

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE

RODRIGO DANIEL FÉLIX DA SILVA

**DIREITO CIVIL E REIFICAÇÃO DO SER HUMANO: UM ESTUDO
CRÍTICO DO CARÁTER CAPITALISTA DO DANO MORAL BRASILEIRO
A PARTIR DA DOCTRINA MARXISTA**

São Paulo

2013

RODRIGO DANIEL FÉLIX DA SILVA

DIREITO CIVIL E REIFICAÇÃO DO SER HUMANO: UM ESTUDO
CRÍTICO DO CARÁTER CAPITALISTA DO DANO MORAL BRASILEIRO
A PARTIR DA DOCTRINA MARXISTA

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-
Graduação em Direito Político e Econômico
da Universidade Presbiteriana Mackenzie
como requisito parcial para a obtenção do
Título de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. Alessandro Serafin Octaviani Luis

São Paulo

2013

S586d Silva, Rodrigo Daniel Félix da

Direito civil e retificação do ser humano: um estudo crítico do caráter capitalista do dano moral brasileiro a partir da doutrina marxista. / Rodrigo Daniel Félix da Silva. São Paulo, 2013.

185 f. ; 30 cm

Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico)- Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2013.

Orientação: Prof. Dr. Alessandro Serafin Octaviani Luis

Bibliografia: f. 169-184

1. Direito Civil. 2. Responsabilidade Civil. 3. Dano Moral. 4. Marxismo.
5. Capitalismo. I. Título

CDD 342.1513

RODRIGO DANIEL FÉLIX DA SILVA

**DIREITO CIVIL E A REIFICAÇÃO DO SER HUMANO: UM ESTUDO CRÍTICO
DO CARÁTER CAPITALISTA DO DANO MORAL BRASILEIRO A PARTIR DA
DOCTRINA MARXISTA**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie como requisito parcial para a obtenção do Título de Mestre.

Aprovada em

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Alessandro Serafin Octaviani Luis – Orientador
Universidade Presbiteriana Mackenzie

Prof. Dr. Silvio Luiz de Almeida
Universidade Presbiteriana Mackenzie

Prof. Dr. Luís Fernando Massonetto
Universidade de São Paulo

A Luciane, minha esposa, pelo
companheirismo e dedicação
ao nosso casamento;

Ao meu pai, por ter me
ensinado a ser digno;

A Lívia Maria, minha
sobrinha, por ter me ensinado
que todo dia é sempre um dia
de infinitas possibilidades.

AGRADECIMENTOS

À Universidade Presbiteriana Mackenzie, sempre.

Ao Professor Alessandro Octaviani, por ter aceitado o desafio da minha orientação. Sem a sua acolhida generosa, apoio e incentivo este estudo nunca teria sido possível. Registro, desde já, que todos os erros e equívocos desta dissertação devem ser imputados exclusivamente a mim.

Ao Professor Vicente Bagnoli, mackenzista de grande valor, por ter ouvido as minhas expectativas acadêmicas em relação ao Mestrado.

Ao Professor Alysson Leandro Mascaro, minha eterna gratidão, por ter inspirado o tema desta dissertação. O seu incentivo também foi decisivo para a realização deste estudo.

Ao Professor José Francisco Siqueira Neto, por ter conduzido tão bem o Programa de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

A todos os colegas do Mestrado pelo companheirismo e pelos momentos bons compartilhados durante o curso, em especial a Antonio Paulo de Mattos Donadelli, Fábio Calheiros do Nascimento, Ana Cristina Magalhães Fontes, Jonathan Erik Von Erkert, Roberta Dib Chohfi, José Henrique Specie, José Mario Buck Marzagão Barbuto, Luiz Ismael Pereira, Tatiana Coutinho Ferreira e Murilo Machado Sampaio Ferraz.

Aos colegas de trabalho do escritório Araujo Silva, Prado Lopes Advogados, sobretudo o Dr. José Luiz de Araujo Silva, por ter me disponibilizado os livros da sua biblioteca.

A minha colega de Especialização Patrícia Passarelli Joyce Moccia, pelos (longos) debates sobre o dano moral.

A Renato M. Santiago, da Secretaria do Programa de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie, por ter sempre me atendido com eficiência, respeito e alegria.

A Marcos Paulo, meu irmão, por ter me mostrado que o Mestrado seria um caminho possível.

A Ana Lucia Barrionuevo, pela amizade. Minha gratidão por ter me presenteado, quando estava na graduação, com a coleção dos livros do Clóvis Beviláqua, tão utilizada neste estudo.

Ao “primo” Osvaldo Félix da Silva, meu professor de literatura durante o colegial, por ter me ensinado que o que é essencial não é evidente, mas deve ser lido nas entrelinhas.

“O homem enquanto sujeito moral, isto é, enquanto pessoa igual às outras pessoas, não é mais do que a condição prévia da troca com base na lei do valor.”
(E.B. Pachukanis)

“Minha vida pode acabar neste lugar horrível, mas, por três anos, eu recebi rosas e não tive de prestar contas a ninguém. Eu vou morrer aqui. Cada centímetro de mim morrerá...

...Exceto um. Um só. Ele é pequeno e frágil. É a única coisa no mundo que ainda vale a pena ter. Não se deve perder, vender ou entregar nunca. Não podemos deixar que alguém tire de nós.” (A. Moore)

“Por que acaba sempre a reificação por dominar?” (M. Heidegger)

RESUMO

Este estudo analisa a influência da ordem econômica capitalista na determinação do dano moral (dano extrapatrimonial) no direito brasileiro, a partir da doutrina de Karl Marx, a fim de demonstrar que a sua aplicação não é congruente com o princípio da dignidade da pessoa humana, realizando assim um tipo de justiça que segue uma lógica patrimonialista inerente ao capitalismo, que é de quantificar as pessoas, portanto incompatível com o conceito de dignidade humana de Immanuel Kant, que pugna pela impossibilidade do homem ser quantificado, de ser usado como coisa por outrem. Isso porque, no capitalismo, o ser humano pode ser reduzido a uma expressão econômica (reificado) porque seus atributos integram o processo econômico.

Palavras-chave: direito civil. responsabilidade civil. dano moral. marxismo. capitalismo.

ABSTRACT

This study analyses the influence of the capitalist economic order in determining the moral damage (non-economic damage) in Brazilian law, under the doctrine of Karl Marx, to demonstrate that its application is not consistent with the principle of human dignity, thus performing a kind justice that follows a patrimonial logic inherent in capitalism, which is to quantify people, therefore incompatible with the concept of human dignity of Immanuel Kant, who advocates the inability of man to be quantified, as a thing to be used by others. This is because, under capitalism, human beings can be reduced to an economic expression (reified) because their attributes are part of the economic process.

Key-words: civil law. law of torts. moral damage. marxism. capitalism.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1 NATUREZA HUMANA E TRABALHO NA LÓGICA DO CAPITALISMO: A ALIENAÇÃO DO HOMEM.....	14
1.1 NATUREZA HUMANA SEGUNDO KARL MARX: ANOTAÇÕES NECESSÁRIAS.....	14
1.2 TRABALHO, ACUMULAÇÃO DE CAPITAL E DIREITO NA CARACTERIZAÇÃO DA ORDEM ECONÔMICA CAPITALISTA: PRIMEIRAS CONSIDERAÇÕES.....	20
1.3 A ALIENAÇÃO HUMANA NA DOCTRINA MARXISTA.....	31
2 DIREITO CIVIL E O PROCESSO ECONÔMICO CAPITALISTA.....	41
2.1 A ABORDAGEM TRADICIONAL DO DIREITO CIVIL: CRÍTICA.	41
2.2 A DETERMINAÇÃO DO CAPITALISMO NO DIREITO: CONSIDERAÇÕES.....	43
2.3 O CARÁTER PATRIMONIAL DO DIREITO CIVIL NA CONFORMAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO: A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA.....	47
2.4 A FORMA JURÍDICA COMO FORMA MERCANTIL: A CONSTRUÇÃO DA ESFERA PRIVADA DO DIREITO.....	53
2.5 O HOMEM NA ESFERA PRIVADA SEGUNDO A DOCTRINA MARXISTA: SUJEITO DE DIREITO E ECONOMIA CAPITALISTA.....	67
2.5.1 O sujeito de direito e a circulação mercantil: crítica à concepção do ser humano no processo econômico capitalista.....	69
2.6 DIREITO CIVIL COMO DIREITO CAPITALISTA.....	80
2.7 A IMPORTÂNCIA DA CODIFICAÇÃO CIVIL NA FIXAÇÃO DO ESTADO MODERNO E NA CONSOLIDAÇÃO DA BURGUESIA..	88

3	O DANO MORAL: UMA ABORDAGEM CRÍTICA A PARTIR DA EXPERIÊNCIA BRASILEIRA.....	100
3.1	O DANO MORAL INDENIZÁVEL E OS FUNDAMENTOS DE SUA ACEITAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	100
3.2	A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO CONCEITO JURÍDICO: CONSIDERAÇÕES A PARTIR DA FILOSOFIA KANTISTA.....	112
3.3	DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO DIREITO BRASILEIRO: APLICAÇÃO NO ÂMBITO DA RESPONSABILIDADE CIVIL.....	119
3.4	DIREITO DA PERSONALIDADE COMO DIREITO PATRIMONIAL: COMENTÁRIOS SOBRE O SUJEITO DE DIREITO.....	127
3.5	A NATUREZA DO DIREITO SUBJETIVO: DIREITO DA PERSONALIDADE COMO EXEMPLO DE REIFICAÇÃO DO HOMEM.....	138
3.6	O DANO MORAL EM XEQUE: A REPARAÇÃO NA LÓGICA CAPITALISTA.....	145
3.7	O CARÁTER PUNITIVO DO DANO MORAL: AINDA PERSISTE A LÓGICA CAPITALISTA.....	159
	CONCLUSÃO.....	165
	REFERÊNCIAS.....	169

INTRODUÇÃO

Há a seguinte máxima no mundo jurídico brasileiro: os civilistas finalmente descobriram a Constituição Federal. Após quase um século sob a égide do código civil de 1916, como principal diploma legislativo privado do país, os civilistas brasileiros tomaram o texto constitucional também como fonte primeira do direito aplicável às relações privadas.

Além da obviedade decorrente de que toda lei ordinária tem que se submeter às normas constitucionais, aquela máxima também decorre de uma maior interferência da Constituição Federal de 1988 em temas próprios do direito civil, como, por exemplo, função social da propriedade, a paridade entre os cônjuges e o reconhecimento da união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar.

Como a Constituição Federal de 1988 estrutura-se no valor da dignidade humana, o direito civil também passa a se pautar a partir desse axioma, afora adquirir uma coloração mais social por conta das normas constitucionais, tudo isso mesmo antes do advento da codificação atual, que também partilha desses mesmos valores. Outrossim, o processo de constitucionalização do direito civil, impulsionado especialmente após a promulgação da Constituição de Weimar, também se apresenta como resposta ao envelhecimento dos códigos civis, no aspecto de não acompanhamento das transformações sociais e a dinâmica das relações econômicas mais modernas.

Há, pois, um discurso corrente (doutrina e jurisprudência) que afirma que as relações privadas só ganham sentido se observarem o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (Constituição Federal, artigo 1º, III), o que é uma mudança paradigmática em relação ao *codex* de 1916, de caráter afirmadamente liberal, individualista e patriarcal.

Pertinente notar, então, que a mudança do conteúdo da lei, potencialmente, seria suficiente para significar uma mudança histórica radical do direito, como mais garantias legais em favor dos cidadãos, em especial direitos fundamentais. Contudo, a evolução histórica do direito não implica mera mudança no conteúdo da norma jurídica, porém um desenvolvimento da forma jurídica que represente tal ruptura.

Por definição, não se pode pensar a realidade jurídica a partir de conceitos dados de plano ou por força argumentativa, ou seja, sem história. Não se pode, pois, pensar o desenvolvimento do direito como conceito, como ideia, independentemente das suas determinações materiais (forças produtivas econômicas), como usualmente faz a história do direito tradicional.

A historiografia jurídica tradicional é a história vista do direito, em vez de ser o direito a ser visto da história. Tal perspectiva lubrina a compreensão da evolução histórica do direito, sobretudo das suas formas jurídicas, porque explica a história do direito em vez de ser a história da formação social a explicar o direito e sua forma.

Cumpre, então, outra abordagem do fenômeno jurídico a fim de se determinar qual é o papel que foi reservado ao direito na história. A crítica do direito burguês revela, portanto, a função do direito na reprodução das relações capitalistas de produção a partir da determinação do significado histórico do presente, das categorias que constituem a matriz do sistema jurídico capitalista.

Este estudo segue esse argumento, de abordar as relações entre o fenômeno jurídico e o modo de produção capitalista, sobretudo como este acaba moldando a ordem jurídica, tal como preconizado pela linha de pesquisa adotada (poder econômico e seus limites jurídicos). É uma tentativa de compreensão do direito civil a partir da crítica marxista, sobretudo contingências históricas que o moldaram tal como se apresenta hoje: a sua forma mercantilizada. A partir daí compreender como se dá a aplicação do instituto do dano moral e suas implicações, se de acordo com a lógica capitalista de reificação das relações sociais e do próprio ser humano.

O primeiro movimento é estabelecer, dentro da doutrina de Karl Marx, a importância do trabalho como elemento ontológico do ser humano e como a venda e compra dela no mercado acaba por reificá-lo, por opô-lo a si próprio como *res* na qual acaba se transformando. A partir dessa premissa, parte-se para análise da determinação econômica capitalista sobre o direito, para ponderar sobre a sua forma mercantilizada e como isso foi importante para a construção do direito privado como espaço jurídico de excelência para o desenvolvimento das relações econômicas burguesas, tal como o próprio código civil é exemplo disso.

Na sequência, são apresentadas algumas ponderações de como o ser humano é integrado no processo econômico capitalista, na qualidade de sujeito de direito, especialmente o papel que desempenha no circuito de trocas mercantis, no qual ele próprio participa como objeto/mercadoria que é. Com isso tem-se o debate de como o direito civil termina por reger a pessoa humana, se preponderantemente pelas regras de direito obrigacional ou de direito pessoal (direitos da personalidade).

Prossegue análise dos fundamentos do dano moral, a motivação pela qual se justificou o seu ingresso no ordenamento jurídico brasileiro por intermédio do direito civil, notadamente o caráter protetivo em relação à dignidade da pessoa humana, tal como concebida pela filosofia kantiana, como forma de realização de justiça.

Porém, questiona-se a forma mercantilizada do direito civil, se seria empecilho para tratar a dignidade humana por suas regras uma vez que o ser humano, segundo o direito obrigacional, deve ser reduzido a um conteúdo material, aferível economicamente, naquilo que denunciado por Karl Marx quando da análise da exploração do trabalho pelo capital. Nesse contexto, o próprio dano moral estaria em xeque na medida em que, pela filosofia kantiana, não seria possível reduzir a pessoa humana a um conteúdo econômico.

Ter-se-ia, dessa forma, certa incompatibilidade entre o embasamento teórico da dignidade da pessoa humana, enquanto princípio jurídico constitucional, e o determinismo histórico do capitalismo, que culminou na reificação da pessoa humana, na medida em que esta passa a ser considerada como objeto de direito. Ou seja, o ser humano seria tido como objeto de direito, implicando que os seus atributos possam ser alvo de reivindicação jurídica, desde que reduzidos a um valor monetário.

Por fim, será verificado se mesmo à função punitiva do dano moral seria aplicável a da lógica capitalista de reificação da pessoa humana, uma vez que também a pena, na ordem capitalista, seguiria a equivalência econômica própria das trocas mercantis.

1. NATUREZA HUMANA E TRABALHO NA LÓGICA DO CAPITALISMO: A ALIENAÇÃO DO HOMEM

1.1 NATUREZA HUMANA SEGUNDO KARL MARX: ANOTAÇÕES NECESSÁRIAS

Com arrimo na filosofia de Hegel, Karl Marx, em seus escritos da juventude, vai entender o homem efetivo (verdadeiro) como resultado de seu próprio trabalho, da sua capacidade de realização (MARX, 2004b, *passim*). Para Marx, a realidade do homem, em toda a sua completude, está centrada no trabalho (MÉSZÁROS, 2006, p. 85).¹

Ou melhor: na criação de sua vida pelo trabalho (BIGO, 1966, p. 83), que, por sua natureza, é uma atividade da vontade humana que se estende para todos os assuntos da esfera individual, e daí para a esfera social como, por exemplo, a política e a economia.

