

DIREITOS DE PERSONALIDADE E RESPONSABILIDADE CIVIL NA PERSPECTIVA DA ÉTICA DO DISCURSO

Maria Cláudia Cachapuz*

INTRODUÇÃO



Discutir-se uma Lei que recém começa a se fazer aplicada num determinado ordenamento jurídico, é um fenômeno de singular importância e responsabilidade. Ainda mais se esta Lei se destina a regular as relações civis, que cotidianamente inspiram uma determinada proteção jurídica. Toda a doutrina que começa a ser construída sobre o Código Civil deve ser apreendida, por aqueles que têm a missão de dar voz a uma nova Lei, com a cautela necessária de quem só agora inicia um processo de construção de realidade jurídica implicada frente ao caso concreto. Se por um lado há uma responsabilidade extrema na função a ser desempenhada pela doutrina neste início de vida da Lei civil - em que não há uma jurisprudência construída especificamente em relação às novas disposições normativas do Código -, por outro, se reconhece certa facilidade à função do doutrinador, na medida em que todo o trabalho se encontra, *a priori*, sujeito a críticas, reserva frente às conclusões que possam ser reproduzidas e incertezas em face da consolidação de institutos jurídicos a partir da interpretação complementar a ser feita pelos tribunais.

Para introduzir o tema sobre a proteção à intimidade e à vida privada no Código Civil e os reflexos no âmbito das obrigações e da responsabilidade civil, é necessário partir-se da nova

* Doutora em Direito Civil pela UFRGS. Juíza de Direito no RS. Professora da UFRGS e da Universidade La Salle/ Brasil.

visão reservada às diretrizes metodológicas deste Código¹ que, seguindo orientação de Judith Martins-Costa², inspira uma forma original de leitura ao intérprete. Parte-se de uma visão aberta à experiência. Este Código é destinado a reger relações civis numa sociedade que se apresenta culturalmente diversificada e que, portanto, exige respostas abertas às particularidades dos indivíduos. Um tema, por sinal, próprio à essência do debate proposto à intimidade e à vida privada. Ou seja, é preciso que o intérprete do Código Civil compreenda a gênese crítica³ ínsita à normatividade que se impõe, de forma a possibilitar que a norma civil possa se apresentar como um dever-ser e efetivamente se realizar como tal.

Não há, com isso, uma filiação a uma visão clássica do culturalismo⁴ no Direito. Reconhece-se apenas, como fundamental, observar a diretriz traçada ao Código Civil que remete o

¹ Esclarece Miguel Reale que o Código Civil é marcado pela vinculação a “valores sociais e éticos” (REALE, 2003, p. 36). Aqui, se remete às considerações preliminares oferecidas por Miguel Reale ao projeto do Código Civil brasileiro, em que, junto com os princípios de socialidade e de eticidade, enumera o princípio da operabilidade como fundamento de construção a uma razão prática ao ordenamento jurídico, visando a realização efetiva do direito implicado em concreto (REALE, 1999, p. 10). No mesmo sentido, o texto “O culturalismo de Miguel Reale e sua expressão no novo Código Civil” de Gerson Branco e Judith Martins-Costa (2002).

² Ver MARTINS-COSTA, 2001 e 2003.

³ Aqui se considera a importância da interpretação por princípios, pelo fato de que as normas são apenas “discursivamente possíveis”, nunca podendo se afirmar quanto a uma fundamentação definitiva desde sempre. Este é o espírito informador de uma *gênese crítica*. “No quadro das componentes condicionais de uma norma válida, só podem ser obviamente contempladas as situações que os intervenientes utilizam, de acordo com o estado actual de seus conhecimentos, com a intenção de explicar paradigmaticamente uma matéria que necessite ser regulada. O princípio de universalização tem de ser formulado de modo a não exigir nada impossível; tem de liberar o indivíduo que participa na argumentação da atitude de tomar em consideração, logo no momento da fundamentação de normas, o enorme número de situações futuras e completamente imprevisíveis” (HABERMAS, 1991, p. 137). Ver ainda ALEXY, 1997, p. 140-141.

⁴ Segue-se, nesse caso, a crítica de Robert Alexy ao culturalismo clássico alemão e à adoção de teorias axiológicas aos direitos fundamentais, especialmente na época da Constituição de Weimar: “De acuerdo con una famosa formulación de Smend, ‘sen-

intérprete a justificar e aplicar a norma jurídica frente a uma sociedade complexa - que tanto reconhece um princípio formal de igualdade jurídica, como permite a identificação, frente ao caso concreto, da singularidade do indivíduo e da sua posição jurídica num mundo concreto.

Daí porque, à luz do pensamento de Jürgen Habermas e Robert Alexy, só se alcança esta gênese crítica seguindo uma corrente de pensamento inspirada na filosofia kantiana e materializada a partir de uma ética do discurso⁵.

Quando busca descrever o fenômeno jurídico a partir do

tido concreto de un catálogo de derechos fundamentales´ reside en que pretende 'normar una serie concreta, de una cierta unidad cerrada, es decir, un sistema de valores o bienes, un sistema cultural' (ALEXY, 2001, p. 148).

⁵ Seguindo-se Jürgen Habermas (1991), identificam-se três correntes atuais de encaaminhamento do pensamento filosófico: (i) Corrente de *tradição aristotélica*: retorna à idéia de "causa primeira" (que, em última análise, conduz à idéia de sistema), na medida em que conclui que a faculdade do juízo teria de tomar o lugar da razão prática para integrar, desde logo, o conceito que se expõe à análise (o plano do querer e do julgar estariam juntos). Ou seja, exige que a faculdade do juízo se movimente dentro de um horizonte de uma forma de vida completamente aceita a partir de um contexto valorativo - um valor extraído tanto das motivações dos envolvidos, como da realidade fática e das questões normativas pertinentes. O valor do que é "bom", do que "prudente" alcança um significado extremo - e perigoso, por outro lado. A busca seria por exaurir o conceito de cada direito de personalidade, a priori, de forma que eu possa me referir a ele, desde logo, num plano material e abstrato, e submeter a ele o particular; (ii) Corrente de *tradição empírica ou funcionalista*: a razão prática é assimilada na sua porção estritamente pragmática. Reduz-se a interpretação ao exercício teleológico da atividade racional. Nem Savigny (2001), na eleição de métodos de interpretação, chegou a tanto, não se permitindo reconhecer um método de interpretação teleológica como exercício racional de justificação e aplicação do Direito. É estritamente funcionalista, permitindo espaço amplo para que se decida de acordo com o fim da conduta em si (um projeto, por exemplo), e não com o meio empregado à atividade. Ao inverso, utiliza o homem como meio, e não como fim, de todo o processo de compreensão da atividade cognitiva; (iii) Corrente de *tradição kantiana*: a razão prática coincide com a moralidade. Só na autonomia é que a razão se une à vontade. A vontade é uma espécie de causalidade - decorrente do fato da razão em si - e a liberdade qualifica esta causalidade como capacidade de agir, independentemente de causas estranhas que a determinem. A liberdade é capaz de ser lei para si mesma, agindo apenas por máximas universalizáveis. Porque se agisse por máximas empíricas, não seria lei para si mesma, mas atenderia móveis exteriores à sua legislação. A razão prática não é arbitrária, porque a moral impõe que se escolham máximas que, ao mesmo tempo, possam valer como universais.

discurso prático⁶ - e sua versão especial, do discurso jurídico⁷ -, o intérprete do ordenamento jurídico promove um exercício de justificação e aplicação do Direito⁸ a partir de uma releitura da corrente kantiana, privilegiando o binômio universalidade-particularidade. O que norteia a interpretação pelo discurso é a constatação de imposição, *a priori*, de um direito geral de liberdade e a possibilidade ampla e aberta a qualquer um de problematizar sobre desejos, opiniões.

Tem-se, assim, que a ética do discurso é, primeiramente, *formal*, porque o método da argumentação moral substitui o imperativo categórico, como princípio de justificação, assinalando como válidas as normas de conduta suscetíveis de generalização. Só podem reclamar validade as normas que são aceitas por todos num discurso prático, integrando-se universalidade e particularidade; da mesma forma, os efeitos gerados por estas normas, conectados com uma realidade prática, devem satisfazer os interesses implicados em concreto. De outra parte, a ética do discurso é também *universal*, porque não se preocupa com intuições de dada cultura ou realidade, mas com uma idéia de validade geral. E isto se torna fundamental para examinar, de forma específica, o tema dos direitos de personalidade, em que se está, segundo Hannah Arendt⁹, contrapondo-se o oculto ao exibido,

⁶ Ver HABERMAS, 2001.

