

O DIREITO CIVIL COMO O DIREITO COMUM DO HOMEM COMUM

José de Oliveira Ascensão

Sumário: 1. A posição nuclear do Direito Civil; 2. Os ramos integrantes do Direito Civil; 3. A Pessoa e o sujeito (ou o substrato e a projeção deste); 4. A complementação sistemática: o Direito da Pessoa.



1. A POSIÇÃO NUCLEAR DO DIREITO CIVIL

Defrontamos hoje como que uma força centrífuga, que ameaça desagregar a ordem jurídica por via da formulação sucessiva de novos ramos. Pela impossibilidade de tudo abranger, os juristas vão-se tornando cada vez mais especializados, às vezes doutores de uma nota só, perdendo o sentido da unidade do Direito de que todos participam.

Isso representa um empobrecimento da ordem jurídica e do Direito aplicado: justamente porque o Direito é uma ordem, não há possibilidade de conhecer uma parte sem ter em atenção o todo em que se integra. Por natureza, assim como as partes contribuem para o todo, assim o todo conforma necessariamente cada parte.

Neste sentido, há que determinar um núcleo da ordem jurídica, que atraia e dê sentido à multidão de normas e atos jurídicos que constitui, no ponto de vista substancial, a matéria dessa ordem.

Tal núcleo encontra-se no Direito Civil. E é assim porque

o Direito Civil é o Direito Comum do Homem Comum. Quer dizer, é o Direito de que todos participam, no sentido de se lhes aplicar simplesmente porque são pessoas, independentemente de qualquer *status* ou ocupação particular que desempenhem no seio da sociedade. O Direito Civil não regula a condição de militar, comerciante, hierarca, agricultor... Exprime a Pessoa em si: a Pessoa na universalidade de cada membro da comunidade. A Pessoa que contém em si a totalidade da Humanidade, porque a dignidade humana inteira está presente em cada pessoa singular.

É clara a Constituição da República Federativa do Brasil ao incluir, entre os fundamentos da República, “a dignidade da pessoa humana” (art. 1 III). Podemos lamentar que o princípio venha enunciado em conjunto com outros aspectos mais organizativos, mas nem por isso deixa de ser categórico: toda a estruturação estabelecida tem como farol e limite a dignidade da Pessoa.

Por isso, o princípio repercute-se necessariamente em todos os sectores da ordem jurídica. Não é privilégio de qualquer ramo do Direito.

Não obstante, o princípio encontra o lugar próprio para seu desenvolvimento, bem como a sua expressão máxima, no Direito Civil. Porque é este ramo que contempla a pessoa como seu objeto próprio, na análise e aprofundamento das suas consequências jurídicas. Fá-lo sem miscigenação com mais considerações, de poder político ou outras.

A disciplina não é condicionada pelo poder, porque a Pessoa está antes dele: como a Constituição dispõe, a dignidade Pessoa é *fundamento*. No Direito Constitucional projeta-se sempre a sombra de aspectos mais contingentes de repartição do Poder¹. Mas no Direito Civil, o que se valora é a Pessoa em si. Aqui se caracteriza e se demarcam as repercussões, porque a Pessoa é o ponto de partida e a fonte última do regime a

¹ Como veremos ao referir a categoria dos direitos fundamentais.

estabelecer.

Podemos apontar uma manifestação curiosa desta centralidade do Direito Civil. É doutrina assente que a autonomia de um ramo de Direito depende da formulação de princípios próprios, que o caracterizem. Mas quando descemos ao Direito Civil, temos a maior dificuldade em encontrar semelhantes princípios. Muitos dos princípios que se enunciam são antes as epígrafes dos vários ramos do Direito Civil². Ou então terão de se reduzir a princípios que já não são propriamente jurídicos, como *summ quique tribuere*, ou fórmulas vagas, como a boa fé ou a igualdade, que não caracterizam especificamente o Direito Civil ou ameaçam ser antes princípios de todo o Direito.

Por quê assim? Justamente, pela centralidade do Direito Civil. É de tal maneira central que os seus princípios são os de todo o Direito. Ele impregna com o seu espírito toda a ordem jurídica. A busca de princípios próprios do Direito Civil é assim malograda. No Direito Civil podemos encontrar fronteiras, mas não princípios caracterizadores. Os princípios caracterizadores são chamados, sim, para justificar os ramos especiais de Direito que não são Direito Comum.