Mesmo considerando que a sociedade atual tenha permitido a expulsão da massa trabalhadora do processo produtivo, marginalizando o trabalho regular e formal (salários baixos e ausência de proteção social) ao promover a perda de centralidade da atividade laborativa,² a categoria

¹Com Hegel o trabalho (atividade) é termo crucial que explica a gênese e o desenvolvimento humanos, por ser o ato de mediação entre homem e natureza. Ele retira o trabalho da sua concepção particular e não-histórica, como apenas limitados aos atos mecânicos da manufatura e do comércio. Hegel vai tornar universal a importância filosófica do trabalho. Embora parta deste mesmo ponto, Marx vai criticar o caráter universal (e idealizado) do trabalho concebido por Hegel, na medida em que vai entendê-lo também como produto da evolução histórica e das relações sociais dadas pelo modo de produção vigente de determinada época. Pelo mesmo argumento, Karl Marx (2004b, p. 124): "Provisoriamente, anteciparemos apenas o seguinte: Hegel se coloca no ponto de vista dos modernos economistas nacionais. Ele apreende o trabalho como a essência do homem que se confirma; ele vê somente o lado positivo do trabalho, não seu [lado] negativo. O trabalho é o vir a ser para si (*Fürsichwerden*) do homem no interior da exteriorização ou como homem exteriorizado. O trabalho que Hegel unicamente conhece e reconhece é o abstratamente espiritual."

²Não se ignora aqui a melhoria nas condições de trabalho desde os oitocentos, momento em que Karl Marx teceu suas críticas à exploração capitalista. Sobre o advento do *Welfare State*, dá-se a estabilização das condições de sobrevivência da classe trabalhadora, de modo que o amparo social viabiliza a estabilização das condições primárias da vida. Porém, também não se pode ignorar que a partir do final do século passado, o emprego formal deixou de ser protagonista da promoção dos indivíduos. A reforma do Estado em curso, as compressões políticas e econômicas globais, as novas demandas de uma sociedade complexa, os déficits públicos crônicos, a revolução tecnológica, a transformação da produção e o desemprego, tudo isso impacta na configuração atual das relações de trabalho. Sendo assim, os cidadãos não podem mais contar com o trabalho e o Estado para programar a sua vida, de modo que vão depender cada vez das sociabilidades comunitárias e familiares (CASABONA, 2007, p. 144-145). É nessa circunstância que se dá o movimento de redução da massa trabalhadora nas linhas de produção (ou sua transferência para locais com baixos encargos trabalhistas e previdenciários), a tendência à terceirização da mão-de-obra e ao trabalho informal ou precário, com redução das garantias sociais que lhe são inerentes. Tudo isso para aliviar as despesas suportadas por Estados e empresas. É nesse sentido que é feita a crítica à conformação atual do trabalho na economia capitalista.

trabalho é ainda essencial à natureza do homem, visto que elemento primário da realização do ser social, bem como seu fundamento ontológico básico (cf. ANTUNES, 1999).

Isso porque é pelo trabalho que o homem consegue transformar o mundo natural, submetendo-o às suas necessidades e interesses.³ É também pelo trabalho, esse mediador entre o homem e a natureza, que se viabiliza a construção da realidade objetiva e a construção do mundo, bem como permite ao homem se transformar.

Ou seja, o trabalho permite que o homem modifique a natureza, ao mesmo tempo em que ele mesmo se modifica ao liberar todas as suas potencialidades (MARX, 2004b, *passim*). Tal modo de pensar a relação homem/trabalho vai perpassar toda a obra marxista, confirmado inclusive pelos seus escritos da maturidade:

Antes de tudo, o trabalho é um processo entre o homem e a Natureza, um processo em que o homem, por sua própria ação, media, regula e controla seu metabolismo com a Natureza. Ele mesmo se defronta com a matéria natural como uma força natural. Ele põe em movimento as forças naturais pertencentes a sua corporalidade, braços e pernas, cabeça e mão, a fim de apropriar-se da matéria natural numa forma útil para sua própria vida. Ao atuar, por meio desse movimento, sobre a Natureza externa a ele e ao modificá-la, ele modifica, ao mesmo tempo, sua própria natureza. Ele desenvolve as potências nela adormecidas e sujeita o jogo de suas forças a seu próprio domínio (MARX, 1996, tomo 1, p. 297).

Por estar inserido na sociedade, o trabalho também estabelece possibilidades novas de desenvolvimento social, uma vez que o conhecimento individual generaliza-se, expandindo-se para todo o tecido social, beneficiando-o. E esse mesmo conhecimento torna-se a base material da sociedade (LESSA; TONET, 2008, p. 25-26).

O trabalho individual, dessa forma, ganha dimensão social, de sorte que a articulação entre indivíduo e sociedade permite a construção de situações históricas e relações sociais totalmente novas (LESSA; TONET, 2008, p. 25-26). Sendo assim a sociabilidade do homem,

³Por esse mesmo argumento, Istiván Mészáros (2006, p. 79): "Nessa obra o ponto de partida ontológico de Marx é o fato autoevidente de que o homem, parte específica da natureza (isto é, um ser com necessidades físicas historicamente anteriores a todas as outras), precisa produzir a fim de se manter, a fim de satisfazer essas necessidades."

a sua existência para os outros e a existência dos outros em relação a ele, vai ter espaço de atuação na comunidade do trabalho (BIGO, 1966, p. 83).⁴

É o trabalho realizado através da cooperação e de integração⁵ que faz a sociabilidade (ou socialidade) ser parte da essência humana (PEIXOTO, 2010, p. 39), na medida em que é capaz de humanizar o mundo por meio de sua atividade, desnudando, em ato contínuo, a sua essência e suas capacidades produtivas.

O trabalho aqui referido é o produtivamente ativo, isto é, sem que o homem seja passivo-receptivo, porém relacionado ativamente com o mundo (FROMM, 1979, p. 37-38).⁶ O processo produtivo, portanto, torna possível ao homem realizar a sua própria essência, no mesmo passo em que se coloca positivamente perante o mundo e a sociedade na qual está

⁴Com a mesma assertiva, novamente István Mészáros (2006, p. 138): "Essa abordagem – cujo centro de referência é a atividade produtiva ou práxis – encerra em si que o que emerge como sendo a 'essência da natureza humana' não é o egoísmo, mas a socialidade (isto é, o 'conjunto das relações sociais', como coloca Marx em sua sexta tese sobre Feuerbach). A 'socialidade' como característica definidora da natureza humana é radicalmente diferente daquelas criticadas por Marx. Ao contrário do 'egoísmo', ela não pode ser uma qualidade abstrata inerente ao indivíduo isolado. Só pode existir nas relações dos indivíduos uns com os outros."

⁵Confirmando o argumento, e numa crítica ao pensamento de Jürgen Habermas, o seguinte comentário de Fernando Haddad (2004, p. 42-43): "Alternativamente, podemos encarar o trabalho de outra forma. Do mesmo modo que a relação entre trabalho e natureza pressupõe a linguagem, como quer corretamente Habermas, a relação entre agir comunicativo e mundo da vida, tomada dinamicamente, exige trabalho. Com efeito, o trabalho, ao transformar a natureza, cria as condições para a expansão do universo lingüístico. Não me refiro ao fato trivial de que os homens têm que garantir as condições materiais de sua sobrevivência física para reproduzir seu mundo da vida. Refiro-me ao fato de que o trabalho, ao libertar os homens de constrangimentos de ordem material, de fato libera o mundo discursivo. Adequar o mundo às necessidades humanas por meio do trabalho, ou seja, humanizar o mundo, não é outra coisa senão torná-lo legível e dizível. Portanto, a relação entre agir comunicativo e mundo da vida e a relação entre trabalho e natureza não se excluem mutuamente; antes, inter cruzam-se e se interpenetram. Cai por terra, assim, a acusação de que Marx não teria explicitado a conexão entre trabalho e interação. Ora, ele não só explicitou essa conexão, como o fez dialeticamente. Pois Marx jamais viu o processo de trabalho como um processo meramente instrumental entre homem e natureza, mas igualmente como um processo interativo, não apenas estratégico, entre os homens. Dessa forma, não se pode entender o processo social a partir de dualidades: interação social, de um lado, reprodução material, de outro; integração social, de uma lado, integração sistêmica, de outro; mundo da vida, de um lado, sistema, de outro; desenvolvimento moral, de um lado, desenvolvimento cognitivo, de outro; e, finalmente, ação orientada para o acordo, de um lado, e ação orientada ao êxito, de outro. Em todos esses momentos há uma conexão dialética entre essas dualidades que se impõe pela impossibilidade de dissociar a relação entre homem e natureza da relação dos homens entre si. O movimento apresentado em *O discurso filosófico da modernidade* de substituir a dinâmica entre trabalho e natureza pela dinâmica entre agir comunicativo e mundo da vida é um movimento que mutila a compreensão da reprodução social total."

⁶Ainda segundo Erich Fromm (1979, p. 38): "Para Hegel, o desdobramento de todas as faculdades, capacidades e potencialidades individuais só é possível por meio de ação contínua, nunca pela exclusiva contemplação ou receptividade. Para Spinoza, Goethe, Hegel, assim como para Marx, o homem só está vivo na medida em que é produtivo, na medida em que abarca o mundo exterior no ato de manifestar seus próprios poderes humanos específicos e de abarcar o mundo com estes."

inserido, o que, numa linguagem teológica, significa o retorno ao que lhe é sagrado (FROMM, 1979, p. 38).⁷

Karl Marx, nesses termos, vai inscrever "o homem em seu trabalho, em sua relação objetiva com a natureza, na produção de sua vida material" (MASCARO, 2010, p. 274). A compreensão dele não se dá, pois, nos limites da sua subjetividade (individualidade egoística), porém nos limites da práxis: "da atividade prática humana, da produção, do trabalho" (MASCARO, 2010, p. 274).

Daí se afirmar que "a maneira como os indivíduos manifestam a vida reflete exatamente o que eles são" (ENGELS; MARX, 1998, p. 11). Sendo assim, o que eles são coincide com os meios de produção dados, de tal sorte que expressam o que eles produzem e a maneira como produzem. "O que os indivíduos são depende, portanto, das condições materiais da sua produção" (ENGELS; MARX, 1998, p. 11).

Para a compreensão do trabalho produtivo é preciso entender a relação entre sujeito e objeto que, para Marx, não podem ser separados (FROMM, 1979, p. 41). Isso porque o trabalho é uma atividade que tem por escopo a satisfação de necessidades humanas, o que não ocorre de forma imediata, mas através de mediações. "Estas mediações incluem: os instrumentos de trabalho; as relações dos homens entre si; a linguagem e o próprio trabalho, já objetivado nos instrumentos de trabalho" (WAMBIER, 2009, p. 72).

Pelos seus sentidos naturais o homem, quando em estado de necessidade, pode satisfazê-la do mesmo modo como os animais. Sendo assim, "comer, beber, dormir e respirar são necessidades orgânicas pertinentes a qualquer outra espécie animal e como tal, não se constituem em necessidades exclusivamente humanas" (WAMBIER, 2009, p. 72).

⁷O trabalho aqui referido, como atividade transformadora da individualidade, da natureza e da sociedade, vai ter lugar nas próprias referências mitológicas. Como exemplo, o mito grego de Édipo, naquilo que sugerido, de certo modo, por Michel Foucault (cf. 2005, p. 29-49). Além de narrar o encontro de Édipo com o seu destino trágico (essa sua experiência pessoal, igualmente decorrente de seu ofício político), também descreve, na jornada da personagem, o feito realizado por ele decorrente de sua habilidade intelectual, sendo que esse conhecimento termina lhe trazendo grande poder por ter beneficiado os habitantes locais. Isto é, a atividade de Édipo livrou a cidade de Tebas (Cadmeia) do tributo que seus habitantes pagavam em favor da Esfinge, que era a própria vida no caso de não decifrares seus enigmas, ao mesmo tempo em que promoveu a sua ascensão na política local.

Em tais condições não é dado ao homem interagir com o mundo e consigo mesmo senão ao mesmo modo que os demais seres irracionais (MARX, 2004b, *passim*). Ou seja, não se realiza plenamente porque não utiliza todas as suas potencialidades. Para superar sua condição natural, "os sentidos que o homem possui, por assim dizer, naturalmente, precisam ser formados pelos objetos exteriores" (FROMM, 1979, p. 40).

Sendo assim, os sentidos práticos (espirituais) do homem, tais como, sensibilidade e caráter, terminam por concretizar-se por meio da existência do objeto relacionado, de modo a tornar a sua natureza humanizada. Nesse sentido, Marx vai afirmar que um objeto é tido como humano quando convertido em objeto humano, isto é, criado pelo homem ou a ele destinado. Ou, como melhor explicado por Josiane de Fátima Wambier (2009, p. 72):

Ter um corpo não é uma necessidade humana, mas, vesti-lo com roupas já é uma necessidade exclusivamente humana. O sexo não é só uma atividade humana, mas, o sexo mediatizado pela paixão e pelo amor já é uma necessidade humana. Comer, dormir e beber água são necessidades que têm todos os animais, mas, comer com talheres; dormir num colchão, numa cama e numa casa; beber água em um copo, já são necessidades humanas. Os talheres, o colchão, o copo, as roupas são objetos criados pelo trabalho humano e têm para o homem um valor de uso determinado. E tais objetos, criados teleologicamente, mudam o homem e sua natureza, construindo nele uma segunda natureza ou uma natureza humanizada.

É pelos objetos, então, que é realizada a individualidade, de forma que não é apenas em pensamento mas através de todos os sentidos que o homem se firma no mundo objetivo (MARX, 2004b, p. 108-111).⁸ Ao se relacionar com o objeto por meio de suas faculdades e

⁸Assim também o tema foi lembrado por Marx (2004b, p. 104-105): "A relação imediata, natural, necessária, do homem com o homem, é a relação do homem com a mulher. Nesta relação genérica natural, a relação do homem com a natureza é imediatamente sua relação com o homem, assim como a relação com o homem é imediatamente sua relação com a natureza, a sua própria determinação natural. Nesta relação fica sensivelmente claro, portanto, e reduzido a um *factum* intuível, até que ponto a essência humana veio a ser para o homem natureza ou a natureza [veio a ser] essência humana do homem. A partir desta relação pode-se julgar, portanto, o completo nível de formação do homem (*die ganze Bildungsstufe*). Do caráter desta relação segue-se até que ponto o ser humano veio a ser e se apreendeu como ser genérico, como ser humano; a relação do homem com a mulher é a relação mais natural do ser humano com o ser humano. Nessa relação se mostra também até que ponto o comportamento natural do ser humano se tornou humano, ou até que ponto a essência humana se tornou para ele essência natural, até que ponto a sua natureza humana tornou-se para ele natureza. Nesta relação também se mostra até que ponto a carência do ser humano se tornou carência humana para ele, portanto, até que ponto o outro ser humano como ser humano se tornou uma carência para ele, até que ponto ele, em sua existência mais individual, é ao mesmo tempo coletividade (*Gemeinwesen*)."

habilidades, o mundo exterior torna-se real para o homem, levando-o a crer na realidade do mundo objetivo que lhe é extrínseco.

Pelo que colocado até aqui, percebe-se que a realização do homem pelo trabalho só ocorre quando ele satisfaz as suas necessidades primitivas. Para tanto, no curso de tal satisfação, necessariamente, ele deve criar por meio de sua atividade uma complexa hierarquia de necessidades não físicas, que se tornam assim condições igualmente necessárias para a supressão de suas necessidades físicas originais, tal como observado por Istiván Mészáros (2006, p. 79).

Segundo esse autor, as atividades humanas do tipo "espiritual", portanto, encontram a sua base ontológica na esfera de produção material como expressões específicas de intercâmbio entre o homem e a natureza, mediado de formas e maneiras complexas. O trabalho, como atividade produtiva, é assim o mediador, por excelência, da "relação sujeito-objeto", entre o homem e a natureza, permitindo ao homem conduzir um modo humano de existência, a fim de que ele recaia de volta na natureza, que não se dissolva no "objeto".

