem admissíveis duas formas

de interpretação jurídicas: a da lei e a do direito. Uma interpretação positivista e uma interpretação antipositivista, fincada na aplicação dos princípios. A aplicação da analogia implica colmatação de lacunas da lei, mediante seu preenchimento sem intervenção legislativa, buscando a completude dentro do mesmo sistema jurídico. Não havendo caso análogo, recorre-se à criação de uma norma *ad hoc*. Essa norma é criação do juiz, não tem caráter vinculativo nem para o julgador nem para futuros julgadores, mas pode servir de paradigma ou precedente para outros casos semelhantes.

A interpretação por meio do uso de princípios é defendida por Dworkin (1999, p. 254-255), na sua obra *Império do Direito*. A ideia básica consiste em resolver o caso mediante a aplicação de um conjunto de princípios, em vista de ser a melhor estrutura política e da doutrina jurídica da comunidade.

8. Conclusão

Um dos Códigos Civis mais influentes nas diversas sociedades mundiais foi o francês de 1804, que se apresentava como completo, perfeito e acabado, não admitindo interpretações contrárias aos seus dogmas. Apesar do comando exegético, não se pode negar sua prestabilidade à humanidade e, sobretudo, aos franceses. Na época, não se falava em outro Código senão o francês. No Brasil, até antes do Código Civil de 1916, as leis vigentes eram regidas pelas Ordenações Filipinas, Manuelinas e Afonsinas. O Código Civil de 1916 representou um avanço significativo, na época, porquanto nele estava inserida a racionalização dos interesses reinantes na sociedade, principalmente, na satisfação dos interesses das elites dominantes. Mas esse Código Civil era fechado, não deixava espaço para criação de novos direitos por meio de construção doutrinária. O pós-modernismo, diante desses impasses, se impunha. Havia necessidade de o Código

Civil passar por transformações. A cobrança pela modernidade do direito fez crescer o movimento de mudança. Nesse propósito, reluziu o horizonte, brotando o pluralismo das fontes e dos sujeitos, a comunicação com o reconhecimento dos direitos dos hipossuficientes, o método narrativo na elaboração das normas e o *retour des sentiments* com a efetividade dos direitos humanos de decisivo papel no âmbito das relações intersubjetivas. A pós-modernidade impôs à nova ordem privatista abandonar a ótica do processo individualista, patrimonialista, tradicional e conservador-elitista, tendo o Direito Civil do século XXI passado a ser constitucionalizado, com forte carga solidarista e despatrimonializante, pondo no pedestal a pessoa humana. O atual Direito Civil, ao mudar de roupagem axiológica da pessoa humana, sublimando sua dignidade, evidencia a interação com a Constituição Federal de 1988, na preocupação com o coletivo e menos com o individual. No contexto de coletivo, insere-se o *grupo cultural*, formado por uma coletividade de pessoas previamente dotadas de identidade, objetivando realizar uma atividade em grupo (coletivamente), na esperança de alcançar um resultado benéfico ao grupo. As pretensões coletivas a um grupo de pessoas encontram amparo na democracia deliberativa, revestida de seus elementos caracterizadores, tais como a fundamentalização-inclusão e a fundamentalização-releitura. A primeira consiste em garantir ao grupo cultural seus direitos fundamentais básicos e de políticas públicas, além de obrigações prestacionais positivas e negativas. Pela fundamentalização-releitura, o grupo cultural espera do Estado um procedimento, tal como a distributividade de justiça de forma efetiva. Os grupos culturais formados por uma coletividade de pessoas trazem, distinto do grupo, a individualidade de cada membro, o qual, ao lado do grupo, mantém sua posição de sujeito de direito e detentor do seu poder de vontade. O presente Direito Civil está revestido de

constitucionalidade, abrange valores existenciais, como os direitos da personalidade e, até mesmo, da funcionalização social dos institutos e instituições.

Reina no Código Civil de 2002 o princípio da operabilidade, ou seja, o estabelecimento de normas jurídicas facilitadoras de sua interpretação e aplicação, como no caso de se discutir ter ou não o grupo cultural personalidade jurídica ou identidade, ou se afirmar ser essa personalidade própria de cada membro do grupo, por serem pessoas humanas e não pessoas fictícias. Tudo isso não passa de discurso vazio, porquanto, contemporaneamente, o atual Direito Civil é direito constitucionalizado, contemplativo do grupo cultural, e disso, portanto, se deduz que o grupo cultural também tem condições de ser sujeito de direito, em vista de se cultivar uma aproximação da norma jurídica civil com a realidade política, social, econômica, cultural e familiar.

O Direito Civil contemporâneo é considerado um direito democrático, pois é aberto a todos os cidadãos recorrentes de sua aplicabilidade nas relações entre particulares, e entre Estado e particulares. O Direito Civil utiliza-se de regras jurídicas internas de outros ramos do direito, bem como se vale de comparações com sistemas diversos, significando prevalecer o processo conhecido como *intertextualidade e intra-sistematicidade*. Isso vem a ser, em outras palavras, a adoção, no Código Civil de 2002, da sua interação com vários ramos do direito interno e com outras ciências e, ainda, a interação com outros sistemas jurídicos, com a finalidade de encontrar uma melhor adequação de interpretação e aplicação das normas jurídicas no âmbito da relação privatista. A intrassistematização do Direito Civil brasileiro prende-se à questão axiológica da pessoa humana, da dignidade humana, em face de o direito privatista também estar diretamente relacionado aos direitos humanos. Seu objeto é a pessoa e o direito dos indivíduos ou grupo de pessoas (para o Direito Internacional, com base na

Declaração Universal dos Direitos Humanos) e (para o Direito interno) o cidadão ou grupo de cidadãos, com base nos direitos fundamentais e civis ordenados internamente pelo Estado. Muito desses direitos são inspirados em convenções, tratados, protocolos e resoluções internacionais, conforme previsão no parágrafo 2º, do art. 5º da Constituição Federal.

Tanto o Direito Internacional quanto o direito interno têm em mira a proteção da pessoa humana, percepção advinda depois da Segunda Grande Guerra Mundial – intitulado de *momento de valoração da pessoa humana*.

Referências

- ANDRADE, Vieira de. Os direitos, liberdades e garantias no âmbito das relações entre particulares. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privados*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2006.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. Tradução de Peter Naumann. A influência dos direitos fundamentais sobre o direito privado na Alemanha. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e Direito privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2006.
- COSTA, Judith Martins; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. *Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva. 2002.
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes. 1999.
- FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo código civil: uma análise crítica. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e Direito privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2006.
- GADAMER, Hans Georg. *Verdade e método II*. 2. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2004.
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito civil – parte geral*. São Paulo: Atlas. 2006.
- KANT, Emmanuel. *Crítica da razão pura*. Tradução de J. Rodrigues de Mereje. Rio de Janeiro: Edições de Ouro, [199-].
- MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, direitos fundamentais e Direito privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2006.
- POSNER, Richard. *Legal pragmatism*. Reino Unido, Inglaterra: Blackwell Publishing, 2004.
- ROUSSEAU, Jean Jacques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. Tradução de Paulo Neves. Porto Alegre, RS: L & PM Pocket, 2008.
- SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e Direito privado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.