2. OS RAMOS INTEGRANTES DO DIREITO CIVIL

Desta índole do Direito Civil resulta o enunciado dos ramos (ou sub-ramos) que nele estão compreendidos. Generalizou-se a classificação germânica, pelo menos nos países do sistema ocidental de Direito (por oposição aos de

² É o que acontece com Carlos Alberto da Mota Pinto / António Pinto Monteiro / Paulo Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.^a ed., Coimbra Editora, 2005, I-II. Formulam oito princípios fundamentais do Direito, mas estes reduzem-se praticamente ao enunciado dos sub-ramos do Direito Civil; com um ou outro acrescento, como a boa fé, que não é caracterizante. Diferentemente, Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil I – I*, 3.^a ed., Almedina, 2005, n.º 55, afirma que a tutela da personalidade, a autonomia privada, a boa fé, a imputação dos danos e a propriedade “são realidades diretamente aplicáveis em todo o ordenamento”.

common law): esses sub-ramos são a Parte Geral (ou Teoria Geral), Direito das Obrigações, Direito das Coisas (ou Direitos Reais), Direito da Família e Direito das Sucessões.

De fato, todos estes ramos têm em comum o fato de deles participarem todas as pessoas pelo mero fato de serem pessoas. Todos efetivamente temos direitos e deveres, celebramos contratos, assumimos obrigações, temos posições jurídicas referentes a coisas, integramo-nos numa família, somos colocados perante sucessões, quanto mais não seja a previsão da nossa própria...

Aqui pode porém suscitar-se uma questão particular: justamente não se terá afastado desta orientação o Código Civil brasileiro? Este é de 2002, mas o Projeto remonta ao início dos anos 70. Integra um Livro II, epigrafado “Do Direito de Empresa”. Representa uma repercussão tardia do Código Civil italiano de 1942, que procedera à unificação do Direito Privado, ao que se pretendia, graças ao recurso à noção de empresa.

Este procedimento tem vantagens de natureza técnica. Nomeadamente, permite superar a *magna quaestio* da conceituação e delimitação do ato de comércio, em que os especialistas tanto se afadigaram com tão magros resultados. E traz, evidentemente, uma base nova para o desenvolvimento e apreensão da noção fundamental de empresa.

Hoje, porém, estamos já em condições de fazer o balanço do significado global da inovação; particularmente, da repercussão efetiva que ela teve sobre o sistema. E a observação pode fazer-se tendo em vista simultaneamente o que se passou no Brasil e na Itália.

Sem dúvida que há uma vantagem ao nível das fontes, uma vez que o mesmo diploma passa a reger simultaneamente os dois setores. Mas essa repercussão está longe de ser acompanhada de repercussões análogas noutros domínios.

Não corresponde à divisão didática comum das matérias.

As disciplinas continuam diferentes, e geralmente são também diferentes os professores que ensinam Direito Civil e Direito Comercial.

Não corresponde também à sistemática dos manuais. Uns são os livros de Direito Civil, outros os de Direito Comercial. Praticamente, só os comentários integrais artigo por artigo ou os trabalhos que envolvem todo o Código Civil abrangem, porque têm de abranger, o Direito de Empresa.

Mas não corresponde sobretudo à ordenação científica da matéria. Não se operou efetivamente uma integração da matéria da empresa no corpo do *ius civile*. O Direito Comercial continua assim separado como objeto de estudo e exposição. Tem os seus próprios princípios e outros são em geral os seus cultores. A unificação do Direito Privado não ultrapassou afinal a estrutura formal do Código Civil.

Na realidade, o Direito Comercial está fora do esquema comum do Direito Civil. O Direito Comercial não é generalizável, porque nem todos são empresários – nem todos têm empresas. É claro que todos temos de estar em relação com elas, mas é uma posição diferente – como consumidores. Mas no Brasil o Direito do Consumidor não está integrado no Código Civil.

O Direito do Consumidor está muito desenvolvido, na sequência da publicação do Código de Defesa do Consumidor³, que introduziu na legislação ordinária vários princípios contidos na Constituição de 1988. Mas por mais trabalhado que esteja, não é Direito da Empresa. Antes, o que há que perguntar é se não será antes Direito Civil.