Dessa forma, a necessidade de usar a coisa perde sua característica egoísta, porque humanizada, ao mesmo tempo em que o objeto não possui mais sua função (intrínseca) de mera utilidade porque sua utilização, nessas condições, transforma-se em utilização humana (FROMM, 1979, p. 41).⁹ A atividade (trabalho), que opõe o homem e a natureza, vai garantir a supremacia daquele sobre este. Para além disso, vai assegurar também o triunfo do homem sobre si, sobre os seus elementos intelectuais e voluntários: a vitória sobre o homem puramente instintivo (BIGO, 1966, p. 186).

A economia política marxista, nesse contexto, estabelece a incomensurabilidade do sujeito humano com os objetos que o cercam, porque os objetos não são fim, mas o meio de realização plena de suas faculdades e potencialidades, da afirmação de sua própria essência; é a afirmação final pela história do valor desse sujeito (BIGO, 1966, p. 193).

Pelo pensamento marxista, então, o trabalho (atividade) assume um aspecto positivo. Identifica o seu caráter universal ao perceber nele a esfera ontológica fundamental da

⁹Em complemento a tal assertiva, ainda Erich Fromm (1979, p. 41): "Com efeito, só posso relacionar-me de maneira humana com uma coisa quando esta se relaciona de maneira humana com o homem."

existência humana: "como objetivação e autodesenvolvimento humanos, como a automediação necessária do homem com a natureza" (MÉSZÁROS, 2006, p. 86).

Isto é, a atividade produtiva torna-se a própria fonte de consciência do homem, enquanto considerado em si mesmo ou em relação a outrem (MÉSZÁROS, 2006, p. 80). Porém, ao lado desta forma positiva de pensar o trabalho, Karl Marx vai compreender, sobretudo, o seu aspecto negativo que é a alienação, estabelecendo com isso o centro de sua crítica ao sistema capitalista.

1.2 TRABALHO, ACUMULAÇÃO DE CAPITAL E DIREITO NA CARACTERIZAÇÃO DA ORDEM ECONÔMICA CAPITALISTA: PRIMEIRAS CONSIDERAÇÕES

Para além de um processo de dominação de um grupo social pelo outro decorrente do poder econômico, a relação capital/trabalho revela o próprio modo como se dá a acumulação de riquezas por parte do capitalista.¹⁰ Isso porque permite que o detentor do meio de produção venha a se apropriar da mais-valia (ou sobretrabalho) criada pelo trabalhador (MARX, 1996, tomo 1, p. 100-102).

Na transição do modo de produção medieval para capitalista, dentro do próprio grupo de artesãos surgiram mestres que se destacavam pela eficiência na exploração dos aprendizes e

¹⁰Daí Vital Moreira (1987, p. 27) afirmar que "o sistema dominado por esta última relação [venda e compra da mão-de-obra] é o sistema capitalista, assim chamado porque as condições de trabalho se apresentam como capital, propriedade privada do capitalista, perante o trabalhador, desprovido delas." Ao tratar do momento histórico de definição do capitalismo, Maurice Dobb (1973, p. 30-31) confirma o mesmo argumento ao observar que se deve precisar "o início do período capitalista apenas quando as mudanças no modo de produção ocorrem no sentido de subordinação direta de um produtor a um capitalista. Não se trata aqui apenas de um ponto de terminologia, mas de substância, pois o mesmo significa que, se estivermos certos, o aparecimento de uma classe puramente mercantil não terá por si próprio qualquer significado revolucionário, que seu crescimento exercerá uma influência muito menos fundamental sobre a configuração ou padrão econômico da sociedade do que o surgimento de uma classe de capitalistas cujas fortunas estejam intimamente ligadas à indústria; e que embora uma classe, seja de escravistas ou senhores feudais, possa passar a comerciar ou entrar em aliança íntima com os comerciantes, uma classe mercantil, cujas atividades são essencialmente as de um intermediário entre produtor e consumidor, não se deverá esforçar por tornar-se uma classe dominante naquele sentido de todo radical e exclusivo do qual falávamos poucos momentos atrás. Como sua sorte tenderá a se prender ao modo de produção existente, será mais provável que sofra o incentivo a conservar aquele modo de produção, ao de transformá-lo. Ele deverá esforçar-se por 'entrar' numa forma existente de apropriação do trabalho excedente, mas não deverá tentar modificar essa forma."

companheiros. Com efeito, puderam passar de mestres-trabalhadores para mestres-capitalistas ao se tornarem patrões.

Com a desarticulação do setor da manufatura o produtor, outrora autônomo e independente, perde justamente independência e autonomia porque não dispõe mais dos meios de produção, agora pertencentes ao capitalista. Ele talha as matérias-primas que lhe são fornecidas por outrem, que também lhe fornece os instrumentos de produção, submetendo o controle e a orientação de sua atividade ao capitalista (NUNES, 2007, p. 111-113).

O produtor da indústria urbana medieval, nesse passo, transforma-se em trabalhador ao vender a sua força de trabalho, ao empregador capitalista, mediante o recebimento de salário (NUNES, 2007, p. 114-116). Em tal situação ele vende a sua força de trabalho (capacidade física e psíquica de trabalho) para poder subsistir, perdendo assim a autonomia do seu ofício em favor do empregador, afora ter que aceitar qualquer tipo (e condição) de trabalho disponível para poder subsistir.

Promoveu-se, assim, a separação dos produtores dos seus meios de produção, o que constitui a essência do capitalismo (MARX, 2004a, p. 13-14). Tal cisão permite que a força de trabalho seja tratada como mercadoria pelo sistema capitalista, como qualquer outra, de modo que não é mais ontologicamente intrínseca ao ser humano (MARX, 1996, tomo 1, p. 100).¹¹ Desse modo, capitalista e assalariado, na qualidade de proprietários e homens livres,¹² colocam-se contratualmente em condições de igualdade (formal) no mercado, para que ocorra a comercialização da força de trabalho, que é cedida temporariamente do trabalhador para o empregador.

¹¹Marx vai considerar o valor da mercadoria força de trabalho como valor específico do trabalho, portanto, de um modo diferente das demais mercadorias, embora também tenha sido caracterizada por ele como mercadoria. Isso porque as mercadorias (exemplo: sapatos), pelo caráter geral do lucro, “se vendem, em média, pelos seus verdadeiros valores e que os lucros se obtêm vendendo as mercadorias pelo seu valor, isto é, em proporção à quantidade de trabalho nelas materializado” (MARX, 1996, tomo 1, p. 97-98). Sendo oportuno esclarecer ainda que valor de uma mercadoria é determinado pela quantidade de trabalho a ela incorporado, ou seja, pela quantidade de trabalho necessário para produzir essa mercadoria em determinadas condições sociais dadas em determinadas épocas e lugares (MARX, 1996, tomo 1, p. 94). De sua parte, nos termos do que adiante será mais bem explicitado, o valor da mercadoria força de trabalho se determina pela quantidade de trabalho necessário para produzi-la, que, no caso, resume-se às aptidões físicas e psíquicas do trabalhador (MARX, 1996, tomo 1, p. 99). Destarte, é pelo valor dos artigos de primeira necessidade exigidos pelo trabalhador para que se possa sustentar e se conservar, para que possa produzir e perpetuar a oferta de força de trabalho em favor do empregador (MARX, 1996, tomo 1, p. 100).

¹²Por parte do trabalhador, a liberdade aqui mencionada decorre de razões econômicas (de pura sobrevivência), visto que compelido a vender no mercado a sua força de trabalho para se sustentar (NUNES, 2007, p. 506).

Considerando-a como mercadoria, Marx revelou como a venda da força de trabalho passa a ser fonte de lucro (excedente) para o capitalista, permitindo assim a acumulação de riqueza (capital) decorrente da exploração da relação de trabalho (NUNES, 2007, p. 504). Isso porque o lucro é elemento essencial (e não acidental) do capitalismo. A relação capital/trabalho, nesse contexto, deve trazer lucro ao detentor dos meios de produção, como assim traria qualquer outra mercadoria colocada no mercado para ser transacionada (nos termos do enunciado marxista D-M-D’);¹³ lucro que decorrerá necessariamente de uma relação de exploração do capital sobre o trabalho.

Ao longo do tempo, o capitalista paga o verdadeiro valor da força de trabalho, como se dá em relação a qualquer outra mercadoria, que é determinado pela quantidade de trabalho socialmente necessário à sua produção (SOARES, 2005, p. 10). Portanto, “o salário tende a corresponder ao valor da força de trabalho, apresentando-se como a expressão monetária do seu custo em trabalho” (NUNES, 2007, p. 505).

Dito valor é igual ao valor dos meios de subsistência consumidos pelo assalariado e sua família (alimentação, vestuário, habitação *etc.*) a fim de que a mercadoria força de trabalho possa se reconstituir e se recuperar fisicamente, e com isso esteja apto a enfrentar nova (e constante) jornada de trabalho, tal como uma máquina (NUNES, 2007, p. 505).¹⁴ Aqui reside, portanto, a equivalência (parcial) entre força de trabalho e a sua remuneração pelo salário.

¹³Novamente Karl Marx (1996, tomo 1, p. 100-101): “Suponhamos agora que a quantidade média diária de artigos de primeira necessidade imprescindíveis à vida de um operário exija 6 horas de trabalho médio para a sua produção. Suponhamos, além disso, que essas 6 horas de trabalho médio se materializem numa quantidade de ouro equivalente a 3 xelins. Nestas condições, os 3 xelins seriam o preço ou a expressão em dinheiro do valor diário da força de trabalho desse homem. Se trabalhasse 6 horas diárias, ele produziria diariamente um valor que bastaria para comprar a quantidade média de seus artigos diários de primeira necessidade ou para se manter como operário. Mas o nosso homem é um obreiro assalariado. Portanto, precisa vender a sua força de trabalho a um capitalista. Se a vende por 3 xelins diários, ou por 18 semanais, vende-a pelo seu valor. Vamos supor que se trata de um fiandeiro. Trabalhando 6 horas por dia, incorporará ao algodão, diariamente, um valor de 3 xelins. Esse valor diariamente incorporado por ele representaria um equivalente exato do salário, ou preço de sua força de trabalho, que recebe cada dia. Mas nesse caso não iria para o capitalista nenhuma mais-valia ou sobreproduto algum.”

¹⁴Ou como posto por Karl Marx (1996, tomo 1, p. 99-100): “Que é, pois, o valor da força de trabalho? Como o de toda outra mercadoria, esse valor se determina pela quantidade de trabalho necessário para produzi-la. A força de trabalho de um homem consiste, pura e simplesmente, na sua individualidade viva. Para poder crescer e manter-se, um homem precisa consumir uma determinada quantidade de meios de subsistência; o homem, como a máquina, se gasta e tem que ser substituído por outro homem. Além da soma de artigos de primeira necessidade exigidos para o seu próprio sustento, ele precisa de outra quantidade dos mesmos artigos para criar determinado número de filhos, que hão de substituí-lo no mercado de trabalho e perpetuar a descendência dos trabalhadores. (...) Depois do que dissemos, o valor da força de trabalho é determinado pelo valor dos artigos de primeira necessidade exigidos para produzir, desenvolver, manter e perpetuar a força de trabalho.”

Todavia, a relação capital/trabalho vai apresentar também outro aspecto, para além da mera troca de equivalentes, que é o seu carácter de exploração necessária própria do sistema capitalista (NUNES, 2007, p. 504). Como qualquer mercadoria, o capitalista, que investe¹⁵ para sua aquisição, dispõe dela como melhor lhe convier (SOARES, 2005, p. 9-10).¹⁶ O trabalhador, desse modo, tem que trabalhar durante parte do seu tempo gratuitamente para o capitalista que comprou a sua força de trabalho (capital variável), para que se possa obter a mais-valia.

Sendo assim, na primeira parte do seu dia de trabalho, o assalariado trabalha para ele mesmo, criando um valor equivalente ao seu salário, sendo que no restante do dia trabalha gratuitamente para o capitalista, produzindo assim a mais-valia (SOARES, 2005, p. 11).¹⁷ A

¹⁵Segundo Marx (1996, tomo 1, p. 101): “Ao comprar a força de trabalho do operário e ao pagá-la pelo seu valor, o capitalista adquire, como qualquer outro comprador, o direito de consumir ou usar a mercadoria comprada. A força de trabalho de um homem é consumida, ou usada, fazendo-o trabalhar, assim como se consome ou se usa uma máquina fazendo-a funcionar. Portanto o capitalista, ao comprar o valor diário, ou semanal, da força de trabalho do operário, adquire o direito de servir-se dela ou de fazê-la funcionar durante todo o dia ou toda a semana.”

¹⁶Sobre a força de trabalho como mercadoria à disposição do capitalista, Karl Polanyi (2012, p. 198) faz a seguinte observação: “Mises argumentou, com razão, que se os trabalhadores ‘não agissem como sindicalistas profissionais, mas reduzissem suas exigências e mudassem suas localizações e ocupações de acordo com os requisitos do mercado de trabalho, eles poderiam eventualmente encontrar trabalho’. Isto resume a situação vigente sob um sistema baseado no postulado do carácter de mercadoria do trabalho. Não cabe à mercadoria decidir onde será oferecida à venda, para que finalidade será usada, a que preço ser-lhe-á permitido trocar de mãos, e de que maneira ela deve ser consumida ou destruída. ‘não ocorreu a ninguém’, escreveu esse liberal convicto, ‘que a falta de salários seja um termo melhor que a falta de emprego, porque o que falta à pessoa desempregada não é o trabalho, mas a remuneração do trabalho’. Mises estava certo, embora não houvesse qualquer originalidade na sua alegação; 150 anos antes dele, dizia o bispo Whately: ‘Quando o homem pede trabalho, ele não está pedindo o trabalho, mas o salário.’ Falando tecnicamente, é verdade que ‘o desemprego nos países capitalistas se deve ao fato de que tanto a política do governo quanto a dos sindicatos profissionais objetiva manter um nível de salários que não combina com a produtividade do trabalho existente.’ Como poderia haver desemprego, perguntava Mises, a não ser pelo fato de que os trabalhadores ‘não querem trabalhar pelo salário que podem obter num mercado de trabalho, para esse trabalho particular que são capazes e desejam executar’? Isto esclarece o que significa realmente a insistência dos patrões em favor da mobilidade da mão de obra e da flexibilidade dos salários, precisamente aquilo que circunscrevemos acima como um mercado, no qual o trabalho humano é uma mercadoria.”

¹⁷A mais-valia foi assim exemplificada pelo próprio Marx (1996, tomo 1, p. 101): “Tomemos o exemplo do nosso fiandeiro. Vimos que, para recompor diariamente a sua força de trabalho, esse fiandeiro precisava reproduzir um valor diário de 3 xelins, o que realizava com um trabalho diário de 6 horas. Isso, porém, não lhe tira a capacidade de trabalhar 10 ou 12 horas e mais, diariamente. Mas o capitalista, ao pagar o valor diário ou semanal da força de trabalho do fiandeiro, adquire o direito de usá-la durante todo o dia ou toda a semana. Fá-lo-á trabalhar, portanto, digamos, 12 horas diárias, quer dizer, além das 6 horas necessárias para recompor o seu salário, ou o valor de sua força de trabalho, terá de trabalhar outras 6 horas, a que chamarei de horas de sobretrabalho, e esse sobretrabalho irá traduzir-se em uma mais-valia e em um sobreproduto. Se, por exemplo, nosso fiandeiro, com o seu trabalho diário de 6 horas, acrescenta ao algodão um valor de 3 xelins, valor que constitui um equivalente exato de seu salário, em 12 horas acrescentará ao algodão um valor de 6 xelins e produzirá a correspondente quantidade adicional de fio. E, como vendeu sua força de trabalho ao capitalista, todo o valor, ou todo o produto por ele criado pertence ao capitalista, que é dono de sua força de trabalho, *pro tempore*.”

exploração da mão-de-obra assalariada para extração da mais-valia corresponde, portanto, à diferença entre o valor da força de trabalho (quantidade de trabalho necessário para a produção do que é pago a título de salário) e o seu produto (quantidade de trabalho fornecido), cuja diferença é o trabalho não pago (trabalho excedente), apropriado gratuitamente pelo empregador, o que dá origem à acumulação de capital (JAPPE, 2006, p. 84).

Uma vez que é assim, "o trabalhador não é aqui mais que tempo de trabalho personificado" (MARX, 1996, tomo 1, p. 357).