⁷ Ver ALEXY, 1997.

⁸ Conferir GÜNTHER, 2004.

⁹ ARENDT, 1959. Anteriormente, analisando mesma oposição, já referi que “é fundamental aos modernos, principalmente após o movimento da Ilustração na História, a compreensão de que o pressuposto de liberdade existe tanto no espaço privado como no público - inclusive como ideal político, ao contrário dos antigos -, não servindo, portanto, a liberdade como critério diferenciador dos dois espaços. O que se reconhece como elemento de diferenciação ao público e ao privado é, precisamente, a exigência de visibilidade oferecida às coisas que gravitam nessas esferas. Ou seja, mínima ou nenhuma visibilidade ao que é privado e, pelo menos, alguma visibilidade ao que é público. As duas formas de caracterização do que é comum pelo espaço público em oposição à reserva exigida no espaço privado é que, pode-se dizer, inauguram o encaminhamento da discussão contemporânea ao problema da privacidade. Fundamentalmente, porque tais acepções, ligadas à idéia de que existem espaços distintos ao público e ao privado, remetem à própria discussão contemporânea sobre a resolução dos

aquilo que deve ser mantido em segredo ao que deve ser visto, o privado ao público.

Para que se possa discutir direitos de personalidade no Código Civil é imprescindível que se retome uma dicotomia entre o público e o privado. Mas, no caso, a visão do privado como em oposição àquilo que é público a partir de uma ótica social, do que deve ser mantido em segredo e do que deve ser visto. Esta visão não conduz a uma diluição dos extremos entre as esferas do público e do privado, para efeito de um estudo jurídico sobre a privacidade ou sobre a exposição. Antes, reforça a questão da visibilidade pública sob novos parâmetros de análise e a partir dessa gênese crítica exigida pela sociedade contemporânea. Ou seja, não mais a partir de uma visão estanque, previamente determinada, e sim a partir da idéia de que o público e o privado são preenchidos em circunstâncias concretas de análise.

Por isso, tem-se defendido que, diferentemente do que se possa esperar de outros temas jurídicos, tratar do que é público e privado, sob a ótica do Direito, não é tarefa que possa se traduzir num movimento automático de um abrir e fechar de gavetas, dispostas em institutos jurídicos previamente estabelecidos e suficientemente acondicionados em conceitos e expressões de linguagem seguras. Cada abrir e cada fechar de gavetas é uma

conflitos individuais frente ao reconhecimento de um princípio de igualdade entre os indivíduos. Compreende a esfera pública aquilo que identifica os indivíduos no grupo e que garante a própria existência dos interesses individuais em relação ao Estado como um todo. Resta, à esfera privada, o resguardo das aspirações mais íntimas do homem, que passam a importar no próprio sentido de preservação aos aspectos que diferenciam uns dos outros em sociedade. Com isto, no entanto, não se quer afirmar a existência de um abismo entre dois mundos. Já diria Hannah Arendt que "qualquer pensamento que se construa em termos de dois mundos [...] implica que esses dois mundos estejam inseparavelmente ligados entre si" (ARENDDT, 1993, p. 11). Quer-se, em verdade, demonstrar a medida de preocupação, revelada na modernidade, com a definição de estruturas entre o "(verdadeiro) ser e a (mera) aparência" (ARENDDT, 1993, p. 20), não apenas a partir da adoção de um discurso metafísico - em que aquilo que se encontra na superfície se torna "superficial" (ARENDDT, 1993, p. 25) -, e sim, pela possibilidade de se reconhecer que também o mundo das aparências - em que se encontra o que deve ser visto - se torna essencial para sustentar e mesmo preservar o que faz parte da essência de cada um" (CACHAPUZ, 2006, p. 74).

ação dirigida à compreensão, que revela uma infinidade de segredos e exposições, para os quais cabe ao pesquisador, em certa medida, não apenas selecionar o que realmente se torna interessante, mas permitir que seja reconhecido um certo limite em relação ao que importa tornar visto ou manter oculto.

Nessa medida, é fundamental estabelecer uma distinção entre o privado e o público da mesma forma que se lhes reconhece uma complementariedade inafastável¹⁰. A pretensão é a de tornar racional ao intérprete, numa situação de conflito, uma resposta que se pretenda correta em relação à necessidade, ou não, de proteger uma situação específica de privacidade. Argumenta-se quanto à existência de uma circunstância concreta e finita - no tempo e no espaço - a respeito do que é reservado ou do que deve ser tornado aparente na vida de determinada pessoa. Para a avaliação do tipo de proteção jurídica necessária - e se é ela necessária -, imprescindível é que se opte pela adoção de uma teoria das esferas (que espelhe uma concepção formal-material ao direito geral de liberdade) e por uma interpretação fundada em princípios. Tal exercício só se torna possível ainda porque acolhida uma argumentação fundada no discurso prático-jurídico, preocupada com a racionalidade da decisão, com uma pretensão de correção e com a composição entre o que é universal e o que é particular.

A dicotomia do público e do privado, como referida é,

¹⁰ Sobre a matéria, destaca Judith Martins-Costa que "a existência de um espaço entre o público e o privado, protegido pela lei, suscita o questionamento de uma relação que, na modernidade, se apresentou sob a forma de espessa dicotomia, cujo destino perverso foi o de, atribuindo ao direito público a preocupação com o bem comum, com o interesse social, conotar ao direito privado os seus antônimos atributos, conectando-o com um individualismo estreito, um 'individualismo possessivo', assim encobrindo com o patrimonialismo do burguês, vencedor do *Ancien Regime*, as virtudes do *ser civil*" (MARTINS-COSTA, 2002, p. 11). Daí a possibilidade de postular-se não uma oposição estanque entre o público e o privado, e sim estimular-se a idéia de complementariedade entre o que é da 'essência' (do indivíduo) e o que compõe a 'aparência' (do todo).

em verdade, o ponto de equilíbrio que garante à sociedade contemporânea conformar-se socialmente com garantia às liberdades individuais. Liberdades estas que, ao final da era moderna, conquistam uma esfera de privacidade bastante mais ampla que a conhecida até o século XVIII, deixando de reconhecer a propriedade privada exclusivamente sobre bens tangíveis, para identificá-la sobre uma propriedade imaterial e intelectual, até chegar à idéia de tutela à pessoa.

A mudança de enfoque, como sustenta Hannah Arendt¹¹, é feita a partir de uma alteração na própria concepção de privacidade. É que, então, a distinção entre público e privado não é mais encarada da forma clássica, por um conceito político, e sim a partir de um conceito de intimidade, equivalendo à diferença “entre o que deve ser exibido e o que deve ser ocultado” (ARENDR, 2001, p. 82)

A discussão que ora se pretende apresentar na análise dos direitos de personalidade no CC e sua relação com a idéia de

¹¹ ARENDR, 2001, a partir da p. 81. Noutra oportunidade, inclusive, sustentei, seguindo Habermas, que se “reconhece como fundamental a existência de um espaço reservado àquilo que seja de “domínio intocável de configuração da vida privada” (HABERMAS, 1997, vol. 2, p. 137). Tal reconhecimento não se apresenta justificado unicamente por uma limitação decorrente da interferência maior ou menor do Estado em determinados setores de organização da sociedade – o que poderia explicar a existência de uma dimensão mais íntima apenas do ponto de vista sociológico. O que existe, do ponto de vista jurídico, é a necessidade de composição das liberdades individuais, identificando-se iguais liberdades subjetivas aos indivíduos e permitindo-se, justamente pela visualização de uma esfera mais reservada a cada um, a preservação de uma liberdade individual em detrimento de qualquer tipo de interferência externa. Seguindo mesma construção de idéias, a partir de um espectro filosófico, Hannah Arendt (2001) vai enfrentar a questão de uma dicotomia ao público e ao privado pela distinção entre esfera pública e esfera privada do ponto de vista da “privatividade” que tais espaços resguardam - nos termos da expressão utilizada pela autora -, e não do ponto de vista do “corpo político” (ARENDR, 2001, p. 82) que possam representar. E isso, porque, numa dimensão subjetiva em relação às liberdades individuais em conflito, a distinção entre espaços ao público e ao privado, na modernidade, só pode corresponder “à diferença entre o que deve ser exibido e o que deve ser ocultado” (ARENDR, 2001, p. 82), e não a critérios de outra ordem” (CACHAPUZ, 2006, p. 104).

responsabilidade civil, vem estabelecida a partir de dois enfoques. Primeiro, como forma descritiva dos direitos de personalidade no CC e com destaque à estrutura privilegiada pelo Código, pretende se identificar a medida de constituição de efetivos direitos subjetivos e cláusulas gerais no ordenamento jurídico civil, conferindo destaque ao tratamento dispensado, de forma específica, aos artigos 20 e 21 do CC. Em seguida, quer se verificar a medida de propositura, no CC, de uma redefinição à *déia* de ilícito civil, abordando, precisamente, os artigos 186 e 187 do Código e a repercussão de uma leitura conjunta do capítulo sobre os direitos de personalidade ao título reservado aos atos ilícitos para efeito de identificação de eventual responsabilidade civil face ao exame de um caso concreto.