Respondemos afirmativamente. “Todos somos consumidores” – foi a observação básica do Presidente Kennedy dos Estados Unidos da América, no histórico discurso que marca a gênese do Direito do Consumidor. Quem o negará? Efetivamente, todos consumimos. Se todos

³ Lei n.º 8.078, de 11 de Setembro de 1990.

consumimos, o Direito do Consumidor é Direito Comum do Homem Comum. Logo, é Direito Civil.

A Alemanha tirou as devidas consequências desta natureza. A Reforma do Livro do Direito das Obrigações do Código Civil (BGB) introduziu neste a disciplina fundamental do consumidor. Fáz-lo em meia centena de preceitos: não foi necessário mais. Os desenvolvimentos, a estrutura orgânica e assim por diante, tudo é deixado para leis especiais. Compreende-se muito bem e não prejudica em nada a qualificação como Direito Civil. Muitas outras matérias civis são apenas previstas e reguladas no Código no que toca ao âmago, mas a seguir relegadas para leis especiais. Assim, o Código Civil dá a categorização e a disciplina fundamental do menor, mas todo o desenvolvimento é deixado para o Estatuto do Menor. E o Direito do Menor é, sem contestação, Direito Civil.

Também muitos (embora já não todos) contatam com a empresa como trabalhadores. O Código Civil regula o contrato de prestação de serviços (arts. 593 e segs.), nos quais se incluem muitas modalidades de contratos de trabalho. Não obstante, o Direito do Trabalho não é Direito Civil. Nem todos trabalham; de entre os que trabalham, nem todos trabalham em empresa (os servidores públicos, na quase totalidade). O Direito do Trabalho é antes um Direito Privado Especial: especializa para um determinado setor os princípios do Direito Civil. Mas não é já um Direito Civil.

Na categoria do Direito Privado Especial entra o próprio Direito da Empresa. É-o no ponto de vista científico, que se sobrepõe ao formal. Especializa princípios para um setor determinado, o setor empresarial. Mas não é já Direito Comum do Homem Comum.

Somos assim levados à conclusão que o Direito da Empresa, não obstante integrado formalmente no Código Civil, não passou com isso a representar substancialmente um sub-

ramo do Direito Civil.

3. A PESSOA E O SUJEITO (OU O SUBSTRATO E A PROJEÇÃO DESTE)

Concentremo-nos agora na Pessoa, que assim colocamos no núcleo do Direito Civil.

Somos despertados por uma variação terminológica. Alguns tratadistas falam em *pessoa*, outros em *sujeito*. Será a mesma coisa?

É muito diferente, e isto nos coloca na pista de uma distinção essencial.

A Pessoa, no seu significado essencial⁴, é a base de toda a ordenação jurídica. O sujeito representa já uma formalização ou funcionalização: a Pessoa *funciona* como sujeito das situações jurídicas. O sujeito é a manifestação da personalidade jurídica, como a máscara que se usa na vida de relação⁵. Mas essa máscara pode caber até a não pessoas, porque não supõe já um ente substancial mas apenas polos de referência na relação.

O ente substancial de que o Direito parte é a Pessoa. Não é necessário distingui-lo do Homem, com ou sem maiúscula. Por isso, é lapidar a sentença de Hermogeniano: *hominum causa omne ius constitutum est*.

Há então que tirar todas as consequências. O Direito não parte da relação jurídica como quadro básico: esta é já um *construído*, que carece ela própria de justificação. Por isso, mesmo os tratados que epigrafam o estudo geral do Direito Civil como “Teoria Geral da Relação Jurídica”⁶ são

⁴ Ou ontológico: não devemos reear a qualificação.

⁵ Dá-se como que uma inversão semântica. *Persona* designara a máscara que se usava na representação teatral greco-romana, que escondia uma personalidade sob a máscara de outra. Passou a designar a Pessoa ontológica, enquanto a máscara com que se funciona na vida jurídica é designada simplesmente como o sujeito das relações.

⁶ É o título da obra clássica de Manuel de Andrade, 2 vols., Almedina, 1960.

manifestação, às vezes sem os autores disso se aperceberem, do positivismo⁷, pois suspendem o Direito do nada. Mas o Direito tem como âncora e cais a Pessoa e a sociedade em que esta se integra. Por isso, a designação correta da matéria é antes a de Parte Geral ou Teoria Geral do Direito Civil. A relação surgirá depois, quando se analisam os vínculos que se estabelecem entre as pessoas.