Marx denominou de capital variável o capital adiantado pelo capitalista na compra da força de trabalho para pagamento de salários; e de capital constante o dinheiro investido para a aquisição dos meios de produção (meios de trabalho e objetos de trabalho considerados em seu conjunto), tal como lembrado por Alcides Ribeiro Soares (2005, p. 11-12). Ainda de acordo com esse autor, o capital constante quando aplicado no processo produtivo não gera rendimento (lucro), por representar trabalho morto (ou pretérito), que se limita a transferir seu valor para a nova mercadoria criada.

Sendo assim, o capitalista que adquire a mercadoria força de trabalho utiliza-a no processo produtivo para produzir um valor de uso que contenha valor de troca (na lógica da troca de equivalentes). Todavia, ela não representa apenas valor de troca, porém um valor superior ao dos gastos de capital (constante e variável), gerando de tal modo a mais-valia (sobretalho).

Por conseguinte, após realizar o valor da mercadoria, com sua transformação em equivalente pecuniário (dinheiro), converte a maior parte desse valor excedente em capital, ao adquirir outros meios de produção e força de trabalho adicionais, permitindo, nessas condições, a acumulação de capital. A força de trabalho torna-se assim o único elemento capaz de gerar rendimento, de produzir valor superior ao dele mesmo durante a jornada de trabalho; mercadoria que consiste em ser fonte permanente de valor de troca (NUNES, 2007, p. 505).¹⁸

¹⁸Nesse mesmo raciocínio, outro trecho de *O Capital* (MARX, 1996, tomo 1, p. 347-348): "A mercadoria que te vendi distingue-se da multidão das outras mercadorias pelo fato de que seu consumo cria valor e valor maior do que ela mesma custa. Essa foi a razão por que a compraste. O que do teu lado aparece como valorização do capital é da minha parte dispêndio excedente de força de trabalho. Tu e eu só conhecemos, no mercado, uma lei, a do intercâmbio de mercadorias. E o consumo da mercadoria não pertence ao vendedor que a aliena, mas ao comprador que a adquire. A ti pertence, portanto, o uso de minha força de trabalho diária."

A exploração do trabalho é, dessa forma, elemento central para a obtenção do lucro (da acumulação de capital).¹⁹ Contudo, a exploração da classe trabalhadora assalariada²⁰ para extração da mais-valia não se revela um ato ilícito praticado pelo empresário. Muito pelo contrário. Isso faz parte da "essência do modo de produção capitalista" (SOARES, 2005, p. 12), legitimado assim pelo próprio direito, que garante o aparato jurídico necessário à exploração do capital sobre o trabalho.

Na antiguidade o escravo era tomado como um bem que se encontrava sob a autoridade direta do dono, isto é, como uma coisa essencial para o funcionamento da economia escravagista. De sua parte, a relação senhor/servo é explicável mais pela dependência social do que pelo critério econômico, de modo que o servo “não cumpre os seus tributos para com o senhor senão em razão de uma relação de dominação espiritual e política” (MIAILLE, 1994, p. 116).²¹

Feudalismo e escravagismo caracterizavam-se pela submissão direta do trabalho ao proprietário dos meios de produção. Contudo, no capitalismo, a força de trabalho é apreendida de outra maneira que não pela violência física, coação ou submissão moral, mas por meio de uma relação consentida²²: o contrato de trabalho.

¹⁹Sobre o assunto, ainda Karl Marx (2004a, p. 11): “O dinheiro converte-se em capital, o capital em fonte de mais-valia, e a mais-valia transforma-se em capital adicional. A acumulação capitalista supõe a existência da mais-valia, e esta, a da produção capitalista que, por sua vez, não se pode realizar enquanto não se encontram acumuladas, nas mãos dos produtores-vendedores, massas consideráveis de capitais e de forças operárias. Todo este movimento parece estar encerrado em um círculo vicioso do qual não se pode sair sem admitir uma acumulação primitiva anterior à acumulação capitalista e servindo de ponto de partida à produção capitalista, em lugar de ser por ela originada.”

²⁰A classe trabalhadora aqui mencionada faz referência àquele grupo de trabalhadores imediatamente ligado ao processo de reprodução material da sociedade, que é a única posição compatível com o materialismo histórico fundado no paradigma da produção, sem considerar nesse contexto, por exemplo, os servidores públicos e empregados domésticos (HADDAD, 2004, p. 63). Mas não se desconhece o debate sobre a própria definição da classe trabalhadora, sobretudo as questões relativas aos trabalhadores assalariados qualificados, que dominam o comando e direção das empresas capitalistas, trabalhadores improdutivos, exteriores e interiores à produção, e os trabalhadores produtivos, consoante debate proposto por Fernando Haddad (2004, p. 61-112).

²¹Confirmando o argumento, Karl Marx (2004a, p. 18): “O traço mais característico da produção feudal em todos os países da Europa ocidental é a partilha do solo entre o maior número possível de semi-servos. O senhor feudal era como qualquer outro soberano; seu poder dependia mais do número dos seus súditos que do conteúdo da sua bolsa, isto é, dependia do número de camponeses estabelecidos em seus domínios. O Japão, com sua organização puramente feudal da propriedade e sua pequena cultura, oferece, pois, em muitos pontos de vista, uma imagem mais fiel da idade média européia do que nossos livros de história imbuídos de preconceitos burgueses.”

²²Em continuidade ao tema, Evgeni B. Pachukanis (1988, p. 69): “O escravo está totalmente subordinado ao seu senhor e é justamente por isso que esta relação de exploração não necessita de nenhuma elaboração jurídica particular. O trabalho assalariado, ao contrário, surge no mercado como livre vendedor da sua força de trabalho e, por esta razão, a relação de exploração capitalista se realiza sob a forma jurídica do contrato.”

Para tanto, a força de trabalho deve se apresentar no mercado na forma de mercadoria, capaz de ser assim alvo de cupidez comercial. E tal só pode ocorrer na sociedade capitalista, ambiente em que ocorre a mercantilização universal da força de trabalho, justamente por ser um bem capaz de acumular valor (excedente), a ser apropriado pelos proprietários dos meios de produção.

Tal como colocado por Michael Miaille (1994, p. 119-120), a apropriação do valor derivado do trabalho, pelo proprietário capitalista, vai ocorrer pela mediação do direito, por meio de uma relação jurídica²³ necessária representada por um determinado contrato: a troca da mercadoria força de trabalho por salário.

O indivíduo precisava, então, liberar-se da dependência hierárquica e política oriunda da apreensão direta da força de trabalho pelos donos dos meios de produção.²⁴ Era necessário, pois, abolir a relação que definia a dependência entre o senhor e servo, para poder transformar a força de trabalho em mercadoria.²⁵

²³Karl Polanyi (2012, p. 202) destaca que a força de trabalho transformada em mercadoria decorreu mais da influência dos juristas, e não dos economistas: “A lei comum desempenhou um papel eminentemente positivo no advento do mercado de trabalho – a teoria do trabalho como mercadoria foi apresentada em primeiro lugar, e enfaticamente, não por economistas, mas por advogados. Também no caso das combinações de trabalho e da lei de conspiração, a lei comum favoreceu um mercado livre de trabalho, embora isto significasse restringir a liberdade de associação dos trabalhadores organizados.”

²⁴Como exemplo disso, Karl Marx (1996, tomo 2, p. 342-356) cita a questão dos *enclosures* na Inglaterra, que proporcionou a expulsão dos camponeses de suas terras, convertidos em campos de pastagem, enquanto dos camponeses expropriados e despossuídos emergiria o proletariado moderno, ao migrarem para as cidades na busca do trabalho nos centros industriais; e o protecionismo que garantiu à burguesia industrial o monopólio do mercado nacional, permitindo, pois, a desarticulação dos artesãos, obrigados agora ao trabalho assalariado.

²⁵Isso decorre do próprio momento histórico da formação da ordem capitalista: “O movimento histórico que converteu os produtores em assalariados se apresenta, pois, como sua libertação da servidão e da hierarquia industrial. Por outro lado, estes libertos não chegam a ser vendedores de si mesmos senão depois de terem sido despojados de todos os seus meios de produção e de todas as garantias de existência oferecidos pela antiga ordem de coisas” (MARX, 2004a, p. 14). Sobre a apropriação do trabalho, pela classe burguesa, para caracterização do capitalismo, Maurice Dobb (1973, p. 18-19): “Por modo de produção êle [Marx] não se referia apenas ao estado das forças produtivas – mas ao modo pelo qual os meios de produção eram possuídos, e às relações sociais entre os homens resultantes de suas ligações com o processo de produção. Dêsse modo, o Capitalismo não era apenas um sistema de produção para o mercados – um sistema de produção de mercadorias, como Marx o denominou – mas um sistema de acordo com o qual a força de trabalho ‘se transforma a si própria em uma mercadoria’ e se vendia e comprava no mercado, como qualquer outro objeto de troca. Seu requisito histórico era a concentração da propriedade dos meios de produção nas mãos de uma classe, consistindo de apenas uma parte pequena da sociedade, e o aparecimento conseqüente de uma classe destituída de propriedade, para qual a venda de sua mão de obra era a fonte única de sua subsistência.”

Tinha-se que fazê-la, portanto, propriedade, como um objeto de direito, mercadoria para o mercado, *res* (bem²⁶) que pudesse ser livremente posta em circulação e alienada, como afirmado por Pietro Barcellona (1996, p. 47). Era necessário, principalmente, que a propriedade pudesse ser voltada para o domínio absoluto da pessoa, de modo que seu querer individual pudesse prevalecer sobre a coisa.

A vontade da alienação da força de trabalho, portanto, deveria ser livre.²⁷ Essa liberdade implica reconhecer que o direito de propriedade (*dominium*) é um direito individual sobre a coisa: “*person’s all-embracing legal power over a tangible object*” (RENNER, 1949, p. 81); direito conferido a uma pessoa pela lei, que é absoluto, e passível de ser exigido o seu respeito perante terceiros.²⁸

Como prossegue Karl Renner (1949, p. 81), o conteúdo do direito de propriedade é garantir ao proprietário a capacidade de dispor da *res* de várias maneiras, isto é, a propriedade compreende ilimitadas possibilidades de dispor da coisa, ainda que para destruí-la ou abandoná-la. A maneira de dispor da coisa é um exercício do direito de propriedade, de modo que qualquer restrição (*ex lege ou ex contractu*) quanto a esse poder conferido ao proprietário afeta apenas o exercício por parte deste, não o próprio direito.

Ou seja, atinge apenas a figura do proprietário, não a sua propriedade, de sorte que esta continua praticamente intangível, apta a ser transacionada de forma quase absoluta; e tal vai

²⁶Sobre o caráter patrimonial do bem (*res*), Clóvis Beviláqua (1955, p. 153): “Originariamente essa palavra designava os bens da família; hoje, porém, sua significação é mais lata, e, força é dizê-lo, ainda não muito precisa no estado atual da ciência. Parece melhor fundamentada a opinião dos que o consideram o complexo das relações jurídicas de uma pessoa, que tiverem valor econômico. Assim compreendem-se no patrimônio tanto os elementos ativos quanto os passivos, isto é, os direitos da ordem privada economicamente apreciáveis e as dívidas. É a atividade econômica de uma pessoa, sob o seu aspecto jurídico, ou a projeção econômica da personalidade civil.”

²⁷Para tanto, de acordo com Michael Miaille (1994, p. 118), para a livre contratação ocorrer, o proprietário da mercadoria força de trabalho não pode ser proprietário dos meios de produção. Outra exigência: criar as condições necessárias para que o proletariado nunca tenha a possibilidade de deter completamente os meios de produção. É preciso, para isso, que o trabalhador tenha sido desvinculado completamente dos modos de produção antecedentes, sendo, ao mesmo tempo, separado dos meios de produção capitalista. Uma vez que o trabalhador está isolado economicamente, vê-se compelido a vender o seu trabalho, sua mercadoria de maior importância para o processo produtivo capitalista, mas sem que obrigado (forçado) juridicamente a isso. Isto é, a sua propriedade é absolutamente livre para ser comercializada com os proprietários dos meios de produção, ainda que isso implique uma relação de exploração do capital sobre o trabalho. A contratação da mercadoria força de trabalho, assim, deve ser a expressão de uma vontade, sendo certo que tal relação deve ter o reconhecimento do ordenamento jurídico. Dessa forma, a prestação obrigacional trabalho vai servir como uso produtivo da mercadoria força de trabalho no processo de produção capitalista (MEIRELES, 1990, p. 301).

²⁸“Os direitos reais caracterizam-se principalmente pela vinculação da coisa ao poder de quem é titular do domínio, e com aspecto especial de essa vinculação assegurar ao respectivo titular o seu uso exclusivo, com afastamento de qualquer outro membro da coletividade” (LOPES, 1971, p. 219).

ocorrer com a generalidade das coisas (bens) postas no mundo, por terem uma medida de valor, visto que liberados dos entraves medievais que os impediam de serem postos livremente no comércio, a começar pela própria força de trabalho.

Com efeito, o trabalhador, proprietário da mercadoria força de trabalho, possui uma propriedade (*res*) que não sofre restrição, portanto é livre para ser adquirida no mercado por meio de uma relação contratual. Não há assim imposição direta da vontade do capitalista sobre o trabalhador, tal como ocorria na relação senhor/escravo, porém a satisfação da própria vontade de um quando satisfaz concomitantemente a vontade do outro, na medida em que são livres e autônomos para manifestarem a sua vontade quanto à contratação da força de trabalho, à forma de dispor tal propriedade (KASHIURA JÚNIOR, 2009a, p. 58).

É nesses termos que o direito instrumentaliza a expropriação do sobretrabalho e sua transformação em capital. Sem isso não existiria a sociedade burguesa, de tal sorte que não seriam criadas as precondições necessárias ao surgimento de uma formação social qualitativamente mais avançada, que é o próprio capitalismo, em relação aos modos de produção que lhe foram anteriores.

Tal formação do capital constituiu o modo efetivamente revolucionário de transformação capitalista da antiga economia feudal, conforme asseverado por Karl Marx (1996, tomo 2, p. 339-340). É o processo histórico de separação do trabalhador da propriedade e das condições de seu trabalho que permite a exploração do trabalho assalariado, exploração, entretanto, que não se deixa aparente no cotidiano.

O que torna peculiar a ordem econômica capitalista, nesse aspecto, é que o preço da força de trabalho toma a aparência²⁹ do preço do próprio trabalho. Mesmo que somente uma parte do trabalho diário do operário venha a ser remunerada, enquanto a outra parte fica sem

²⁹Essa aparência sub-reptícia também distingue o trabalho assalariado das outras formas históricas do trabalho. Na lógica do sistema assalariado, até o trabalho não remunerado parece trabalho pago, já que, por contrato livremente entabulado por proprietários iguais, foi vendida a força de trabalho, enquanto nos modos de produção precedentes, ela era extraída compulsoriamente do trabalhador (MARX, 1996, tomo 1, p. 102). No sistema feudal, por sua vez, o servo trabalhava durante a semana três dias na sua própria terra, ou na que lhe havia sido atribuída, e outros três dias laborava compulsória e gratuitamente na propriedade de seu senhor, de maneira que as duas partes do trabalho, a paga e a não paga, aparecem visivelmente separadas, no tempo e no espaço, uma da outra (MARX, 1996, tomo 1, p. 103). Como se nota, a relação explorador/explorado resta bem vinculada. Entretanto, no modo capitalista tal situação vai ocorrer de maneira diferente. A relação de exploração, que lhe é imanente, não é evidente.

remuneração, fica parecendo que todo o tempo gasto no exercício do trabalho é trabalho efetivamente pago.

Isso porque capitalista e proletariado, embora estabeleçam entre si uma relação desigual por natureza, são tidos como iguais, nos termos do relatado anteriormente. Ambos são tidos como proprietários que vão ao mercado para comercializarem a força de trabalho, sustentada por paridade contratual, assim estabelecida na ordem jurídica.

O próprio Adam Smith (1996, volume 1, p. 74-76) reconhece o trabalho (na verdade, força de trabalho) como fonte de valor na economia capitalista. Ele vai afirmar que a comercialização do trabalho, estabelecida entre empregado e empregador, decorre “de uma certa tendência ou propensão existente na natureza humana” (SMITH, 1996, volume 1, p. 73), que é justamente “a [natural] propensão a intercambiar, permutar ou trocar uma coisa pela outra”, tomando isso como uma característica original da raça humana na medida em que outras raças de animais não conhecem esse tipo de enlace contratual.