1ª PARTE: OS DIREITOS DE PERSONALIDADE E O CC

A primeira questão relevante em relação ao capítulo dos direitos de personalidade no CC é justamente o fato de ter o Código, por sua constituição, destinado um capítulo específico a tais direitos. Ao contrário do que se verificava no antigo CC, a estrutura do Código preocupou-se em oferecer explicitamente um destaque aos direitos de personalidade, ressaltando tanto a relevância da *idéia* de *pessoa* como "valor-fonte" do ordenamento jurídico civil, seguindo-se Miguel Reale¹², como a importância reservada a um direito geral de liberdade, especialmente voltado à concepção de um livre desenvolvimento da personalidade humana.

Isto ressalta, por sua vez, a opção franca do Código Civil pela abertura a uma *gênese crítica*. Ou seja, não se trata de reconhecer exclusivamente uma visão culturalista à estrutura do CC. Aqui se considera a importância de compreensão do Código e do capítulo dos direitos de personalidade como um instrumento normativo aberto às situações concretas, em que as normas são

¹² REALE, 1999.

apenas "discursivamente possíveis"¹³, nunca podendo se afirmar quanto a uma fundamentação definitiva desde sempre. Este é o espírito informador de uma gênese crítica.

Pressupõe-se a universalização por meio da normatividade, de forma a permitir, face o caso concreto, que todo o desejo, opinião, sentimento possa ser discutido na perspectiva de potencializar um direito de livre desenvolvimento da personalidade.

O princípio de universalização tem de ser formulado de modo a não exigir nada impossível; tem de liberar o indivíduo que participa na argumentação da atitude de tomar em consideração, logo no momento da fundamentação de normas, o enorme número de situações futuras e completamente imprevisíveis (HABERMAS, 1991, p. 137).

Diante dessa estrutura, portanto, toda e qualquer situação concreta descrita normativamente no CC em relação aos direitos de personalidade só pode ser apreendida exemplificativamente. Assim, por exemplo, em relação ao art. 20, em que destacadas formas disponíveis ao 'querer' aparecer do indivíduo num ambiente público. Deve entender-se que as formas de exposição ali descritas são sempre exemplificativas, porque impossível dizer-se, *a priori*, que conduta constitui, ou não, um direito de personalidade. Quanto mais, levando-se em consideração a dificuldade de prever-se, antecipadamente, que inovações tecnológicas - na Informática, na Biologia, na Física, na História - serão interferentes nas liberdades individuais dos homens.

Para falar de direitos de personalidade que atendam a esta característica da universalização normativa, de forma a tornar possível, abstratamente, abranger na norma a maior discussão possível em relação às liberdades individuais do homem, torna-se essencial, portanto, pressupor a visualização de uma teoria das esferas, alcançada ao intérprete a partir de uma concepção formal-material do direito geral de liberdade.

É uma teoria *formal*, porque, genericamente, se apóia

¹³ ALEXY, 1997, p. 140-141.

num conceito de universalização. Pressupõe um princípio de liberdade negativa que não pode ser substituído por um conceito fechado ou por um conteúdo materialmente estabelecido desde logo. Traz, *a priori*, apenas as condições gerais de universalização que são necessárias para a testagem da conduta particular. É o mesmo exercício racional que é exigido, na argumentação, em relação às regras gerais do discurso prático - regras do discurso ideal, segundo Robert Alexy¹⁴.

É uma teoria *material*, porque aberta à particularidade do caso concreto, complementando-se por meio dele e das condições fáticas e jurídicas apresentadas com o caso particular. A estrutura das esferas recebe a materialidade da particularidade (do caso concreto), testando-a na concordância estabelecida entre o discurso ideal e o discurso real¹⁵.

¹⁴ ALEXY, 1997, p. 303. Noutra oportunidade sustentei que “o intérprete busca solução a uma questão prática proposta à discussão, partindo de condições ilimitadas de participação, de tempo e de abertura à manifestação de desejos, opiniões e necessidades. E, nessa busca, o espaço do discurso ideal, de condições ilimitadas, é formal, ainda não contendo em si qualquer determinação em relação a um consenso específico, senão em relação à própria impossibilidade de contradição pelo discurso. Tal se dá pela concepção de universalidade almejada pelo discurso ideal que garante, em última análise, a base necessária a uma "concepción absolutamente procedimental de la corrección" (ALEXY, 1997, p. 303). Como a perspectiva pelo discurso é encontrar uma idéia regulativa e, fundamentalmente, uma razão prática a determinada questão concreta trazida à apreciação, o discurso ideal - plantado sob condições ilimitadas que visem testar a coerência de máximas de ação - não se tornaria útil por si só se não permitisse complementação pela possibilidade aberta pelo discurso real, que trabalha, então sim, a partir de condições limitadas de participação, de tempo, de linguagem e de formação de um consenso, inclusive acerca dos elementos de argumentação específica (o conhecimento empírico, a dogmática, os precedentes). É no discurso real, então, que se delimita o espaço concreto de construção de uma razão prática, necessariamente vinculada às regras do discurso, à medida de seu cumprimento, à atuação dos participantes e à duração do próprio discurso (ALEXY, 1997, p. 303). Daí a possibilidade de chegar a uma idéia de consenso na argumentação, entendendo-se interdependentes o discurso ideal e o discurso real, no sentido de que pela razão prática é possível um acordo sobre um assunto, ainda que aberto à correção e sujeito à idéia regulativa geral” (CACHAPUZ, 2006, p. 181).

¹⁵ Entende-se que esta abertura à moral é entendida a partir da situação criada pelo discurso, ou seja, de que a base desta abertura é a pretensão de correção trabalhada como idéia regulativa de um discurso prático geral: "La explicación de esta pretensión

Daí a relação estrita entre uma teoria das esferas e um direito geral de liberdade. As esferas servem na medida em que predispõe espaços abstratos ao público e ao privado, ambos conferindo mesmo *valor* à liberdade. Tratam-se de espaços que abrigam experiências e manifestações distintas e que demandam tipos de proteção também distintos. A teoria das esferas contribui para a racionalização do problema ao permitir a organização de uma argumentação suficiente à decisão que venha a ser adotada.

A priori, portanto, não é possível dizer o que é público e o que é privado, mas apenas dizer que é dever do Direito proteger o que é público e o que é privado (*relação formal*). O conteúdo do que seja público ou privado só vai ser definido frente ao caso concreto proposto (*relação material* - o sujeito situado) e a partir do discurso apresentado em relação ao conflito de liberdades.

Por isso se pode afirmar, abstratamente, que o campo de atuação de um princípio de igualdade é sempre o campo público, em que há um 'querer aparecer' pelo indivíduo¹⁶. Na esfera pública a regra é pela igualdade, seja jurídica (papel da normatividade, do discurso ideal), seja fática (papel da concretidade, do discurso real¹⁷). A esfera privada, por sua vez, é informada por

dentro del marco de la teoría del discurso deja claro que el derecho tiene una dimensión ideal conceptualmente necesaria que conecta al derecho con una moral procedimental universalista" (ALEXY, 1998, p. 133).

¹⁶ ARENDT, 1959 e 1993. Hannah Arendt alcança, como poucos, a compreensão de que a esfera social não permite a interferência do Estado no sentido de que sejam adotadas políticas públicas que visem atingir uma igualdade (ou desigualdade) de fato que tenha pretensão de se tornar universal. O que critica a autora no texto *Reflections on little rock* (1959), ao opor-se à decisão da Suprema Corte norte-americana de "abolir" leis estaduais tendentes à segregação nas escolas, obrigando que se tornem dessegregadas, é o fato de pretender o Estado tornar universal uma (des)igualdade de fato, quando deveria se preocupar, dentro da esfera política em que se movimenta, com o que poderia efetivamente tornar universal - no caso, a (des)igualdade jurídica.