A formalização vai tão longe que alcança os próprios direitos de personalidade. Muitos são apresentados como realidades técnicas que dispensam como suporte a personalidade ôntica. Surge até a atribuição de direitos de personalidade a pessoas jurídicas. Isto faz perder todo o sentido à categoria. Os direitos de personalidade deixam de ser aquele mínimo que se impõe em toda a sociedade para se transformarem numa categoria oportunística, muito frequentemente destinada a tutelar interesses patrimoniais sob a capa de uma promíscua proteção da personalidade.

Mas estas orientações não refletem o Direito legislado. Antes de mais num ponto fundamental e pouco ponderado: *a atipicidade dos direitos de personalidade*.

Os direitos de personalidade são direitos absolutos: têm eficácia *erga omnes*. Os direitos absolutos são direitos típicos: só existem nos casos em que a lei os estabelecer. E todavia, os direitos de personalidade são atípicos. Os arts. 11 a 21 do Código Civil preveem os direitos de personalidade mas não os tipificam. Fazem apenas referência a alguns tipos, que não são sequer os de maior importância. Isto só pode significar que o Código pressupõe uma categoria por si dos direitos de personalidade, que não depende da previsão da lei mas da própria consideração da pessoa humana⁸.

⁷ No limite, na fisionomia de kelsianismo.

⁸ Nem se poderia pretender que o Código pressupõe o enunciado dos direitos fundamentais constante da Constituição. Este serve finalidades muito diversas e abrange aspetos de relação com o Poder que não têm já nada que ver com a proteção básica da personalidade humana.

Mas sendo assim, o Direito não pode fugir a uma caracterização da Pessoa; ou pelo menos, tem como pressuposta essa caracterização. Doutra maneira, caímos de novo na suspensão da ordem jurídica do nada. E até as invocações eloquentes dos direitos humanos tornam-se vazias, porque todos as proclamam, mas não há unidade de entendimento quanto à caracterização do Homem que esses alegados direitos viriam a servir. São meros elementos dum jogo político.

Substantivamente, porém, é a Pessoa que justifica o Direito. E a consideração da Pessoa, como ela essencialmente é, permite distinguir uma intervenção em gradações sucessivas.

A Pessoa manifesta-se nomeadamente como:

- fim do Direito
- fundamento da personalidade jurídica
- sujeito das situações jurídicas.

Não é este o lugar para aprofundar estas determinações. Basta-nos observar que a Pessoa, como *fim do Direito*, dá uma dimensão que acompanha toda a vida jurídica: porque nenhuma interpretação ou aplicação é válida se for contrária ao sentido ontológico da Pessoa. O *fundamento da personalidade jurídica* é já mais determinado: impõe que a toda a pessoa ontológica seja reconhecida personalidade jurídica, e esta conterà necessariamente os direitos e deveres intrínsecos à pessoa. A manifestação como *sujeito das situações jurídicas* é uma consequência mais longínqua, a desenvolver já nos quadros das situações jurídicas, e em que a posição da pessoa humana não se distingue muitas vezes da posição de entes não humanos mas dotados também de personalidade jurídica.

Tudo isto tem implicações muito significativas na enciclopédia jurídica, nomeadamente na demarcação dos ramos de Direito.

Por exemplo, no que respeita ao Direito da Bioética. É um ramo recente e em expansão, o que é muito louvável. Mas nota-se uma tendência preocupante de reconduzir o Direito da

Bioética a uma modalidade de Direito Médico ou Direito da Saúde.

Não é assim. O Direito da Bioética é, como o próprio nome indica, o Direito da Vida (com a indispensável restrição aos aspetos do suporte físico da vida, pois caso contrário todo o Direito seria Direito da Bioética). Mas isso não o transforma numa espécie de deontologia médica ou da saúde, porque representaria uma degradação da vertente ética; nem o limita a estas problemáticas, porque há aspetos da vida do homem sobre a terra que não são médicos nem de saúde mas devem ser considerados ainda incluídos. Pensamos por exemplo na Ecologia, nalgumas das suas vertentes.

Daí que toda a Teoria Geral deva ser encimada pelo estudo da Pessoa. Aí avulta o aprofundamento dos direitos de personalidade, cuja essência ética deve ser preservada e acentuada. Só depois haverá que passar a aplicações mais derivadas ou técnicas, que já não são Direito da Pessoa, mesmo quando relativas a pessoas físicas. Por exemplo, a *ausência*: respeita apenas a pessoas físicas, mas não é já projeção de aspetos essenciais da pessoa. Não se enquadra no estudo primordial desta.