Tal relação torna-se uma relação universal justamente por ser imanente à “natureza humana”³⁰ promover tal troca mercantil, notadamente se considerado que ela foi estabelecida entre homens livres e iguais, capazes de satisfazer, de modo equiparado, seus interesses particulares.

Por tal raciocínio, ambos sairiam satisfeitos porque devidamente recompensados em seus objetivos de “lucrarem” com a compra e venda da força de trabalho. Faz-se crer, dessa maneira, que a relação capital/trabalho é economicamente compensadora uma vez que estabelece o trabalho criado em tais condições como imanente à natureza humana

³⁰O lucro como objetivo “natural” e imanente a todo ser humano não é tão óbvio assim. Karl Polanyi (2012, p. 48-53) observa que a economia decorre de suas relações sociais, ou seja, não age para salvaguardar os interesses pessoais, mas para preservar uma situação social, o patrimônio social. Os bens pessoais são valorizados desde que atendam esses propósitos. Nas sociedades tribais, o interesse econômico individual não é predominante, pois a comunidade atua para que nenhum dos seus membros passe fome. Sendo assim, a sobrevivência de um indivíduo está atrelada ao destino da própria coletividade; e somente um desastre natural poderia lançar uma pessoa à miséria, já que ela teria alcançado todos os membros da sociedade. Nesse tipo de sociedade, a organização social segue a sua rotina normalmente, de tal sorte que não é preciso qualquer motivação econômica individual. Também não é preciso temer evasão de qualquer esforço pessoal, sendo certo que a divisão do trabalho fica assegurada automaticamente, tudo a garantir a manutenção da vida em níveis adequados. Nessas condições, em tal sociedade é vedada a ideia de lucro, sendo que as disputas e os regateiros são desacreditados. O dar graciosamente é tido como virtude, de modo que não há propensão à barganha, à permuta e à troca. O sistema econômico, nessa configuração, tem função de mera organização social.

(MÉSZÁROS, 2006, p. 131).³¹ Porém, essa relação não permite identificar as diferenças históricas existentes entre uma classe social e outra, bem como as condições políticas e econômicas que definiram a posição de cada qual na sociedade (MARX, 1999, p. 40-43), que traz em seu bojo a exploração capitalista,³² imanente à sua própria essência.

³¹Essa “propensão” cuida do indivíduo que emergiu do capitalismo pela lógica do mercado, não àquele dos modos de produção anteriores: “Vamos tornar mais preciso o que queremos dizer. Nenhuma sociedade poderia sobreviver durante qualquer período de tempo, naturalmente, a menos que possuísse uma economia de alguma espécie. Acontece, porém, que, anteriormente à nossa época, nenhuma economia existiu, mesmo em princípio, que fosse controlada por mercados. Apesar da quantidade de fórmulas cabalísticas acadêmicas, tão persistentes no século XIX, o ganho e o lucro feitos nas trocas jamais desempenharam um papel importante na economia humana. Embora a instituição do mercado fosse bastante comum desde a Idade da Pedra, seu papel era apenas incidental na vida econômica. Temos boas razões para insistir nesse ponto com toda a ênfase de que dispomos. Um pensador do quilate de Adam Smith sugeriu que a divisão do trabalho na sociedade dependia da existência de mercados ou, como ele colocou, da ‘propensão do homem de barganhar, permutar e trocar uma coisa pela outra’. Esta frase resultou, mais tarde, no conceito do Homem Econômico. Em retrospecto, pode-se dizer que nenhuma leitura errada do passado foi tão profética do futuro. Na verdade, até a época de Adam Smith, essa propensão não se havia manifestado em qualquer escala considerável na vida de qualquer comunidade pesquisada e, quando muito, permanecia como aspecto subordinado da vida econômica. Uma centena de anos mais tarde, porém, já estava em pleno funcionamento um sistema industrial na maior parte do planeta e, prática e teoricamente, isto significava que a raça humana fora sacudida em todas as suas atividades econômicas, se não também nas suas buscas políticas, intelectuais e espirituais, por essa propensão particular. (...) Uma série de escritores de economia política, história social, filosofia política e sociologia em geral havia seguido na esteira de Smith e estabelecido o seu paradigma do selvagem barganhador com axioma das suas respectivas ciências. Na realidade, as sugestões de Adam Smith sobre a psicologia econômica do homem primitivo eram tão falsas como as de Rousseau sobre a psicologia política do selvagem. A divisão do trabalho, um fenômeno tão antigo como a sociedade, origina-se de diferenças inerentes a fatos como sexo, geografia e capacidade individual. A alegada propensão do homem para a barganha, permuta e troca é quase que inteiramente apócrifa. A história e a etnografia conhecem várias espécies de economia, a maioria delas incluindo a instituição do mercado, mas elas não conhecem nenhuma economia anterior à nossa que seja controlada e regulada por mercados, mesmo aproximadamente. Isto tornar-se-á perfeitamente claro numa rápida visão da história dos sistemas econômicos e mercados, apresentados separadamente. O papel desempenhado pelos mercados na economia interna de vários países, parece, foi insignificante até época recente e a mudança total para uma economia dominada por padrões de mercados ficará ainda mais ressaltada” (POLANYI, 2012, p. 46).

³²A relação capital/trabalho é um ato de vinculação livre. Sendo assim, a exploração do capital sobre a força de trabalho está escondida por relações jurídicas livres e iguais, oriundas de declaração de vontade de indivíduos independentes. Porém, os seres humanos não são dotados de personalidade jurídica para que possam se relacionar como iguais uns com os outros, mas para que possam se colocar à disposição da exploração (KASHIURA JÚNIOR (2009a, p. 69). Dessa forma ocorre porque as relações de produção capitalista não deixam evidente a apropriação da mais-valia pelo capitalista, visto que, aparentemente, tratar-se-ia apenas de uma mera troca de equivalentes. Com efeito, a troca da mercadoria força de trabalho por salário é a condição de toda a iniquidade do capitalismo, por permitir que venha a ser adquirido por menos do que produz, nos termos da lógica da mais-valia (sobretalho). Como consequência disso, a própria equivalência, imanente aos contratos de troca, resta maculada na relação capital/trabalho (KASHIURA JÚNIOR, 2009a, p. 89). O princípio *suum cuique tribuere* (dar a cada um o que é seu) não se realiza plenamente visto que, pela mais valia, não há equivalência no valor pago pela força de trabalho, pois o capitalista apropria-se de uma parte da prestação laboral do empregador sem remunerá-lo por isso. Ou seja, a relação de exploração do capital sobre o trabalho, uma vez intermediada pelo direito, torna-se não explícita aos olhos do proletariado, o que torna a relação de igualdade com a classe burguesa uma ficção. O capitalismo para existir depende, nesse contexto, da igualdade jurídica e da equivalência tal como estruturada pelas regras contratuais advindas do direito romano e direito canônico, mas agora adaptadas às necessidades capitalistas. É mais importante: a desigualdade, gerada diretamente da igualdade jurídica (formal), não é um acidente, porém uma *conditio sine qua non* para o funcionamento do capitalismo.

Com efeito, há uma economia sem conteúdo histórico, que vai ter na prática socioeconômica do capitalismo, na atividade produtiva ali desempenhada, uma forma universal e absoluta, porque é, assim, "naturalmente" aceita por seus atores (MÉSZÁROS, 2006, p. 87).

A economia política capitalista, por evidente, não podia tomar como seu ponto último a atividade porque tornaria impossível a absolutização de uma forma particular da atividade, que é aquela determinada pela divisão do trabalho, troca mercantil e propriedade privada (MÉSZÁROS, 2006, p. 76-82). Assim porque a lógica do "o homem deve cambiar para não morrer" não é evidente ou verdadeira, visto que nas relações de trabalho é o próprio trabalho que pode existir de outra maneira.

Por tais argumentos, percebe-se que há uma contradição insolúvel entre o "natural" e o "humano", que não pode ser corrigida (ou superada), senão parcialmente, no modo de produção capitalista (MÉSZÁROS, 2006, p. 87). E assim decorre justamente da alienação do homem em relação ao trabalho, que no capitalismo lhe é totalmente estranho, embora imanente à essência humana.

1.3 A ALIENAÇÃO HUMANA NA DOUTRINA MARXISTA

A alienação humana decorre de haver, no processo de produção capitalista, "uma relação que impede e constrange a realização do trabalho como realização da natureza humana" (PEIXOTO, 2010, p. 33). Isso porque a alienação permite a separação do homem do seu objetivo ontológico, que é justamente o trabalho, tomando o humano apenas como um algo material, exterior (a ele mesmo) porque vendável a sua força de trabalho, elemento que lhe deveria ser indissociável (MÉSZÁROS, 2006, p. 72).

A alienação (ou "alheamento"), assim posta, vai significar que o homem não se vivencia mais como agente ativo, como senhor do mundo, mas que o mundo (a natureza, os outros e ele mesmo) permanece alheio ou estranho a ele. Isto é, a alienação permite que homem vivencie "o mundo e a si mesmo passivamente, receptivamente, como o sujeito separado do objeto" (FROMM, 1979, p. 50).

E isso é o contrário de como é (ou deveria ser) pensado o trabalho (atividade), visto que é elemento ontológico do homem, que tem significado positivo (ativo) da atuação deste no mundo. Marx seculariza um termo advindo da tradição judaico-cristã. O homem alienou-se da ordem divina (ou perdeu a "Graça") por ter se desviado dos caminhos de Deus, *exempli gratia*, quando houve a queda do homem do Paraíso ou as idolatrias sombrias da Judá alienada (MÉSZÁROS, 2006, p. 32).³³

Toma-se a idolatria, nos termos propostos por Erich Fromm (1979, p. 51-52). Os profetas entendiam que não era equivocado o homem adorar muitos deuses em prejuízo do monoteísmo. O que era problemático era o fato de eles, esses ídolos, serem obras das mãos do próprio homem, portanto não sujeitos à deificação.³⁴

Embora eles sejam feitos assim, como coisas, o homem curva-se perante eles, transferindo-lhes os atributos de sua vida. Mas o correto seria experienciar-se com o Criador ao invés de entrar em contato consigo mesmo pela adoração dos ídolos. O homem que assim se comporta alheia-se às forças de sua própria vida, à riqueza de suas potencialidades, uma vez que entra em contato consigo mesmo de maneira indireta, pois submetido à vida inanimada dos ídolos.

Ou seja, em linguagem teísta, a alienação equivale ao pecado: a renúncia do homem a si mesmo, o abandono do Deus que existe dentro do homem. O conceito de alienação, nesse contexto, tem por fundamento a distinção entre existência e essência, isto é, no fato de a "existência do homem ficar alheada de sua essência, de na realidade ele não ser o que é potencialmente, ou, por outras palavras, de ele não ser o que deveria ser, e de ele dever ser aquilo que poderia ser" (FROMM, 1979, p. 52).

Tal desencontro do homem consigo, no capitalismo (ápice do processo histórico do alheamento), tem seu *locus* na divisão do trabalho, na propriedade privada e no intercâmbio

³³Segundo Istiván Mészáros (2006, p. 32), a missão messiânica é justamente resgatar o homem desse estado de autoalienação que ele atraiu sobre si.

³⁴Como exemplo disso, a passagem bíblica da idolatria do bezerro de ouro, no momento em que Moisés estava a receber as escrituras sagradas do próprio Senhor. Para a expiação dessa falta dos judeus, Deus ordenou que Moisés derramasse por terra o sangue de milhares de seus conterrâneos.

(troca mercantil) (MÉSZÁROS, 2006, p. 78),³⁵ de tal sorte que o trabalho não representa mais a expressão do poder do homem perante o mundo porque alienado.

Conforme aqui já posto, o trabalho (atividade) é o relacionamento ativo do homem com a natureza, que atua como mediador entre ambos para a transformação do mundo, bem como dele próprio. Mas com a divisão social do trabalho há a separação entre os que dirigem e os que executam o processo de trabalho.

Isto é, a divisão social do trabalho tem origem na venda (intercâmbio ou troca mercantil) da sua força de trabalho para os detentores dos meios de produção, na medida em que, para sobreviver, os trabalhadores se sujeitam ao trabalho assalariado, que é o elemento que permite a acumulação de riqueza (da propriedade privada) dentro do sistema capitalista (MARX, 1996, tomo 1, p. 474-478).

As relações sociais de produção dividem assim os homens entre proprietários (o capitalista) e não proprietários dos meios de produção (o proletariado). Essa relação de exploração acontece sob a forma legal da propriedade privada dos meios de produção, uma vez que o trabalhador se vê obrigado a vender a mercadoria força de trabalho ao capitalista, sendo que este termina por se apropriar da mais-valia.

A divisão social do trabalho, portanto, revela-se como uma divisão no interior da sociedade, em decorrência da classe social dominante apossar-se dos meios de trabalho e expropriar a força de trabalho de outra classe que é despossuída de tais meios.³⁶ O operário ao produzir, em tais condições, produz não para si, porém para o capitalista, organizador do controle e do processo de trabalho, proprietário da mercadoria força de trabalho. Com efeito, "o trabalhador

³⁵Nas palavras do próprio Marx (2004b, p. 155-156): "Que a divisão do trabalho e a troca assentam-se sobre a propriedade privada não é outra coisa senão a afirmação de que o trabalho é a essência da propriedade privada, uma afirmação que o economista nacional não pode demonstrar, e que nós queremos demonstrar para ele. Justamente nisso, no fato de a divisão do trabalho e troca serem figuras da propriedade privada, justamente nisso repousa a dupla demonstração, tanto de que a vida humana necessitou da propriedade privada para a sua efetivação, como, por outro lado, de que ela agora necessita da supra-sunção da propriedade privada. Divisão do trabalho e a troca são dois fenômenos nos quais o economista nacional reclama a sociabilidade de sua ciência e exprime, num só fôlego, sem consciência, a contradição da sua ciência, a fundação da sociedade pelo interesse particular não social."

³⁶Diferente, pois, da divisão técnica do trabalho que é uma divisão necessária no interior do próprio processo de trabalho, entendido aqui como *work* ou trabalho necessário, criador de valores de uso, o que será – ainda mais – uma característica marcante da sociedade do futuro, a divisão social do trabalho diz respeito ao trabalho alienado ou *labour* e não ao trabalho necessário e criativo ou *work* (WAMBIER, 2009, p. 73).

se relaciona com sua própria atividade como 'atividade não-livre', sob o domínio e a coerção de outro, o não-trabalhador" (PEIXOTO, 2010, p. 37).

Uma vez que o produto do trabalho não lhe pertence, mas a outrem que não ele mesmo, o próprio trabalhador produz o domínio capitalista, na medida em que essa alienação de si mesmo se dá na relação que trava com outros homens (MARX, 2004b, p. 86), justamente os beneficiários da mais-valia. Em tais condições há a separação do trabalhador e do objeto criado por ele, de modo que perde o produto do seu próprio trabalho.

Além disso, há a própria transformação do trabalho em mercadoria, que se coloca no mundo em oposição ao homem (PEIXOTO, 2010, p. 37). Isso porque o trabalho não se limita apenas à produção da mercadoria, mas à reprodução de si mesmo, bem como do trabalhador, como mercadoria, enquanto este produz, de fato, as mercadorias em geral (MARX, 2004b, p. 80).

Os produtos do trabalho, então, "assumem uma existência à parte do homem, da sua vontade e de seu planejamento" (PEIXOTO, 2010, p. 37), de forma que a sua atividade não é mais um ato livre, uma plena expressão de suas potencialidades, já que sujeito ao domínio de um terceiro. Sendo assim, o trabalhador confronta-se com o produto de seu trabalho, tomando-o como algo que lhe é estranho e hostil, visto que, ao se separar daquilo que produziu, perceberá que outrem, que não ele próprio, apropriou-se dele (PEIXOTO, 2010, p. 33).³⁷

No ato produtivo, então, a relação do trabalhador com a sua própria atividade é vivenciada (experienciada) como algo que lhe é alheio (ou estranho), isto é, não pertencente a ele como parte de sua natureza humana. Por conseguinte, o produto do seu ofício torna-se uma força autônoma, estranha e exterior a ele, que termina por dominá-lo.