¹⁷ Assim observa-se em Habermas: "É evidente que a autoconsciência e a capacidade da pessoa de assumir uma posição refletida e deliberada quanto às próprias crenças, desejos, valores e princípios, mesmo quanto ao projeto de toda a sua vida, é um dos requisitos necessários para o discurso prático. Há um outro requisito, porém, tão importante quanto esse. Os participantes, no momento em que encetam uma tal prática

uma relação de diferença e de exclusividade (princípio da exclusividade)¹⁸. Ao intérprete, a questão jurídica em conflito é a de saber como manter confinada na esfera social eventual discriminação em sociedade - que se resolve, concretamente, pela atuação de um princípio de igualdade fática -, para que não contamine a esfera política (igualdade jurídica) e a esfera privada (exclusividade)¹⁹.

É o que se identifica, ainda abstratamente, no exemplo do § único do art. 1.337 do CC, quando se trata do conflito de liberdades no caso específico da relação condominial. Discute-se, no caso, em que medida poderia a norma jurídica, abstratamente, considerar o comportamento anti-social de um condômino como causa de uma responsabilização civil específica – questão que alcançaria discussão completamente distinta frente a um caso concreto levado á interpretação dos tribunais, no âmbito de discussão das restrições a direitos subjetivos. Abstratamente, trata-se de questão normativa completamente distinta da hipótese de uma responsabilidade civil derivada de ato ilícito, constituído a partir do caso concreto proposto por um conflito de

argumentativa, têm de estar dispostos a atender à exigência de cooperar uns com os outros na busca de razões aceitáveis para os outros; e, mais ainda, têm de estar dispostos a deixar-se afetar e motivar, em suas decisões afirmativas e negativas, por essas razões e somente por elas" (HABERMAS, 2004, p. 15).

¹⁸ Para Hannah Arendt, a esfera do privado, regida pelo princípio da exclusividade, é aquela esfera em que “compartilhamos a vida com outras pessoas (...), regida não pela igualdade ou pela discriminação, mas pela exclusividade. Aqui escolhemos aqueles com quem gostamos de viver, são amigos pessoais e aqueles que amamos; e a nossa escolha é orientada não pela semelhança ou por qualidade compartilhadas num grupo - não é orientada, em verdade, por nenhum modelo de objetivo ou por regras -, mas reside, de forma inexplicável, na singularidade do indivíduo, no que o difere das demais pessoas que conhecemos. As regras da singularidade e da exclusividade estão, e sempre estarão, em conflito com os *standards* da sociedade, principalmente porque a discriminação social viola o princípio, e diminui a validade da conduta, na vida privada” (ARENDR, 1959, p. 52)

¹⁹ Daí a afirmação de Hannah Arendt de que “a questão não é como abolir a discriminação, mas como mantê-la confinada à esfera social, em que se encontra legitimada, e prevenir que ela contamine a esfera política ou a esfera pessoal, aonde seria destrutiva” (ARENDR, 1959, p. 51).

liberdade - o que, abstratamente, se faz abrangido pelo enunciado normativo do art. 187 do CC.

As esferas do público (política e social) e do privado²⁰, portanto, sistematizam ao intérprete a própria distinção existente entre o mundo da essência (do íntimo) e o mundo da aparência (do visível), para permitir racionalizar o problema do conflito de liberdades que seja proposto em concreto. Por isso a afirmação de Robert Alexy de que tal teoria guarda uma relação muito próxima com o estudo dos direitos da personalidade, chegando a afirmar que "o direito geral de personalidade é uma parte da teoria das esferas elevada ao nível dos direitos" (ALEXY, 2001, p. 356).

Para uma teoria das esferas o que se torna essencial é justamente identificar a conexão que deve ser promovida, no momento da construção de uma argumentação racional, entre o conhecimento trazido *a priori* (formal) e o conhecimento trazido pela experiência (material). Esse é o ponto central que vale a pena discutir em relação ao conflito de liberdades e que se refere à abertura do ordenamento jurídico a uma gênese crítica a partir da adoção de uma teoria das esferas. O que, obviamente, só pode ser promovido numa discussão proposta a partir de princípios jurídicos.

Quando se discutem liberdades humanas, discute-se, em verdade, como tornar compatível o agir de cada indivíduo no mundo de relação. Na hipótese de um conflito entre liberdades subjetivas, a tarefa mais difícil é a de estabelecimento de uma hierarquia entre as liberdades pressupostas, justamente porque não há como se compreender que um direito de liberdade - expresso num direito de intimidade, num direito de liberdade de expressão, por exemplo - possa ter maior valor que outro. Não, ao menos, se a pretensão é a de resolução jurídica do conflito.

Por isso se torna imprescindível ao intérprete identificar

²⁰ Ver ARENDT, 1959.

que princípios e valores abrangem campos distintos da compreensão humana. Ou seja, atuam, separadamente, a partir de uma concepção deontológica (princípios) ou axiológica (valores) de compreensão do fenômeno jurídico. Entre princípios discute-se o que é, *a priori*, devido. Entre valores, o que é, *a priori*, melhor. Ambos permitem ao intérprete a formulação de um juízo. A questão é saber a que juízo pretende o intérprete chegar. A construção de um juízo valorativo ainda nada diz sobre a precedência de uma liberdade subjetiva a outra, na medida em que não se reconhece hierarquia entre valores alcançados pela liberdade humana, quando evidenciada a hipótese concreta de uma colisão entre liberdades individuais.

Se a pretensão é a de chegar-se a um juízo deontológico - que resolva o conflito jurídico sem eliminar o valor que a liberdade contém em si mesma - é preciso que se construa o juízo a partir da confrontação entre princípios.

No plano deontológico, portanto, a norma jusfundamental tem um caráter duplo²¹ - atinge tanto o nível das regras, como o nível dos princípios. De forma ampla, a distinção entre princípio e regra depende do tipo de razão pressuposta - se definitiva ou se *a priori*²². Há uma *determinação diversa* incluída na

²¹ Com isso quer-se afirmar que regras e princípios não são simultâneos, possuindo qualificação diversa. Concretizam-se em níveis de compreensão diferenciados, porque o princípio conduz à necessária ponderação, pela aplicação do princípio da proporcionalidade - este tido como regra à argumentação (ALEXY, 2001, p. 112 e ALEXY, 2002). Por isso, princípios não visam exclusivamente a promoção de um ideal, mas buscam orientar as razões contrapostas na apreciação dos interesses colidentes.

²² É o que chama Robert Alexy de "carácter doble" da normatividade (ALEXY, 2001, p. 135), porque capazes tais normas de alcançarem tanto o nível das regras como o nível dos princípios. O que importa é, justamente, a possibilidade de que esteja o enunciado normativo sujeito a um determinado discurso jurídico. A norma que traçar, desde logo, uma razão definitiva, contendo "una determinación en el ámbito de las posibilidades jurídicas y fácticas" (ALEXY, 2001, p. 99), constitui uma regra - ou uma norma que se encontre no nível das regras -, por exigir o cumprimento daquilo que é ordenado. Quando o enunciado normativo é trabalhado de forma que, *prima facie*, possam ser opostas razões de argumentação contrárias, adquire o nível dos princípios, em que a ordem determinada é para que algo seja atendido na maior medida possível,

norma: nas regras, para que se realizem de forma definitiva; nos princípios, para que se realizem na maior medida possível.

Isto se torna relevante para a discussão sobre o público e o privado, na medida em que se adote uma teoria relativa dos princípios. Ou seja, a partir de uma interpretação que não tenha a pretensão de esgotar a construção de qualquer conceito num conteúdo fechado, mas aberto à discussão. Só haverá regra definitiva ao caso particular depois que este se sujeitar à ponderação. As normas são apenas "discursivamente possíveis"²³, nunca podendo se afirmar quanto a uma fundamentação definitiva desde sempre. A definitividade da norma, levada à ponderação, é obtida quando encontrada a decisão ao caso concreto. O direito fundamental para o caso concreto é sempre o resultado de uma ponderação²⁴.

Quer-se, assim, afirmar que regras e princípios não são simultâneos, possuindo qualificação diversa. Concretizam-se em níveis de compreensão diferenciados, porque o princípio conduz à necessária ponderação (aplicação do princípio da proporcionalidade, este tido como regra à argumentação). Por isso, princípios não visam exclusivamente a promoção de um ideal, mas buscam orientar as razões contrapostas na apreciação dos interesses colidentes.

Traduzindo-se isto para o problema dos direitos de personalidade, chega-se à compreensão de que só é possível se alcançar uma definição sobre o que é público e o que é privado, de forma específica, na medida em que discutido o caso concreto, a partir de uma situação real de conflito de liberdades, em

consideradas as possibilidades jurídicas e fáticas implicadas em concreto.

²³ Conferir em HABERMAS, 1991, p. 137.