4. A COMPLEMENTAÇÃO SISTEMÁTICA: O DIREITO DA PESSOA

Há que ir sempre mais longe.

O que dissemos deve repercutir-se na própria sistematização da Parte Geral do Direito Civil.

A exposição das matérias, após algumas considerações introdutórias, deve privilegiar claramente a Pessoa substancial ou ontológica em relação à pessoa formal ou funcional – a pessoa que *funciona* nas situações jurídicas.

Toda a exposição deve iniciar-se pelas “Pessoas”; mas dentro desta grande Parte, o primeiro Título ou Capítulo,

consoante se preferir, deve ser expressamente “O Direito da Pessoa”.

E aqui, há que analisar o que essencialmente caracteriza a Pessoa. O que é a Pessoa em si e o que é absolutamente reclamado por esta. Por exemplo, é aqui que devem ser versados os aspetos nucleares da Bioética, sem prejuízo de depois essas matérias deverem ser aprofundadas e especificadas nas muitas leis avulsas, já existentes ou a criar.

É este o lugar próprio dos direitos de personalidade. Assente o ponto de partida substancial, há que desenvolvê-los na sua Teoria Geral e nas manifestações singulares que se revelarem necessárias. Há que ir muito além dos escassos preceitos do Código Civil. O jurista não é refletor de leis, é um revelador do Direito. Neste domínio tem um largo campo aberto à sua indagação, porque como dissemos há que determinar o que é essencialmente exigido pela Pessoa, independentemente de estar ou não previsto por lei. Há também aqui que purificar esta matéria de contaminações patrimoniais, como acontece quando se invoca a proteção da personalidade para afirmar o exclusivo do direito à imagem dos jogadores de futebol. Exista ou não, o que não curamos de apurar, o que é seguro é que a matéria nada tem que ver com o Direito da Pessoa.

Aqui também há que tornar muito clara a distinção entre direitos da personalidade e direitos fundamentais. Têm andado confundidos: os silêncios do Direito Civil nesta matéria explicam-se por se ter considerado que ela estava já versada nas constituições políticas. Mas a preocupação é diferente: as constituições têm necessariamente como núcleo a demarcação das posições perante o poder, não o traçado do estatuto da Pessoa. Por outro lado, foram levadas a uma exagero de previsão de direitos fundamentais, muito além do já de si monumental art. 5 da Constituição brasileira. Chega-se a previsões sem sentido, como a da gratuidade da certidão de

óbito (art. 5 LXXVI *b*): nem se entende quem é o beneficiário, será o falecido? Nada tem que ver com um direito fundamental, é um benefício qualquer.

A lei civil tem de estar imune a estas derivações. Os direitos fundamentais são os que têm fundamento ético, como constituintes da personalidade humana.

E, tal como os direitos, também os deveres de personalidade. A responsabilidade é constitutiva da Pessoa, como ser que só se realiza com os outros e para os outros. Isso exprime-se através de deveres, que caracterizam igualmente a Pessoa como ser social e ético.

Só após se entraria num novo título ou capítulo, ainda enquadrado na matéria das “Pessoas”, mas considerando-as já num ponto de vista mais técnico. Consideraria a pessoa no tráfego jurídico: quer ainda a pessoa em si, como o que respeita à capacidade, quer a pessoa na dinâmica jurídica, como titular de situações jurídicas, particularmente como parte em relações jurídicas. Mas a pessoa apareceria aqui já no aspecto funcional e não essencial e com isto sujeita a parificações com entidades que não são pessoas ontológicas, como as chamadas pessoas coletivas ou jurídicas.

Só desta maneira se tornará transparente a realidade da pessoa como o centro de gravidade do Direito e se alcançará uma base segura para extrair todas as consequências desta posição.

Esta foi a proposta que lançámos no nosso *Os direitos da pessoa e a Parte Geral do Direito Civil*⁹. Já aí observámos que se impõe “uma revisão profunda, penosa até, pois exige ajustamentos delicados” (n.º 7). De fato, é sempre doloroso deixar caminhos já traçados e arriscar-se no novo. Mas propomo-nos fazê-lo, em nova versão do nosso *Direito Civil – Teoria Geral*.

⁹ Publicado in *Direitos Humanos e Formação Jurídica*, coord. José Renato Nalini / Angélica Carlini, Editora Forense (Rio de Janeiro), 2010, 286-298.