³⁷Nas próprias palavras de Marx (2004b, p. 80-81): "Este fato nada mais exprime, senão: o objeto (*Gegenstand*) que o trabalho produz, o seu produto, se lhe defronta como um ser estranho, como um poder independente do produtor. O produto do trabalho é o trabalho que se fixou num objeto, fez-se coisa (*sachlich*), é a objetivação (*Vergegenständlichung*) do trabalho. A efetivação (*Verwirklichung*) do trabalho é a sua objetivação. Esta efetivação do trabalho aparece ao estado nacional-econômico como desefetivação (*Entwirklichung*) do trabalhador, a objetivação como perda do objeto e servidão ao objeto, a apropriação como estranhamento (*Entfremdung*), como alienação (*Entäusserung*). A efetivação do trabalho tanto aparece como desefetivação que o trabalhador é desefetivado até morrer de fome. A objetivação tanto aparece como perda do objeto que o trabalhador é despojado dos objetos mais necessários não somente à vida, mas também dos objetos do trabalho. Sim, o trabalho mesmo se torna um objeto, do qual o trabalhador só pode se apossar com os maiores esforços e com as mais extraordinárias interrupções. A apropriação do objeto tanto aparece como estranhamento (*Entfremdung*) que, quanto mais objetos o trabalhador produz, tanto menos pode possuir e tanto mais fica sob o domínio do seu produto, do capital."

Sendo que a mercadoria produzida não é apropriada pelo trabalhador como produto de sua criação, o objeto da produção termina por afastá-lo de sua integridade como espécie, visto que seu corpo inorgânico (a conectividade de seu corpo com a natureza) lhe é apartado (FROMM, 1979, p. 53).³⁸ O trabalho capitalista (alienado), além de transformar a atividade (aquela, livre e dirigida pelo próprio trabalhador), também transforma a própria vida do trabalhador como um meio apenas para a existência física, a despeito de suas necessidades não materiais (FROMM, 1979, p. 54-55).

Atente-se, pois, às premissas postas por Karl Marx (2004b, p. 81-85), que confirmam esse argumento.

O trabalhador nada pode criar sem a natureza, sem o mundo exterior sensorial, justamente por ser o elemento que permite a concretização material do trabalho. Entretanto, na mesma medida em que a natureza proporciona os meios de existência para a realização do trabalho, também proporciona os meios de existência (subsistência física) para o próprio trabalhador.

O trabalhador, então, ao se apropriar do mundo externo, por meio da natureza sensorial do seu trabalho (alienado), ele se despoja dos meios de sua existência. Em primeiro lugar porque o mundo exterior sensorial se torna cada vez menos um objeto pertencente ao trabalho dele ou um meio de existência de seu trabalho. Em segundo lugar porque ele se torna cada vez menos um meio de existência para si, mas um meio para a subsistência física do trabalhador.

Da análise desses dois momentos, verifica-se que o trabalhador se converte em escravo do objeto por receber um objeto de trabalho (que é o próprio trabalho) e por receber meios de subsistência, de modo que o objeto o habilita a existir, primeiro como trabalhador, depois como sujeito físico.

³⁸Nesse sentido, o seguinte trecho de *Manuscritos econômico-filosóficos* (MARX, 2004b, p. 81): "O trabalhador encerra a sua vida no objeto; mas agora ela não pertence mais a ele, mas sim ao objeto. Por conseguinte, quanto maior esta atividade, tanto mais sem-objeto é o trabalhador. Ele não é o que é o produto do seu trabalho. Portanto, quanto maior este produto, tanto menor ele mesmo é. A exteriorização (*Entäußerung*) do trabalhador em seu produto tem o significado não somente de que seu trabalho se torna um objeto, uma existência externa (*äussern*), mas, bem além disso, [que se torna uma existência] que existe fora dele (*ausser ihm*), independente dele e estranha a ele, tornando-se uma potência (*Macht*) autônoma diante dele, que a vida que ele concedeu ao objeto se lhe defronta hostil e estranha."

Para a economia política capitalista, a existência humana deixa de ser um meio para manifestação de sua essência para que a essência seja um meio para manter a existência física do homem, uma existência que se justifica somente se puder ser inserida dentro do processo produtivo capitalista.³⁹

A alienação, em outro aspecto, deforma o próprio processo de produção capitalista. Logo, o trabalhador não tem somente uma relação alienada com o produto de sua atividade, mas também aliena a si mesmo no processo produtivo. Se o produto do trabalho é a alienação, com efeito, a própria produção deve ser a atividade da alienação. Isto é, o trabalhador não pode manter uma relação alienada com o produto de sua atividade se não aliena a si mesmo no próprio ato da produção.⁴⁰

Assim ocorre porque o trabalho torna-se um elemento externo ao próprio trabalhador. O trabalho não faz mais parte da sua natureza, de tal sorte que o homem não se realiza mais em sua atividade, porém nega a si mesmo no processo produtivo, sendo passivo a este. Ele nutre assim sentimento de sofrimento em vez de bem-estar, tendo em vista que não desenvolve livremente suas energias mentais e físicas.

O produto do trabalho humano, nesse contexto, é alienado porque deixou de fazer parte da natureza do trabalhador; este não se realiza mais em seu ofício porque não reconhece a si mesmo em sua atividade produtiva. O trabalhador só se sente à vontade, junto a si, em seu tempo de folga, enquanto no trabalho se sente contrafeito.

No capitalismo, portanto, o trabalho não é voluntário, porém imposto, um trabalho forçado decorrente de uma necessidade material premente do trabalhador, embora decorrente de um ato volitivo de compra e venda da mercadoria força de trabalho. Ele não é a satisfação de uma necessidade humana, mas apenas um meio para satisfazer outras necessidades, inclusive a

³⁹Pelo mesmo argumento, a seguinte afirmativa: “Assim, identificando a essência humana com a mera individualidade, a natureza biológica do homem é confundida com a própria natureza, especificamente humana. Pois a mera individualidade exige apenas meios para a sua subsistência, mas não [nas] formas especificamente humanas – humanamente naturais e naturalmente humanas, isto é, sociais – de autorrealização, as quais são ao mesmo tempo manifestações adequadas da atividade vital em um *Gattungswesen*, um ser ‘genérico’” (MÉSZÁROS, 2006, p. 80).

⁴⁰Ainda segundo tal raciocínio: “A alienação do objeto do trabalho simplesmente resume a alienação da própria atividade do trabalho” (MARX, 2004b, p. 82).

física (de subsistência). O trabalho, nessas condições de alienação, é um trabalho de sacrifício próprio. Daí o estranhamento do homem com o objeto do seu trabalho.

Como asseverado por Istiván Mészáros (2006, p. 78), ao emprestar uma linguagem econômica para amparar sua pretensão filosófica, Marx entendeu o trabalho como a mediação fundamental (fator absoluto, de primeira ordem) entre o homem com a natureza, porque a existência humana não é possível sem as transformações da natureza realizadas pela atividade produtiva. Todavia, como visto, tal mediação é substituída por mediações secundárias (propriedade privada, intercâmbio, divisão do trabalho): a mediação historicamente específica, oriunda do modo de produção capitalista.

Eis que as mediações secundárias aparecem como se de primeira ordem fossem, a legitimar como “naturais” as formas de trabalho advindas do trabalho assalariado e da divisão do trabalho (MÉSZÁROS, 2006, p. 79). Ou seja, "a inter-relação original do homem com a natureza é transformada na relação entre trabalho assalariado e capital" (MÉSZÁROS, 2006, p. 82).⁴¹

O que Marx afirma sobre o trabalho é que a satisfação das necessidades espirituais (não físicas) do homem tem seu fundamento ontológico justamente na produção material (buscada diretamente da natureza), necessária também para a satisfação de suas necessidades físicas originais, mediado de formas e maneiras diversas.

E justamente o trabalho (não alienado; atividade produtiva) é o mediador que autoriza o homem a conduzir a sua existência de um modo humano, porque sua capacidade produtiva é internalizada nele. A atividade produtiva, dessa forma, é a fonte de “consciência” (corpo inorgânico) do homem (MARX, 2004b, p. 84-85).

⁴¹O próprio isolamento dos homens no processo produtivo de trabalho induz a mediação principal ser substituída por outras. Assim ocorre porque a divisão social do trabalho estrutura-se sobre o sistema, um complexo de trabalhos úteis que são levados a cabo independentemente uns dos outros. Com efeito, cada trabalhador executa uma operação parcial de um conjunto de operações que são todas executadas simultaneamente, cujo resultado final é o produto social do trabalhador coletivo (MARX, 1996, tomo 1, *passim*). Logo, o trabalho como trabalho alienado não pode exercer adequadamente a função de mediação entre o homem e a natureza porque seu trabalho não é total (não abrangendo o todo do processo produtivo), de tal modo que termina por reificar o homem e suas relações, reduzindo-o a uma condição animal (MARX, 2004b, p. 84-85).

Entretanto, a forma alienada do trabalho torna externa ao homem tal “consciência”, de forma que ela pode ser transformada em mercadoria. Sendo assim, tudo passa a ser reificado, inclusive o próprio homem, que passa a ser "apenas um apêndice desse sistema de determinações econômicas" (MÉSZÁROS, 2006, p. 81).⁴² Ele é confrontado, dessa forma, com objetos (coisas, mercadorias) porque seu corpo inorgânico, essa sua capacidade produtiva, foi externalizada e dele alienado (MÉSZÁROS, 2006, p. 80).

Se até mesmo a atividade produtiva é determinada como mercadoria, e não como algo imanente (e irredutível) à natureza humana, a alienação do trabalho revela que, no sistema capitalista, tudo é passível de ser tratado como mercadoria; tudo e todos são reificados, sujeitos à quantificação ou reduzidos à expressão econômica. A pessoa viva, dessa forma, foi reificada (transformada em coisa, em propriedade) pelo contrato, antes que pudesse ser apropriada pelo seu novo dono (MÉSZÁROS, 2006, p. 38).

Assim se deu porque, findo o feudalismo, houve a desvinculação pessoal do servo do seu senhor. A mão-de-obra farta daí decorrente podia ser explorada livremente para sua inserção no processo produtivo capitalista.⁴³ Para tanto, propunha-se um contrato de trabalho, formalmente correto, com paridade formal no ajuste feito pelos contratantes.

O contrato foi elemento primordial que permitiu a venda da mercadoria mão-de-obra. Substitui as relações feudais rígidas por uma nova "rigidez" que garantiu ao novo senhor (capitalista) o direito de manipular os seres humanos, que agora eram "livres", como objetos. E assim se dá porque os trabalhadores livremente celebraram tais contratos, alienando voluntariamente aquilo que lhes pertence (MÉSZÁROS, 2006, p. 38).

⁴²Daí a seguinte observação de Maurice Dobb (1973, p. 48): “Ao nível de mercado tôdas as coisas disponíveis para a troca, inclusive a mão-de-obra dos proletários, aparecem como entidades semelhantes, porquanto foi feita a abstração de quase todas as demais qualidades, a não ser a de objetos de troca. Daí tudo ser visto, nesse nível de análise, como uma troca de equivalentes; para o processo de troca, o dono de direitos à propriedade contribui tanto quanto o trabalhador, e a essência do Capitalismo, como forma particular de apropriação do trabalho excedente por uma classe possuidora de poder e privilégios econômicos, é oculta assim por escamoteação.”

⁴³Assim se expressou Karl Marx (2004a, p. 14) sobre o tema: “A ordem econômica capitalista saiu das entranhas da ordem econômica feudal. A dissolução de uma produziu os elementos constitutivos da outra. Quanto ao trabalhador, ao produtor imediato, para poder dispor de sua própria pessoa, era-lhe preciso, primeiramente, deixar de continuar ligado à gleba ou enfeudado a outra pessoa; ele jamais poderia tornar-se um livre vendedor de sua força de trabalho, levando a sua mercadoria a toda parte onde ela pudesse ser comprada, sem ter antes escapado ao regime das corporações, com seus mestres, seus jurados, suas leis de aprendizagem etc.”

Destarte, o poder que o proprietário tem sobre a *res* é também o mesmo que permite a ele o exercício do seu poder individual⁴⁴ sobre as pessoas (GRAU, 2003, p. 15), de modo que o exercício de tal poder na esfera privada é legitimado pelo ordenamento jurídico vigente. O homem no capitalismo, nessas circunstâncias, passa a ser uma expressão das relações de produção e circulação (venda) de mercadorias. Seu caráter é programado para transacionar e consumir tudo, de forma que os próprios objetos espirituais, a exemplo dos materiais, tornam-se também objeto de mercantilização. Com efeito, ele passa a ser representado pelo dinheiro (entidade abstrata), perdendo assim as suas características humanas.

Como não se pode dissociar o homem de seus atos (de suas condutas), as próprias relações sociais, em segundo plano, são determinadas pela transformação do concreto em abstrato, tal como ocorre com a reificação do trabalho, a partir da sua conversão em dinheiro. Assim ocorre porque, com o processo de mercantilização das relações sociais, os indivíduos vão sendo educados e moldados pela ação do capital, de tal sorte que passam a existir de forma mercadológica e burocrática, formando assim o caráter do homem na sociedade capitalista, consoante entendimento de Edmilson Ferreira Marques (2010, *passim*).

Verifica-se, nesses termos, que a alienação caracteriza-se pela vendabilidade (transformação de tudo em mercadorias); pela conversão dos seres humanos (e de suas relações sociais) em coisas (processo de reificação); pela fragmentação do tecido social em indivíduos isolados, perseguidores dos seus interesses particulares (MÉSZÁROS, 2006, p. 39).

Dessa forma, a ordem capitalista finca-se na sociedade civil de tal maneira que esta se sustenta necessariamente a partir da conversão das várias áreas da experiência humana em

⁴⁴O argumento não é apenas hipotético ou doutrinário, mas extraído diretamente da realidade das relações sociais. No Rio Grande do Sul, a subsidiária da empresa John Deere, por ordem direta do setor de produção, disponibilizava para seus funcionários o medicamento SLOW-K. Como esse medicamento tem por função reter água no organismo do indivíduo, diminuía-se, então, a intensidade de vezes em que o empregado ia ao banheiro durante a sua jornada de trabalho. O medicamento era distribuído sem recomendação médica ou avaliação clínica dos funcionários, embora seu uso contínuo pudesse ocasionar obstrução intestinal, insuficiência renal e ulceração gástrica, com sangramento. A principal alegação da ação trabalhista foi de que o remédio era fornecido para aumentar o tempo dos empregados trabalhando na linha de produção. O caso foi relatado pela Justiça do Trabalho local, em ação indenizatória movida por familiares de ex-empregado da John Deere, na qual a empresa foi condenada a pagar indenização, por dano moral, de R\$150.000,00 (Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região, 2ª Turma, Recurso Ordinário n. 0000667-45.2011.5.04.0751, Desembargadora Relatora Tânia Maciel de Souza, julgado em 21 de março de 2013, por votação unânime). Tal comportamento segue, pois, a lógica capitalista de usar a força de trabalho da maneira mais adequada aos interesses do capitalista. A situação aqui descrita é análoga ao que comumente ocorre no setor de telemarketing, onde os funcionários são submetidos ao controle de idas ao banheiro, com marcação rigorosa dos minutos gastos no *toilette*.

mercadorias vendáveis. E seu desenvolvimento adequado, em vários níveis, só é possível "enquanto essa mercantilização universal de todas as facetas da vida humana, inclusive as mais privadas," não atingir o seu ponto de saturação (MÉSZÁROS, 2006, p. 39).

E o direito, prioritariamente, deve garantir que assim ocorra.

2. DIREITO CIVIL E O PROCESSO ECONÔMICO CAPITALISTA

2.1 A ABORDAGEM TRADICIONAL DO DIREITO CIVIL: CRÍTICA

Clóvis Beviláqua (1955, p. 57) conceitua o direito civil como “complexo de normas jurídicas relativas às pessoas, na sua constituição geral e comum, nas suas relações recíprocas de família e em face dos bens considerados em seu valor de uso.” O direito civil, nesses termos, é compreendido como uma totalidade que pretende reger o homem em toda a sua existência: do nascimento até a morte, e em todas as suas relações com a natureza, outrem e sua família, a partir de institutos que justifiquem e autorizem seus atos privados.⁴⁵

É complexo de regras do qual não se pode escapar. Concede ao homem capacidade e legitimidade para que possa praticar atos da vida privada, a fim de amealhar patrimônio durante sua vida, bem como usá-lo, gozá-lo e dispô-lo de acordo com sua conveniência. Também não fogem do seu alcance as relações familiares. Regula o vínculo dos consortes e o trato com a prole e os ascendentes, sobretudo quanto ao patrimônio do casal e alimentos devidos direta e reciprocamente entre pais e filhos. Mesmo na morte ainda dita as regras sobre o seu patrimônio terreno: a herança que cabe aos seus iguais.