²⁴ Daí a afirmativa de Robert Alexy de que "según la teoría relativa, el contenido esencial es aquello que queda después de una ponderación. Las restricciones que responden al principio de proporcionalidad no lesionan la garantía del contenido esencial aun cuando en el caso particular no dejen nada del derecho fundamental. La garantía del contenido esencial se reduce al principio de proporcionalidad" (ALEXY, 2001, p. 288).

que os princípios de igualdade, de interesse público, de segurança jurídica, de exclusividade sejam ponderados²⁵, para que se chegue a uma solução com pretensão de correção.

Na medida em que a revelação do que é público e do que é privado só pode surgir frente ao exame do caso concreto, importa examinar de que forma o ordenamento jurídico civil preparou-se para discutir este conflito no CC. Ou seja, descrever, doutrinariamente, como este conflito se encontra posto no ordenamento jurídico civil a partir da definição de um capítulo sobre direitos de personalidade e em que medida são oferecidas ferramentas, na própria Lei, para que se solucione o conflito.

A questão central está na leitura específica dos artigos 20 e 21 do Código. Ambos se preocupam com direitos de personalidade, com liberdades individuais, com a disciplina do que seja público e privado. No entanto, optam por estruturas normativas diversas, que impõem ao intérprete - que pretende dispor de forma aberta do ordenamento jurídico - também um trabalho distinto para a justificação e aplicação do Direito.

Vê-se, primeiro, o artigo 21 do CC. Antes da Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, era necessário recorrer à cláusula geral do art. 159 do Código Civil para resguardar a efetiva tutela de exclusividade a uma esfera de privacidade²⁶. Com o CC, a fundamentação racional para a tutela dos direitos à intimidade e à

²⁵ Como esclarece Alexy, “la ponderación es todo menos un procedimiento abstracto o general. Su resultado es un enunciado de preferencia condicionado que, de acuerdo con la ley de colisión, surge de una regla diferenciada de decisión. [...] Ciertamente, en la medida en que las decisiones de ponderación son decisiones judiciales, se realizan, por lo general, para solución de un caso particular. Pero, de acuerdo con la ley de colisión, sobre la base de la decisión de ponderación, siempre es posible formular una regla. Por ello, la ponderación en el caso particular y la universalidad no son inconciliables” (ALEXY, 2001, p. 167).

²⁶ Como antes identificado, “o pioneirismo que se reconhece ao art. 21 do Código diz respeito, especialmente, a este destaque conferido à adoção de um princípio de exclusividade em relação àquilo que concerne à privacidade do indivíduo. Isto porque, diferentemente da previsão anterior dos artigos 159 e 160 do Código Civil brasileiro de 1916, que tratam dos atos ilícitos, não trabalha o atual Código com a proteção jurídica da privacidade a partir de uma noção de responsabilidade civil – como ainda faz o art.

vida privada restou suficientemente facilitada pela redação conferida ao art. 21 do Código Civil. Primeiro, porque o artigo foi inserido num capítulo inédito à codificação civil, tornando possível a concretização legislativa de um direito geral de personalidade voltado à regulação específica das relações jurídico-privadas. Segundo, porque o art. 21 tratou não apenas de disciplinar sobre a proteção à personalidade sob uma ótica indenizatória, mas também de conferir à intimidade e à vida privada - esta mencionada de forma expressa, abrangendo a esfera mais restrita da intimidade - a nota da exclusividade peculiar à esfera da privacidade.

Com isto defendem-se outras duas hipóteses. A primeira afirma que o art. 21 passa a dispensar, num primeiro momento, a via indireta de fundamentação racional à proteção do direito à intimidade e à vida privada nas relações civis. Por incorporar ao ordenamento jurídico civil as mesmas ferramentas de tutela antes oferecidas apenas no âmbito constitucional (art. 5º, inc. X, da Constituição Federal), o enunciado normativo permite ao intérprete que hoje recorra de forma direta ao dispositivo legal ordinário – infra-constitucional - para efetivar a proteção específica à intimidade e à vida privada. Tal observação não afasta do trabalho de argumentação a observação de uma cláusula geral - no caso, a do art. 187 do mesmo Código - em relação à abertura que se torna imprescindível do enunciado dogmático às hipóteses concretas propostas à análise. A segunda refere que, ao proporcionar o destaque à exclusividade em primeiro plano - e não à

5º, inc. X, da C.F. -, mas busca definir a proteção legislativa pela autonomia de tratar o tema da privacidade de forma exclusiva. Esta é a nota distintiva que, a princípio, marca esta opção clara do legislador em reconhecer a importância do tema sobre privacidade na sociedade contemporânea. A concepção atual do Código é de que o juiz não aplica o Direito a partir da idéia de que a tônica da proteção está na concepção de dano, mas sim de que o que importa é a constatação da causa originária de uma violação cometida à pessoa - o ilícito civil propriamente dito. Isto conduz o intérprete a uma idéia também preventiva em relação à inviolabilidade da esfera da privacidade” (CACHAPUZ, 2006, p. 213).

indenizabilidade²⁷ -, o art. 21 do Código Civil possibilitou a identificação de algumas funções características às cláusulas gerais²⁸, tornando-se instrumento de condução do intérprete à procura de outros enunciados normativos capazes de assegurarem a efetiva tutela à privacidade do indivíduo. É o que se passa a analisar de forma mais específica.

O artigo 21 do Código Civil brasileiro trabalha com o direito fundamental à intimidade e à vida privada, no âmbito das relações privadas, como um efetivo direito subjetivo. Antes de promover, na segunda parte de sua redação, como cláusula geral, uma conexão das situações do âmbito privado à proteção prevista no art. 5º, inc. X, da Constituição Federal, o art. 21 estrutura, de forma específica às relações entre privados – portanto, constituindo um direito subjetivo -, a tutela da esfera privada de todo o indivíduo, a fim de garantir, para a pessoa e na sua relação em sociedade com os demais, o mesmo tratamento jurídico de proteção assegurado constitucionalmente nas relações entre o cidadão e o Estado.

A idéia de direito subjetivo aqui reconhecida deriva da compreensão de que toda a norma de direito fundamental - como se identifica em relação à proteção à intimidade e à vida privada - se apresenta como um feixe de posições jusfundamentais (ALEXY, 2001, p. 240-245), que tanto pode exprimir um direito a algo (ALEXY, 2001, p. 186-210), como pode delimitar uma liberdade (ALEXY, 2001, p. 210-227) ou mesmo determinar uma competência jurídica (ALEXY, 2001, p. 227-240). No âmbito das relações privadas, tais posições tomam significado distinto em relação ao Direito Constitucional, pois objetivam regular as relações entre particulares, assumindo o Estado antes uma função de regulação, que de responsabilização por uma ameaça a direito fundamental. A distinção não afasta a preocupação

²⁷ Conferir análise anterior em CACHAPUZ, 2005, p. 122.

²⁸ Ver análise específica em CACHAPUZ, 2006, p. 186-201.

acerca do direito subjetivo tutelado, nem remete este a uma concepção restritiva²⁹, construída em bases distorcidas do pensamento moderno.

Prefere-se compreender que a opção pela estruturação de um direito subjetivo à intimidade e à vida privada no âmbito das relações entre privados significa estender a essas relações, de forma direta, o mesmo feixe de posições jurídicas que garante a tutela específica à esfera do privado em nível constitucional - ou seja, que permite a análise de posições tanto definitivas, como *prima facie* em razão de uma situação jurídica concreta. Tal assertiva assegura, em última análise, a imprescindibilidade de o intérprete promover a mesma relação de ponderação exigida aos direitos fundamentais como um todo. Estão no texto do art. 21 do Código Civil as ferramentas que autorizam, frente ao caso concreto, discutir a situação em que se encontra, no mínimo, ameaçado o direito de desfrutar de uma esfera própria de privacidade.

Se o art. 21, de forma específica, assegura um direito subjetivo à tutela da intimidade e da vida privada de forma direta às relações privadas, não dispensa que seja o enunciado normativo auxiliado - na solução ao conflito concreto que venha a ser estabelecido em razão de posições jurídicas assumidas pelo sujeito de direito - pelo trabalho dogmático desempenhado por uma cláusula geral, capaz de oferecer, de forma ampla, a medida de abertura predisposta à análise de uma esfera da privacidade. No caso, a cláusula geral proposta pelo art. 187 do Código Civil dispõe que "também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes". Por ora, importa exclusivamente analisar de que forma se trata o art. 187 do Código Civil de uma cláusula geral capaz

²⁹ Nesse sentido, remete-se à leitura do artigo "A ilicitude e as fontes obrigacionais: Análise do art. 187 do novo Código Civil brasileiro", em que desenvolvida a afirmativa (CACHAPUZ, 2005, p. 116-122).

de contribuir à leitura do art. 21 para tornar concreta uma tutela à esfera da privacidade do indivíduo.