Por tal disposição, percebe-se que as matérias sob tratamento do direito civil giram em torno dos seguintes elementos fundamentais: pessoa, família e propriedade (AMARAL, 1993, 50). O direito civil parte da pessoa, como conceito de maior extensão e importância no direito. Tutela as relações de família, círculo social básico do indivíduo. Regulamenta os bens sobre os quais a pessoa vai exercer o seu poder, que são divididos em coisas e ações, a justificar a disciplina dos direitos reais e das obrigações. Tudo isso a finalizar no direito das sucessões, com o qual todos os demais ramos do direito civil se relacionam (AMARAL, 1993, p. 50).

Posto de tal forma, o direito civil aparece como uma estrutura jurídica conveniente porque realmente tenciona cuidar dos interesses dos homens em toda a sua extensão, quer seja

⁴⁵Nesse sentido, Cláudio Lembo (1999, p. 182): “É indispensável, ainda, recordar que a codificação [civil] buscou normatizar todos os atos e fatos da vida individual, desde o nascimento até a morte, sem olvidar o campo sensível da propriedade e da posse. Tudo enfim, que dizia a respeito das pessoas, nos múltiplos cenários e aspectos de seu cotidiano e de sua existência, era e é contemplado pelos códigos vigentes.”

consigo, com outrem ou com a natureza, de modo que dele não há o que especular em relação às suas intenções.⁴⁶

Com isso fica estabelecido aquele entendimento ordinário e singelo: o direito apresentado como regra de conduta humana, individual e social, sem a qual não é possível o convívio do homem dentro do seu próprio grupo social, como Michel Miaille (1994, p. 38) observa criticamente; e a doutrina jurídica corrente toma isso como postulado, sem observações mais agudas porque mais preocupada em sistematizar a aplicabilidade dos seus institutos do que analisar as próprias motivações do direito civil.⁴⁷

Como exemplo disso, Pontes de Miranda (1970, tomo 1, p. IX) vai compreender o direito, na ótica do direito privado, como conjunto de regras pelas quais o homem diminuiu o arbítrio da vida social e a desordem dos interesses, bem como o tumulto decorrente “dos movimentos humanos à cata do que deseja, ou do que lhe satisfaz algum apetite.”⁴⁸ E nada parece mais

⁴⁶Nesse sentido, e numa crítica à configuração dos códigos privados modernos, Evgeny B. Pachukanis (1988, p. 83): “Kerner reproduz aqui, pura e simplesmente, o sistema de interpretação do direito das Pandectas, que traz o nome de Hugo Heyese e cujo ponto de partida é, também, o do homem que submete os objetos do mundo exterior (direitos reais), para passar em seguida à troca de serviços (direito das obrigações) e, finalmente, às normas que regulam a situação do homem como membro da família e o destino dos bens depois de sua morte. A relação do homem com uma coisa, por ele produzida ou roubada, ou que constitui também uma parte da sua personalidade (armas, jóias), representa historicamente, sem nenhuma dúvida, um elemento do desenvolvimento da propriedade privada. Ela representa a forma originária, primitiva e limitada, desta propriedade. Contudo, a propriedade privada só adquire um caráter acabado e universal com a passagem à economia mercantil, ou mais precisamente, à economia mercantil capitalista. Ela passa a ser, então, indiferente ao objeto e rompe todos os vínculos com as humanas orgânicas (gens, família, comunidade). Ela surge, em sua significação universal, como ‘esfera externa da liberdade’ (Hegel), ou seja, como realização prática da capacidade abstrata de ser um sujeito de direito.”

⁴⁷O direito civil representou a autonomia do direito, que definia a realidade jurídica como um dado objetivo, apartado da realidade social, econômica e política. Por conseguinte, criou-se uma cultura jurídica formalista avessa às influências das cenas sociológicas, por exemplo, como se o direito fosse imutável, eterno, a-histórico e não-ideológico. Ao construir sistema jurídico dito científico, de caráter essencialmente abstracionista, fê-lo liberto das injunções econômicas e políticas, além de “neutro, categorizado e ordenado logicamente, estruturado sob os fundamentos da razão generalista” (MORAES, 2000, p. 54). Com isso, a pretexto de aspirações de neutralidade científica, estabilidade e unidade lógica, culminou-se na sistematização do direito privado em um único corpo legislativo, o que permitiu, inclusive, a dissipação do conteúdo civilista para todo o mundo de tradição romano-germânica. Tal entendimento era bastante coerente com a lógica individualista do período liberal, no qual o código civil desempenha papel de referência jurídica no âmbito das relações privadas, servindo inclusive como substrato para uma teoria geral do direito.

⁴⁸Sobre o tema, Hans Kelsen (1998, p. 25): “A conduta que uma pessoa observa perante uma ou várias outras pessoas pode ser prejudicial ou útil a esta ou estas pessoas. Vista de uma perspectiva psicossociológica, a função de qualquer ordem social consiste em obter uma determinada conduta para parte daquele que a esta ordem está subordinado, fazer com que essa pessoa omita determinadas ações consideradas como socialmente – isto é, em relação às outras pessoas – prejudiciais, e, pelo contrário, realize determinadas ações consideradas como socialmente úteis. Esta função motivadora é exercida pelas representações das normas que prescrevem ou proibem determinadas ações humanas.”

obedecer tal premissa do que o direito civil, cujo sistema lógico, notadamente a partir da sua codificação,⁴⁹ é tido como modelo⁵⁰ para toda a ciência jurídica (ARNAUD, 1978, p. 49-50).

Contudo, é preciso compreender o direito civil em outros termos, detectar os motivos que o moldaram na forma mercantilizada como é conhecido até hoje, tão apropriada ao modo de produção capitalista porque autorizadora da circulação mercantil.

2.2 A DETERMINAÇÃO DO CAPITALISMO NO DIREITO: CONSIDERAÇÕES

Como visto até aqui, o sistema capitalista assenta-se na vendabilidade de mercadorias e nas relações sociais. Isto é, autoriza que as pessoas possam tornar-se sujeitos econômicos (transvestidos de sujeitos de direito) que se vinculam (contratualmente) para poder fazer a troca mercantil, assegurando assim a circulação das mercadorias. Nesse ponto, outro trecho bem conhecido de *O Capital* (MARX, 1996, tomo 1, p. 206), que resume bem esse aspecto essencial do capitalismo:

As mercadorias não podem por si mesmas ir ao mercado e se trocar. Devemos, portanto, voltar a vista para seus guardiões, os possuidores de mercadorias. As mercadorias são coisas e, conseqüentemente, não opõem resistência ao homem. Se elas não se submetem a ele de boa vontade, ele pode usar de violência, em outras palavras, tomá-las. Para que essas coisas se refiram umas às outras como mercadorias, é necessário que os seus guardiões se relacionem entre si como pessoas, cuja vontade reside nessas coisas, de tal modo que um, somente de acordo

⁴⁹Confirmando o argumento, Luiz Edson Fachin e Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk (2003, p. 93): “É essa a racionalidade que informa a teoria da relação jurídica desenvolvida pela Escola Pandectista alemã, no século XIX, que influenciou as codificações civis. Tendo o Direito positivado modelos para as relações que julga relevantes, ou dignas de regulação e proteção, só pode haver direito subjetivo - e, portanto, direitos fundamentais - no âmbito de tais relações. O Estado-legislador, por meio de tal proceder, impõe molduras jurídicas em que pretende não só abarcar as potenciais relações travadas no mundo dos fatos, mas dirigir o comportamento social ao preenchimento de tais molduras. Os modelos de relações juridicamente relevantes não poderiam, porém, se ater às vicissitudes das relações fáticas. O mundo relevante para o Direito é reduzido, por essa via, a categorias gerais e abstratas. A Escola Pandectista buscou, portanto, criar uma pretensa ‘realidade jurídica’ baseada em modelos: o Direito apreende situações fáticas do passado, positiva no presente por meio de modelos que busquem um máximo de generalidade e de abstração, com vistas a oferecer respostas prévias para o futuro. O Código Civil é visto como um sistema de soluções *prêt-à-porter*. Mais que isso, o Direito se reduz a essas soluções prévias, se reduz aos modelos.”

⁵⁰Ou como posto por Joaquim José de Barros Dias (2002, p. 15), afora o direito civil servir de base negocial de toda e qualquer relação jurídica, ele também se prestou como “pilastra de todo o direito, a espinha dorsal da ciência jurídica, ou a fonte de onde emanavam todos os demais ramos do direito.”

com a vontade do outro, portanto cada um apenas mediante um ato de vontade comum a ambos, se aproprie da mercadoria alheia enquanto aliena a própria. Eles devem, portanto, reconhecer-se reciprocamente como proprietários privados. Essa relação jurídica, cuja forma é o contrato, desenvolvida legalmente ou não, é uma relação de vontade, em que se reflete a relação econômica. O conteúdo dessa relação jurídica ou de vontade é dado por meio da relação econômica mesma.

Como posto no capítulo anterior, o sistema econômico capitalista, para se realizar, reclama a existência de duas relações materiais fundamentais: uma de apropriação da mercadoria força de trabalho pelo grupo capitalista; e outra de não apropriação pelo grupo de trabalhadores.

A propriedade privada dos bens de produção, nessas condições, é tida como um dos elementos fundamentais do capitalismo.⁵¹ Os trabalhadores têm como único meio de sustento o intercâmbio (troca mercantil) entre o preço de sua força de trabalho e o conjunto de bens socialmente produzidos. A troca, portanto, de sua força de trabalho pela parcela correspondente, em seu valor, de tal bem (GRAU, 2011, p. 55).

Ante tal realidade, o direito organiza-se para garantir o funcionamento estrutural do capitalismo a partir desse paradigma. Não se trata, pois, de asseverar que o direito é mero reflexo da economia, conforme poderia se depreender de certa análise do pensamento marxista, quando analisada a questão da estrutura e superestrutura posta por Karl Marx (MIAILLE, 1994, p. 72-74). Aqui se faz referência à relação estrutura/superestrutura posta por Karl Marx em *Zur Kritik der Pol. Oekonomie, 1859* (e comentada novamente por ele próprio em *O Capital*). Assim ele se manifestou naquela oportunidade (MARX, 1983, p. 24):

A conclusão geral a que cheguei e que uma vez adquirida, serviu de fio condutor dos meus estudos, pode formular-se, resumidamente assim: na produção social de sua existência, os homens estabelecem relações determinadas, necessárias, independentes da sua vontade, relações de produção que correspondem a um determinado grau de desenvolvimento das forças produtivas materiais. O conjunto destas relações de produção constitui a estrutura econômica da sociedade, a base concreta sobre a qual se eleva uma superestrutura jurídica e política e a qual

⁵¹ Complementando essa assertiva, Vital Moreira (1987, p. 114): "Sob o ponto de vista da CE não interessa a propriedade em geral mas apenas 'a propriedade econômica' ou 'produtiva', isto é, a propriedade dos meios de produção. É só esta que exerce as funções acabadas de assinalar e é só nela que se assenta a relação econômica fundamental do capitalismo: a relação entre o capitalista e o trabalhador assalariado, a apropriação privada do sobreproduto [mais-valia]."

correspondem determinadas formas de consciência social. O modo de produção da vida material condiciona o desenvolvimento da vida social, política e intelectual em geral. Não é a consciência dos homens que determina o seu ser; é o seu ser social que, inversamente, determina a sua consciência.

Sob esse aspecto, vale destacar de plano que a análise marxista da instância econômica não é estritamente econômica (ou economicista), na medida em que não está isolada da realidade (social, política, cultural, ideológica) em que está inserida (GRAU, 2011, p. 51-56). A instância econômica, como a base da vida social, tem toda a sua existência permeada por todos os aspectos dessa vida social. Estes, de sua parte, sob modalidades diferenciadas, são instâncias da superestrutura possuidoras de desenvolvimento autônomo relativo e influência retroativa sobre a estrutura econômica.

O próprio Engels, após a morte de Marx, como lembra Avelãs Nunes (2007), refutou que a economia seria o único fator determinante a influir na vida social, tomando a assertiva como absurda. O companheiro de letras de Marx é categórico ao afirmar que um elemento histórico, em sinergia com outros elementos, sendo também o econômico o de última instância, age diretamente sobre o meio que o cerca e suas causas.

Para além do determinismo econômico, Marx introduz com isso o debate sobre a produção da vida social; os acontecimentos produzidos pela sociedade dentro de uma teoria da produção da vida social, tal como observado por Michel Miaille (1994, p. 68-82). O termo “modo de produção” não encerra em si o significado econômico (e unilateral) em que é comumente usado. Tal expressão designa notadamente a maneira como uma sociedade se organiza para produzir a vida social. Isso ocorre porque as superestruturas estão estreitamente vinculadas com os problemas encontrados pela sociedade em relação à natureza, isto é, em relação ao modo em que aquela pode subsistir materialmente a partir desta.

Quando os homens se organizam para retirar dos recursos naturais o seu sustento, eles criam a organização econômica, que é determinada pelos problemas que lhes são postos pela natureza (este obstáculo último da liberdade de ação do homem). Uma vez que eles se organizam economicamente para tanto, também o fazem politicamente, socialmente, intelectualmente *etc.* Portanto, a organização econômica que venha a ser concretizada, como sistema de

trabalho fincado no escravo, na terra ou na fábrica, implica determinado tipo de vida social, sistema político e de valores culturais.⁵²

Afora isso, à estrutura (ou infraestrutura), ao lado da instância econômica que lhe é imanente, são agregadas também as instâncias jurídica, política e ideológica,⁵³ porque também integrantes do modo de produção vigente. Tais elementos não são estanques, na medida em que, embora autônomos, implicam-se e se influenciam reciprocamente porque integrantes de um todo, que compõem a unidade do modo de produção.

O direito na ordem capitalista, nesse aspecto, é a tradução da correlação das forças produtivas existentes, de sorte que termina por acolher as contradições (e imperfeições) das relações sociais de tal modo de produção, reproduzindo-as internamente por se tratarem de elementos essenciais do seu discurso (GRAU, 2011, p. 45).

Isso equivale afirmar que o direito percebe as necessidades postas pelo modo de produção, internalizando-as em sua estrutura por meio da positivação das normas (estruturação do ordenamento jurídico) que venham garantir o funcionamento da ordem capitalista. Por tal aspecto, o direito privado é entendido como um complexo de normas, cujo centro de atenção é a propriedade privada, que tem por função justamente expressar uma forma de produção de normas jurídicas individuais adaptadas ao sistema econômico capitalista (GRAU, 2011, p. 118-119).

E vale destacar: é Estado que vai por (positivar) o direito, uma vez reconhecida a relação primigênia estabelecida no seio da sociedade, de modo que a relação econômica pressupõe a lei, porém não a põe, por ser isso uma prerrogativa estatal.

⁵²Complementando a assertiva, Michel Miaille (1994, p. 82): “A conclusão que podemos tirar daí é a seguinte: o conjunto da produção da vida social está ligado à produção material, porque o conjunto da produção da vida social se encontra presente de uma certa maneira na organização da produção material.”

⁵³Novamente Michel Miaille (1994, p. 73): “Assim Marx não pode contentar-se em indicar-nos que a sociedade é um todo: ele acrescenta que este todo é estruturado. Necessário se torna ainda saber como é que ele entende esta estrutura. Ele serve-se então de uma estrutura: base e superestrutura, quer dizer, afinal, dois elementos essenciais da estrutura global. Do texto de 1859, é aliás possível individualizar três níveis nesta estrutura: o nível econômico que constitui a base; o nível jurídico e político; o nível das formas de consciência sociais, o das representações, mais latamente chamado nível ideológico. Assim aparecem os três ‘níveis’. As três instâncias no interior de um modo de produção mas, como se vê a título de imagem ou de hipótese de trabalho, não a título de dogma!”

Percebe-se, nesse contexto, que o direito é “inerente ao contexto social, ao momento histórico, às formações econômicas, à identidade, à cultura e às estruturas políticas dominadas pelo Estado” (MARTINEZ, 2006, p. 156). A ordem jurídica, com efeito, é intrínseca à vida social e econômica, de forma que é possível compreendê-la como intimamente capitalista em toda a sua expressão, do mesmo modo que são a economia e a consciência individual de cada um.