Assim proposta a questão, tem-se que o art. 187 do Código Civil propõe cláusula geral de leitura complementar ao art. 21, pois a partir de conceitos indeterminados - fim econômico ou social, boa-fé e bons costumes -, oferece as razões que orientam a medida de ponderação pressuposta ao exame *prima facie* de um princípio de exclusividade. Ou seja, representa o art. 187 o padrão de abertura que se impõe ao direito subjetivo à intimidade e à vida privada frente à moral. Não se trata, assim, de determinar *a priori* uma limitação à abertura de um direito à moral, mas justamente o contrário, de orientar dogmaticamente o intérprete quanto às razões de ponderação que deverão ser levadas, a partir do caso concreto, para o enunciado normativo do art. 21, a fim de que seja identificado um conteúdo determinado ao direito de intimidade e de vida privada em questão.

É situação diferente, portanto, da estrutura que se encontra disposta no artigo 20 do CC para os direitos à honra e à imagem. Nesse, o enunciado normativo, em vez de se preocupar em proteger de forma direta os direitos de personalidade relacionados à honra e à imagem do indivíduo - constituindo o direito subjetivo -, busca estabelecer, desde logo, limites, propondo, numa redação confusa e não tão ampla quanto à do art. 187 do CC, balizas de tutela. Ao contrário da redação do art. 21, o enunciado normativo acaba por limitar a concepção originária de um direito geral de liberdade, tornando dificultada a interpretação e aplicação do Direito. E por que isso?

Porque se o art. 21 *constitui* o direito subjetivo relativamente à intimidade e à vida privada, de forma aberta, deixando para que o art. 187, de forma complementar, defina a possibilidade de ocorrência ou não do ilícito, o art. 20 preocupa-se em configurar, no sentido oposto, uma liberdade que nasça limitada e que tenha, por limite, justamente, os direitos à honra e à imagem. Portanto, tais direitos, que exprimem também liberdades

individuais, acabam descritos para as relações civis como limitadores de liberdades – assim, exemplificativamente, em relação à liberdade de expressão. O que não auxilia, de forma alguma, a uma justificação e aplicação do Direito mais ampla, que esteja voltada à proteção, de forma direta, dos direitos de honra e imagem. Até porque, permite o art. 20 que toda a interpretação confira a sua tônica a limites de proibição, e não à constituição de um direito subjetivo de forma específica às relações civis.

E isso reflete na forma como se impõe ao intérprete a construção dos argumentos à decisão que busque garantir a proteção à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem do indivíduo.

Às questões relativas à proteção de um direito à intimidade e à vida privada, favorece a interpretação direta no art. 21, reconhecendo-se no enunciado normativo a constituição efetiva de um direito subjetivo e na cláusula geral do art. 187, de forma complementar, a descrição da hipótese de ilícito. Isto assim ocorre, porque o art. 21 apresenta todas as ferramentas necessárias à proteção da intimidade e da vida privada, inclusive oferecendo cláusula geral dirigida ao juiz (2ª parte) para que adote as "providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato" que prejudique esta proteção.

É diferente da hipótese verificada no art. 20 do CC, que trata de um espectro mais amplo de visibilidade do que é próprio a cada um – honra e imagem. Para tais facetas da personalidade, em face da ausência de ferramentas diretas no enunciado normativo que possam constituir de forma aberta um direito subjetivo - então melhor apresentado no próprio art. 5º, inc. X, da CF -, a argumentação deve ser construída utilizando-se a cláusula geral de ilícito do art. 187 do CC para alcançar-se às relações privadas a proteção, mais abrangente, do art. 5º, inc. X, da CF. Este, sim, capaz de conter as ferramentas necessárias para se reconhecer, em relação à honra e a imagem, a proteção mais ampla do ordenamento jurídico.

Uma justificação e aplicação direta do art. 20, às avessas, ofereceria apenas elementos para a constituição restrita de uma liberdade de expressão, na medida em que usados os direitos à honra e à imagem como limites – e não pontos de partida – à liberdade do indivíduo. Ademais, se a hipótese é a de resolver um conflito de liberdades colidentes, já há a cláusula geral do art. 187 do CC, geral e abstrata, capaz de promover, em relação aos direitos de personalidade, maior abertura a uma gênese crítica.

2ª PARTE: CONSTITUIÇÃO DO ILÍCITO E RESPONSABILIDADE CIVIL

Para fins didáticos, é possível se afirmar, a partir da própria estrutura estabelecida no Código Civil, que se fazem reconhecidas três fontes distintas às obrigações civis³⁰:

(i) os atos negociais - em que assume especial relevância o conceito de negócio jurídico. Estão estabelecidos nos títulos sobre os contratos, de forma ampla, mas abrangem ainda atos unilaterais (como a promessa de recompensa) e títulos de crédito (com causa em grau máximo de abstração). Nestas hipóteses, a discussão jurídica pressuposta envolve o exame específico do campo da (in)validade dos atos civis. Por isso, a opção pela inserção do instituto da lesão contratual entre os defeitos dos negócios jurídicos;

(ii) os atos não-negociais - em que assume especial significado a hipótese de deslocamento injustificado de bens de um patrimônio a outro. No caso, a situação do enriquecimento ilícito, do pagamento indevido, da gestão de negócios – que traduz a antiga idéia dos quase-contratos -, em que predomina a aplicação do princípio de conservação estática dos patrimônios. A consequência direta é a opção por uma solução restitutória do patrimônio, observando-se o princípio da conservação estática dos

³⁰ A matéria é desenvolvida de forma específica em CACHAPUZ, 2005.

patrimônios quando não houver razão de peso (causa) a justificar o deslocamento patrimonial;

(iii) os atos ilícitos - em que assume especial relevância o problema da ilicitude, tratada sob maior abertura e abrangência no CC. Tem-se, pelo art. 187 do CC, a possibilidade de se identificar a geração de obrigações civis (inclusive de não-fazer) a partir da resolução de um conflito de liberdades colidentes. A consequência derivada da caracterização do ilícito e da geração de uma obrigação específica pode ser, em grande medida, a solução reparatória, por meio do instituto da responsabilidade civil, bastando, para tanto, que se veja caracterizada a obrigação de indenizar com os elementos próprios à sua caracterização (art. 927 do CC).

E, aqui, torna-se relevante compreender que tratamento recebeu a ilicitude, como hipótese de contrariedade ao Direito, no CC, a partir dos enunciados normativos dos arts. 186 e 187. É que, embora o art. 186 exija, *a priori*, para a caracterização do ilícito, a identificação de uma ação ou omissão, antijurídica, imputável a alguém, fundada numa causa e capaz de gerar um dano a outrem, o art. 187 inaugura, com mesma força, uma hipótese de ilicitude plenamente distinta, estruturada a partir de um conflito de liberdades individuais. Pelo art. 187, por exemplo, não há, nem mesmo, a necessidade de caracterização de um dano (injusto) a outrem, bastando a verificação de excesso³¹ no exercício de um liberdade individual perante terceiros.

³¹ Como antes assinalado, “dispensa-se, portanto, a idéia do abuso de direito - com natureza jurídica, progressivamente, construída sobre a idéia de limitação do exercício de direitos -, na medida em que o art. 187 do Código Civil passa a disciplinar sobre o desequilíbrio do exercício de posições jurídicas pela caracterização da conduta ilícita em si mesma. Confere-se, assim, força à construção da hipótese de ilicitude como causa originária de obrigação civil. Um ato ilícito, no caso, não identificado a partir de um elemento subjetivo relacionado ao agente - a culpa -, mas configurado por uma situação objetiva e concreta, decorrente do exame da conduta humana a partir das condições fáticas e jurídicas impostas pela realidade do caso e tendentes à configuração de uma restrição à liberdade do homem” (CACHAPUZ, 2005, p. 122).

No exame dos direitos de personalidade, importa, portanto, verificar em que medida se poderia reconhecer uma hipótese de constituição de obrigação civil a partir das fontes de obrigações estabelecidas no CC.

Na relação entre os direitos de personalidade e a verificação de um enriquecimento ilícito, a dificuldade de se reconhecer a solução jurídica por meio de uma restituição patrimonial, em face do deslocamento injustificado de patrimônio, é marcada pela ausência de consideração, em abstrato, de uma natureza essencialmente patrimonial aos direitos fundamentais ligados à personalidade do indivíduo. Isto não significa, porém, que não possa existir, nos reflexos patrimoniais de tais direitos, um deslocamento de patrimônio da pessoa com enriquecimento de terceiro sem uma causa justificadora. Tal hipótese, no entanto, ficaria mais restrita, *a priori*, àqueles direitos relacionados a uma esfera mais pública de relacionamento, como na discussão dos direitos de imagem e de propriedade intelectual (marca, direitos autorais).

Na hipótese de conflitos decorrentes de uma colisão de liberdades negativas, em que o cerne da discussão jurídica diga respeito a restrições de direitos fundamentais num âmbito mais reservado da personalidade (intimidade e vida privada) – como na hipótese de resolver-se quanto a publicação, ou não, de uma determinada informação personalíssima -, a solução restitutória não se impõe como regra. Em verdade, uma vez caracterizada a potencialidade do ilícito, pelo reconhecimento do excesso de exercício de uma determinada posição jurídica (art. 187 do CC), o que busca o intérprete do conflito evitar é justamente que ocorra o dano ao indivíduo, por meio de uma obrigação de fazer (suspender, bloquear, cancelar a divulgação de uma informação, por exemplo) ou de não-fazer determinada ação (a não publicação de determinada informação, por exemplo). Em tais condutas, porém, não se identifica ainda uma solução restitutória, por-

que nem transferência patrimonial, sobre os reflexos do exercício de direitos de personalidade, se reconheceu de início.

Questiona-se, então, em que medida é possível reconhecer-se uma solução de (in)validação de ato jurídico – solução, em regra, aplicada a negócios jurídicos - quando identificado um conflito concreto que diga respeito a direitos de personalidade. Prefere-se entender que tal hipótese seja reservada para hipóteses de “quebra de confiança”³² na relação contratual, estabelecida entre sujeitos de direito, que envolva matéria afeta a direitos de personalidade. Ainda assim, em regra, a resposta a ser observada no ordenamento jurídico tratará de solução reparatória, e não de invalidação.

Daí porque se pode argumentar, ao contrário do que vem sendo antecipado pela doutrina³³, de que não se trate o art. 187 de hipótese de acolhimento no CC do instituto do abuso de direito.

Num estudo comparado com o art. 334 do Código Civil Português, vê-se que, no ordenamento jurídico lusitano, o tratamento dispensado para o abuso de direito é reservado ao campo das invalidades. Consagrou-se, naquele sistema jurídico, uma realidade histórica de, por meio do instituto do abuso de direito, abarcar uma série de situações que não encontravam resposta na

³² O que ainda cumpre destacar é a possibilidade de se identificar uma responsabilidade contratual decorrente de uma “quebra de confiança”, em regra ocorrida pela divulgação de informações pessoais conferidas a terceiros mediante sigilo ou para a realização de uma finalidade específica. Havendo o rompimento da relação de confiança estabelecida – e, no caso, uma confiança estabelecida em bases contratuais -, tem entendido a jurisprudência que cabe ao indivíduo lesado a justa reparação, reconhecido o caráter negocial da relação mantida. É o que restou decidido no processo AG 295664, em que uma empresa de televisão é condenada a reparar o dano causado pela divulgação da identificação de entrevistada a que se tinha comprometido não revelar (BRASIL. STJ, AG 295664. Relator; Min. Carlos Alberto Menezes Direito. Brasília, DJ de 26.05.2000). Reconheceu o STJ, no caso, haver um ilícito de natureza contratual.

³³ Reporto-me às críticas anteriormente oferecidas em CACHAPUZ, 2006, p. 226-237.

sistemática clássica do Direito Civil³⁴.

Optando o legislador brasileiro por disciplinar sobre o desequilíbrio do exercício de posições jurídicas (art. 187) no âmbito das ilicitudes, afastou-se da idéia do abuso de direito, como instituto residual da civilística, preferindo normatizar a hipótese de caracterização da ilicitude civil a partir do reconhecimento, pela ponderação, de que autorizada se apresenta a restrição a uma liberdade individual.

A leitura que se impõe ao art. 187 do CC, portanto, exige o reconhecimento da existência de um *vínculo de confiança*: a idéia é de que é necessário confiar-se na autoridade da lei moral como forma de qualificar-se a liberdade humana. E isto vincula a todos, inclusive para a atividade de justificação e aplicação do Direito.

Para o exame do art. 187 do CC, portanto, adota-se uma interpretação fundada na teoria externa das restrições a direitos fundamentais³⁵. A perspectiva de exame do fenômeno jurídico

³⁴ Assim, segundo Menezes Cordeiro (2000, p. 246), o conceito de abuso de direito, como idéia de contrariedade ao Direito capaz de caracterizar uma ilicitude, foi utilizado para uma enormidade de casos que não encontravam resposta direta no ordenamento civil, em face da própria limitação argumentativa ínsita à idéia de sistema. É o caso dos seguintes institutos: (i) 'exceptio doli', que veio a ser protegida pela aplicação do princípio da boa-fé. Hoje, revelada nos arts. 113 e 422 do CC; (ii) 'venire contra factum proprio', traduzida na idéia da impossibilidade de contradição no discurso jurídico. Hoje, é instituto acolhido no CC pela idéia de probidade do art. 422; (iii) 'abusividades negociais propriamente ditas', em que o tratamento dispensado pode ser tanto o do art. 51 do Código do Consumidor (cláusulas abusivas), como o do instituto da lesão, expressamente disciplinado pelo Código Civil no art. 157 entre os defeitos possíveis ao ato jurídico; (iv) 'supressio' e 'surrectio', tratando-se de hipóteses de superação do enunciado normativo pela experiência concreta, hoje - especialmente a hipótese de 'supressio' - protegidas pelo art. 330 do CC; (v) 'desequilíbrio do exercício de posições jurídicas', correspondendo, de forma específica, à hipótese descrita no enunciado normativo do art. 187. Trata-se de circunstância hoje suficientemente atendida pela hipótese de caracterização de uma ilicitude civil - inclusive com previsão de resposta reparatória, sem o impedimento, no entanto, de identificação de outras soluções em face da restrição imposta a uma liberdade individual.

³⁵ Se se parte de posições definitivas, como na hipótese de identificação do abuso de direito, acolhe-se a teoria interna, reconhecendo-se que todo o direito subjetivo já

se qualifica em relação às restrições possíveis a uma liberdade subjetiva - estas restrições é que são externas aos elementos dos enunciados normativos -, e não em relação aos elementos dos enunciados em si mesmos. O que vem de fora são as restrições à liberdade. Mas esta (liberdade) é internamente ilimitada para a configuração do Direito, porque a vontade, em si mesma, não é determinada por máximas empíricas, mas por máximas universais.

Por isso, se a pretensão é a de abrir o ordenamento jurídico, pela argumentação, ao estudo do caso concreto - para a efetiva promoção do direito ao livre desenvolvimento da personalidade humana -, torna-se inviável justificar e aplicar o enunciado normativo do art. 187 do CC como revelador do instituto do abuso de direito. Primeiro, porque a idéia de abuso de direito diminuiria o espectro de discussão do problema posto, já limitado por uma idéia de finalidade (visão funcionalista). Os ele-

nasce limitado. Não há ponderação no plano formal. O conceito se apresenta materialmente preenchido desde logo. Torna o conceito, desde logo, absoluto, fechado. Admite-se princípios absolutos, e não uma teoria relativa de princípios. Se se parte de posições *prima facie* - relativas, como os princípios - acolhe-se a teoria externa de restrições a direitos fundamentais, em que todo o direito subjetivo nasce ilimitado, até que seja restringido. A norma acolhe, face ao caso concreto, a argumentação por princípios e permite a ponderação no plano formal. Essa discussão entre teoria externa e interna expõe a distinção de pensamento que se vê, doutrinariamente, entre as escolas tradicionais que pendem mais para uma teoria da argumentação jurídica pelo discurso (Robert Alexy) ou para uma teoria da argumentação sistemática (Friedrich Klein). Para Alexy, o direito subjetivo é ilimitado e aberto numa concepção de liberdade. Distingue-se restrição (*stricto sensu*) de configuração do direito. A restrição (*stricto sensu*) é dirigida ao juiz - assim como a concepção ampla de direito geral de igualdade - e diz respeito à fixação de uma regra definitiva ao caso particular após chegar ao resultado de uma ponderação. A configuração é dirigida ao legislador, e é a essa que se dirige o art. 19 (2) da Lei Fundamental, quando fala que o direito fundamental não pode ser atingido em sua essência. Já F. Klein se opõe, doutrinariamente, à concepção vinculada com a expressão 'restrições' por considerá-la superficial, sempre capaz de possibilitar uma relativização dos direitos fundamentais. A lógica de Klein é a de que não podem haver restrições a direitos fundamentais, senão que apenas a pré-determinação de conteúdos aos mesmos. Com maior detalhamento, conferir a distinção das teorias em CACHAPUZ, 2006, p. 219-237.

mentos do art. 187 seriam vistos como limitadores, e não promotores de uma conduta voltada à liberdade. Segundo, porque importaria, nessas circunstâncias, um conteúdo material de interpretação desde logo, o que permitiria ao intérprete maior possibilidade de valoração subjetiva (ação teleológica) na aplicação do Direito, substituindo a razão prática, pela simples razão empírica.

Adotada a teoria externa em relação às restrições a direitos fundamentais, portanto, entende-se que os elementos³⁶ da boa-fé, dos bons costumes e do fim econômico ou social do art. 187 do CC não se tornam parâmetro à finalidade a ser atingida em concreto ou limitadores a um direito, mas conceitos que orientam a conduta universal exigida ao indivíduo na construção da razão prática, porque capazes de conectar a realidade do caso particular à idéia regulativa pressuposta (universal).

Para a caracterização de uma ilicitude – e não de uma invalidade, pela idéia equivocada do abuso de direito –, torna-se essencial verificar em que medida restou ameaçada a relação de confiança na conduta depositada em relação a um determinado caso particular (análise do impulso à auto-exposição e do querer aparecer pelo indivíduo) (*boa-fé*). Uma confiança que se fará

³⁶ Definem-se como elementos à caracterização do art. 187 do CC: (i) *boa-fé*: Estabelece a ponte entre o discurso real e o discurso ideal, para que seja testada a razão prática informada na ação particular. O imperativo categórico permite esta testagem. É ínsita a idéia de confiança, ou seja, de que a minha ação particular, subjetiva e objetivamente, conduz à realização de uma atividade lícita para o Direito. Mede-se, pela boa-fé, como a pessoa quer aparecer no espaço público, ou seja, como quer tornar-se vista, a medida de sua exposição; (ii) *bons costumes*: É o que é peculiar a uma experiência empírica e consensual para uma situação concreta de vida. É o que atingiu notoriedade pela "herança histórica", perpetuando-se pela tradição (GADAMER, 1999, p. 421). Isto confere na medida em que corresponda a idéia de que o discurso real ainda possibilita testar o próprio costume, ou seja, para ver se este costume resiste a uma máxima de universalidade (ex.: farra do boi); (iii) *fim econômico ou social*: É o dado empírico atual. O fim que traça a idéia de finitude da ação particular, oferecendo os contornos ao caso concreto. Ainda promove uma relação com a idéia de confiança e universalidade - pressuposta no conceito de boa-fé - e de tradição - reservada à idéia de bons costumes.

ainda analisada à luz dos dados empíricos da tradição (*bons costumes*) e das características especiais determinadas pelo caso particular trazido à apreciação do intérprete (*fim econômico ou social*).

Na medida em que justificada a restrição a uma liberdade e caracterizada a ilicitude do art. 187 do CC em relação ao exercício de um direito de personalidade, autorizada à aplicação se apresenta a solução indenizatória, como obrigação decorrente da constatação de um ilícito capaz de gerar efetivo dano a alguém. Mas a fonte obrigacional, capaz de suscitar a solução reparatória no ordenamento jurídico, não é necessariamente o dano injusto caracterizado em concreto, e sim a ilicitude constatada. Quando esta ilicitude (arts. 186 e 187 do CC) gera a dano a alguém – hipótese geralmente verificada quando existente a colisão de liberdades que qualificam direitos de personalidade –, é que se apresenta autorizada a solução jurídica prevista no art. 927 do CC. Até porque a mesma hipótese de ilicitude, apreciada frente a um caso concreto, quando fundada apenas na probabilidade de um dano, pode, ao máximo, caracterizar uma obrigação de não-fazer (não publicar, não divulgar, não exibir), mas não ainda de reparar.

Portanto, apenas para oferecer uma visualização didática das disposições normativas do CC, tem-se que a solução reparatória – quando comparada às soluções de invalidade e de restituição –, com alta probabilidade, abarcará a maior parte das soluções jurídicas relativas a conflitos de liberdade no âmbito dos direitos de personalidade, especialmente quando opostas as esferas do público e do privado. Tal constatação se dá, não só abstratamente, em face das disposições normativas estruturadas no Código Civil – com grande destaque conferido à disciplina do dano civil –, mas, fundamentalmente, em face dos inúmeros casos de responsabilidade civil levados todos os dias aos tribunais para discussão.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Quer-se afirmar, em resumo, que, diferentemente do que se possa esperar de outros temas jurídicos, tratar do que é público e privado, sob a ótica do Direito, não é tarefa que possa se traduzir num movimento de um abrir e fechar de gavetas, dispostas em institutos jurídicos previamente estabelecidos e condicionados em conceitos e expressões de linguagem. Cada abrir e cada fechar de gavetas é uma ação dirigida à compreensão - e mais, a pré-compreensão -, capaz de possibilitar a permanente reestruturação dos conceitos, dos institutos, dos enunciados normativos.

Nessa medida, para a análise de direitos de personalidade, é fundamental estabelecer uma distinção entre o privado e o público, da mesma forma que se lhes imputa, concreta e abstratamente, uma complementariedade inafastável.

A pretensão é permitir tornar racional ao intérprete, numa situação de conflito, uma resposta que se pretenda correta em relação à necessidade, ou não, de proteção a uma situação específica de privacidade no âmbito público. Para a própria avaliação do tipo de proteção necessária - e se é ela necessária -, fundamental é que se opte pela adoção de uma teoria das esferas - que espelhe uma concepção formal-material ao direito geral de liberdade - e por uma interpretação fundada em princípios.

Tal exercício, como já referido, só se torna possível ainda porque acolhida uma argumentação fundada no discurso prático-jurídico, preocupada com a racionalidade da decisão, com uma pretensão de correção e com a composição entre o que é universal e o que é particular. É dessa forma que se abre o estudo dos direitos de personalidade – especialmente quando analisado sob o prisma da responsabilidade civil – a uma gênese crítica, oferecendo-se voz e vez à disciplina normativa do Código Civil brasileiro.



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. *A theory of constitutional rights*. New York, Oxford, 2002.
- _____. Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral. In: VÁSQUEZ, Rodolfo. *Derecho y moral*. Ensayos sobre un debate contemporáneo. Barcelona, Gedisa Editorial, 1998.
- _____. *Teoría de la argumentación jurídica*. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- _____. *Teoría de los derechos fundamentales*, 2ª edição. Madrid, CEPC, 2001.
- ARENDT, Hannah. *A condição humana*, 10ª edição. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2001.
- _____. *A vida do espírito: o pensar, o querer, o julgar*, 2ª edição. Rio de Janeiro, Relume Dumará, 1993.
- _____. Reflections on little rock. *Dissent*, New York, 6 (1), inverno 1959.
- CACHAPUZ, Maria Cláudia. A ilicitude e as fontes obrigacionais: Análise do art. 187 do novo Código Civil brasileiro. In: *Revista dos Tribunais*, ano 94, volume 838. São Paulo, RT, agosto de 2005, p. 114-129.
- _____. *Intimidade e vida privada no novo Código Civil brasileiro*. Uma leitura orientada no discurso jurídico. Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 2006.
- CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha e Menezes. *Tratado de Direito Civil português*, tomo I, Parte Geral, 2ª edição.

- Coimbra, Livraria Almedina, 2000.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método*. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica, 3ª edição. Petrópolis, Vozes, 1999.
- GÜNTHER, Klaus. *Teoria da argumentação no Direito e na Moral: Justificação e aplicação*. São Paulo, Landy, 2004.
- HABERMAS, Jürgen. *A ética da discussão e a questão da verdade*. São Paulo, Martins Fontes, 2004.
- _____. *Comentários à ética do discurso*. Lisboa, Instituto Piaget, 1991.
- _____. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, volumes 1 e 2. Rio de Janeiro, Tempo Brasileiro, 1997.
- MARTINS-COSTA, Judith. *A reconstrução do direito privado: Reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado (int. e org.)*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002.
- _____; BRANCO, Gerson. *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002, p. IX a XI.
- _____. O novo Código Civil brasileiro: em busca da "ética da situação". *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, vol. 20, out. 2001.
- _____. Os direitos fundamentais e a opção culturalista do novo Código Civil. In: SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição, direitos fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003.
- REALE, Miguel. *O projeto do novo Código Civil*. São Paulo, Saraiva, 1999.
- _____. *Estudos preliminares do Código Civil*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003.