Sendo assim, o direito, como direito do modo de produção capitalista, atua na sociedade civil justamente para que seja estabelecida a troca mercantil, mediando assim as relações de produção que lhes são próprias, visto que estas, de resto, não poderiam se estabelecer e se sustentar sem a forma do direito (GRAU, 2011, p. 59).

Volta-se novamente para aquela relação referenciada por Karl Marx em *O Capital* (1996, tomo 1, p. 206): a relação estabelecida entre os possuidores de mercadorias (proprietários) é justamente a troca mercantil, expressada na forma jurídica de contrato, que é a relação pressuposta e necessária do modo de produção capitalista, sendo que nela está refletida a relação econômica fundamental.

Tal relação, posta na base econômica, reflete o próprio modo de produção capitalista, exigindo do direito um canal de expressão próprio, ou seja, uma forma de concretização, de modo a tornar-se real ao mesmo tempo em que reflete este mesmo modo de produção.

2.3 O CARÁTER PATRIMONIAL DO DIREITO CIVIL NA CONFORMAÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO: A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA

A relação jurídica mantida entre trabalhador e burguês (relação empregatícia⁵⁴), a despeito de qualquer indagação sobre sua natureza,⁵⁵ deriva essencialmente do direito civil, na medida em

⁵⁴O elemento nuclear da relação empregatícia é o trabalho subordinado, isto é, trabalho juridicamente livre, na qual o empregado se sujeita à direção do empregador para a realização da prestação de serviços mediante a retribuição salarial, o que é próprio do modo de produção capitalista. A doutrina trabalhista assim se posiciona sobre o tema: “A relação empregatícia, como categoria socioeconômica e jurídica, que tem seus pressupostos despontados com o processo de ruptura do sistema produtivo feudal, ao longo do desenrolar do processo da Revolução Industrial, é que irá efetivamente se estruturar como categoria específica, passando a responder pelo modelo principal de vinculação do trabalhador livre ao sistema produtivo emergente. Somente a partir desse último momento, situado desde a Revolução Industrial do século XVII (e principalmente século XVIII), é que a

que a compra da força de trabalho por salário tem sua origem no direito obrigacional⁵⁶ (DELGADO, 2011, p. 79).

Foi a *locatio operarum*⁵⁷ romana que deu origem histórica ao contrato de trabalho moderno (GOMES; GOTTSCHALK, 1975, p. 52). Daí doutrina e legislação civilistas terem sistematizado, inicialmente, a relação capital/trabalho, mais como instituto de direito privado, denominado locação de serviços, já que a tutela protetora do empregado, que implicaria na especialização do direito trabalhista como ramo jurídico autônomo, não era consolidada na época da eclosão dos códigos privados (séculos XVIII e XIX).

Em sua redação original, o Código Civil francês regulamentou esse contrato em tópico próprio (artigos 1.780 e 1.781). O Código Civil alemão, de 1896, também regulamentou o

relação empregatícia (com a subordinação que lhe é inerente) começará seu roteiro de construção de hegemonia no conjunto das relações de produção fundamentais da sociedade industrial contemporânea. Apenas a partir do instante em que a relação de emprego se torna a categoria dominante como modelo de vinculação do trabalhador ao sistema produtivo, é que se pode iniciar a pesquisa sobre o ramo jurídico especializado que se gestou em torno dessa relação empregatícia” (DELGADO, 2011, p. 87).

⁵⁵A doutrina parece não ser unânime quanto à natureza do direito do trabalho (DELGADO, 2011, p. 71-76). Historicamente, são quatro as linhas interpretativas dominantes. Primeira, aquela que compreende o ramo justralhista como de natureza privada, pois se trata de relação de caráter preponderantemente particular. Uma segunda entende que o direito do trabalho tem natureza de direito público, ante o teor imperativo das normas trabalhistas e da tendência estatizante das instituições e práticas trabalhistas (natureza paraestatal de sindicatos e o intervencionismo estatal nos procedimentos privados de negociação, como é o caso dos dissídios coletivos). Por outra, o entendimento que o direito do trabalho é um direito social, dado o seu caráter preponderantemente protetor (GOMES; GOTTSCHALK, 1975, p. 42), embora todo o direito deva ser considerado como social (SÜSSEKIND, volume 1, 2002, p. 109). Todavia, e feita a crítica à concepção mista do direito do trabalho, Maurício Godinho Delgado (2011, p. 76) entende que esse ramo jurídico tem natureza unitária: “A concepção unitária, mais correta, do ponto de vista científico, integra-se, naturalmente, ao debate sobre a classificação do ramo juslaboral no Direito Público, Privado ou Social”, na medida em que há “a reunião de institutos de origem diversa no Direito do Trabalho”, o que não lhe retiraria a coerência e a diretriz uniformes.” Com o mesmo argumento, Arnaldo Süssekind (volume 1, 2002, p. 109): “Para Sinzhimer, ao trabalho não corresponde apenas uma relação individual, mas também uma relação social. Para isso, o Direito do Trabalho deve abranger, unitariamente, todas as normas individuais e sociais (sociais puras e sociais mistas), pois somente nesta concepção unitária poder ser reconhecida a ordem jurídica real do trabalho.”

⁵⁶Arnaldo Rizzardo (2006, p. 31) ensina que “o direito das obrigações ultrapassa a mera esfera do Código onde está disciplinado”, expandindo-se para outros ramos jurídicos, como o direito cambiário, direito do consumidor, direito autoral *etc.* Isso porque as relações interpessoais, ao menos aquelas regulamentadas pela lei, são ligadas à noção de obrigação, isto é, a sujeição de uma pessoa a realizar algo em favor de outrem, com todas as consequências advindas daí. De tão importante o direito obrigacional, em território brasileiro foram apresentados dois anteprojetos de códigos de obrigações, de Orozimbo Nonato (1941) e Caio Mário da Silva Pereira (1965), sendo este com aproximadamente mil artigos, tendo o código suíço como paradigma mais relevante.

⁵⁷Sobre esse contrato no direito romano: “A *locatio operarum* era um contrato sinaligmático. (...) Em Roma, o campo de aplicação da locação de serviço (*locatio operarum*) era limitado. Em primeiro lugar, porque a produção da riqueza era tarefa desempenhada pelos escravos. Com muita perspicácia, pondera Morin, que o Direito Romano, regendo a sociedade de base escravagista só admitia o contrato, em tese, para a circulação e distribuição da riqueza. Nestas condições, *locatio operarum* não podia ter tido aplicação constante e freqüente. Em segundo lugar, os romanos não concebiam que o trabalho de certos intelectuais, como os advogados e preceptores, constituísse objeto de locação. Distinguiam as *operare illiberales* das *operales liberales*. A princípio estas não podiam ser remuneradas. Posteriormente, admitiu-se a sua retribuição sob o nome de *honorarium*” (GOMES; GOTTSCHALK, 1975, p. 174).

tema no “Livro das Obrigações”⁵⁸ (§611/§630). O *codex* germânico definiu a fórmula força de trabalho x salário: “Pelo contrato de serviços, fica obrigado aquele que promete serviços, à prestação dos serviços prometidos; a outra parte, [fica obrigada] ao pagamento da retribuição combinada. O objeto do contrato de serviços pode ser serviços de qualquer natureza.”

De sua parte, o Código Civil suíço (artigo 319), de 1907, definiu dita relação nos seguintes termos: “Pela locação de serviço [*Dienstvertrag*], obriga-se o locador [*Dienstpflichtige*] à prestação de serviço por tempo determinado ou indeterminado, e o locatário [*Dienstherr*], à satisfação de um salário [*Lohn*].”

No Brasil, a orientação não foi diferente (KIRDEIKAS, 2003, *passim*). O trabalho mediado pelo salário foi objeto de regulamentação legal, dado que, no século XIX, o Brasil iniciava a transição do escravagismo para um país com economia lastreada na mão de obra assalariada,⁵⁹ como exemplificam a Lei do Ventre Livre e a Lei Áurea. A vinda de estrangeiros também foi importante nesse processo.

O Código Comercial, de 25 de junho de 1850, previa a locação de serviços porém de modo pouco sistematizado, tratando em mesmo tópico a *locatio operarum* e a *locatio operis* (empreitada), com pouca distinção entre um e outro. Afora a sobreposição do contrato de

⁵⁸Ele, inclusive, foi “socialmente moderno” à época, ao cuidar da proteção física do locatário (empregado) no ambiente de trabalho, ainda que de modo bastante incipiente. Isso, porém, não desnaturou o caráter burguês e individualista do Código Civil alemão. Sobre o tema, ao analisar a codificação germânica, Clóvis Beviláqua (1906, p. 40) manifestou-se nos seguintes termos: “Por ocasião de se discutir o código civil alemão, agitou-se, como era de prever, a questão social e nas disposições d'elle penetraram algumas gottas de socialismo. Aos proceres da escola pareceram mesquinhas essas concessões que não conseguiam obliterar a nodoa de burguezismo que, por igual, delustra os codigos civis imperantes.”

⁵⁹É desse período a formação de um mercado de trabalho regular para a agricultura e os centros urbanos, com a oferta permanente de mão de obra, como reclamado pelo capitalismo. Porém, a potencial massa de trabalhadores, surgida com o fim do escravagismo e ingresso de imigrantes, não implicou o surgimento de uma oferta regular de força de trabalho. Daí o Estado garantir a disciplina do trabalho regular, viabilizando ao capital a mão de obra necessária, sobretudo para o campo. A formação de um mercado de trabalho regular, onde os libertos foram convertidos em proletários, implicou também a imposição de uma certa disciplina para o trabalho (KIRDEIKAS, 2003, p. 2). A consolidação do mercado de trabalho capitalista deveria, portanto, garantir a produção e a reprodução do modo de produção capitalista, de modo que produtos, máquinas, dinheiro, força de trabalho deveriam ser convertidos em mercadorias para o capital. Por isso o surgimento de diversas legislações de repressão à vadiagem, obrigando pobres, vagabundos e marginais a trabalharem, senão seriam penalizados a algum tipo de trabalho forçado (KIRDEIKAS, 2003, p. 3). Foi preciso, então, a promulgação de leis que promovessem disciplina, controle e treinamento dos escravos libertos, de modo a convertê-los em proletários. Por exemplo, decreto n. 4.960 de 5 de maio de 1872, que cuida especificamente da educação para o trabalho por meio de concessão gratuita de terrenos devolutos. O governo pretendia que os particulares construíssem colônias agrícolas ou estabelecimentos industriais em terra devolutas para que fossem empregados os escravos libertos e houvesse a promoção da educação dos menores por meio do trabalho.

locação de serviço comercial em relação ao de serviço civil,⁶⁰ o *codex* comercial tinha como escopo principal reger a indenização por danificação de meios de trabalho do locatário, cometidas pelo subordinado, e a aplicação de multa decorrente do aliciamento direto ou indireto de empregados alheios.

A relação trabalhista permanecia, de certo modo, em suspenso, regulamentada por normas esparsas. Prova disso é que era delegada aos Estados da Federação a normatização da locação de serviços, notadamente aquela de natureza agrícola, como exemplificam o decreto n. 2.827, de 15 de março de 1879, e o decreto n. 213, de 22 de fevereiro de 1890.

Uma tentativa de regulamentação mais sistemática do contrato de locação de serviço ocorreu com a Consolidação das Leis Civis (1858), de Augusto Teixeira de Freitas, que foi o verdadeiro Código Civil do Brasil durante mais de meio século (1858-1917). O civilista tratou sistematicamente do tema⁶¹ (artigos 679 e seguintes), abordando também o trabalho do estrangeiro. Apesar disso, outras normas continuavam a tratar do tema, como exemplifica o decreto n. 1.162, de 12 de dezembro de 1890, que garantia a liberdade da livre escolha do empregador por parte dos trabalhadores.

O Projeto de Código Civil, de Antônio Coelho Rodrigues (cf. 1980), regulou várias espécies de locação de serviços na parte de “Direito das Obrigações” (artigo 766), tratando da empreitada em tópico próprio (artigo 776 e seguintes). Já o serviço doméstico também seguiu na parte de “Direito de Família” (artigos 352 e seguintes).

⁶⁰Daí Augusto Teixeira de Freitas (2003, volume 1, p. 446) ter afirmado: “Qual a locação civil de serviços, qual a comercial? Questão difícil, que depende de minuciosa analyse.”

⁶¹A locação de serviço consta do 2º Livro, em apêndice, juntamente com os direitos de família, e trata preponderantemente do trabalho doméstico. Isso porque, na época, os criados eram tidos como acessórios da entidade familiar seguindo, assim, o exemplo das codificações da Prússia e da Luisiana, que também tratam “dos domésticos e servos em continuação dos direitos de família.” (FREITAS, volume 1, 2003, p. LIX). Tal patriarcalismo também é refletido no Código Civil de 1916, que privilegiou a manutenção do patrimônio do chefe de família (marido) dentro do grupo familiar regularmente estabelecido (e socialmente aceito), como é exemplo o direito incondicionado do testador gravar os bens dos herdeiros. Orlando Gomes (2006, p. 22) observa que o *codex* refletiu, assim, as aspirações e modo de vida das elites, concebido de acordo com a representação que, no seu idealismo, fazia da sociedade, que deveria seguir sua imagem e semelhança. Isso implica reconhecer que, notadamente no início do século passado, não foram levados em consideração os sentimentos ou as necessidades de outras partes da população, especialmente a mais pobre.

A contratação da força de trabalho, como “obrigação de fazer”, ingressa no direito positivo brasileiro, de maneira mais organizada,⁶² no Código Civil de 1916 (artigo 1.216). Clóvis Beviláqua (1979, volume 2, p. 323), fiel aos ditames da *obligatio*,⁶³ aponta que a locação de serviço é o contrato pelo qual uma pessoa se obriga a prestar certos serviços a outrem mediante remuneração,⁶⁴ que tem como objeto a pessoa do empregado (operários, urbanos e rurais, empregados do comércio, professores *etc.*).

Tomando como paradigma o Código Napoleônico, o primeiro similar brasileiro também tinha caráter liberal conservando-se fiel ao do individualismo⁶⁵ jurídico do período revolucionário burguês. Ou seja, o direito civil moderno regrou o vínculo de trabalho por meio de normas de serviços assegurando às partes interessadas, na sua constituição, a mais ampla liberdade para estipular as cláusulas contratuais (GOMES, 2006, p. 40).

⁶²Interessante notar que Clóvis Beviláqua (1979, volume 2, p. 324), em seus comentários à codificação que foi aprovada, discorda do que promulgado pelos legisladores, nesse ponto, porque alterado substancialmente o projeto original: “O projeto primitivo tenta dar, em preceitos genéricos bastante amplos, expressão às necessidades comuns das várias relações jurídicas, em que o trabalho é a prestação de um dos contratantes. (...) As revisões sucessivas não adotaram a mesma orientação e, daí, resultou que esta seção se mostre incompleta, anacrônica e, tecnicamente, defeituosa.” E apesar do seu caráter burguês, Clóvis Beviláqua (1906, p. 337) mostrou preocupação, no projeto primitivo, quanto ao trabalho dos menores e à higiene do ambiente de trabalho: “Locação de Serviço - Excluíram-se desta seção (arts. 1.219 a 1.238) artigo cuja falta importará sensível lacuna em nosso Código Civil. Tracta-se do serviço de menores. Si o Código guardar silencio estarão os tutores e quaesquer pessoas a cuja guarda forem elles confiados, em regras que lhes dirijam o proceder, o que sobremodo ha de pesar em detrimento do menores e dificultar a benefica intervenção do juiz. Além do serviço do menores, tractam esses artigos suppressos de certas condições de hygiene que, a exemplo do código allemão, deve o brasileiro exigir em garantia dos operarios. Consignada na lei civil tal exigencia, importa um direito para o trabalhador, além de que a hygiene publica sómente nas capitaeas e cidades mais populosas está organizada entre nós.” Como anota Orlando Gomes (2006, p. 42), “afora essa questões de ordem, a codificação da locação de serviços efetuou-se sem despertar maior controvérsia, a revelar que, nesse ponto, o contrato não adquirira, entre nós, a importância que possui no regime econômico do qual o Código viria a ser expressão jurídica.”

⁶³A conceituação da obrigação civil teve facetas diversas ao longo da história do direito. Percebe-se, entretanto, que um elemento permaneceu presente em todas as definições: o *iures vinculum*. Nas institutas romanas lá está ele presente, a ideia de vinculação, de liame, de cerceamento de liberdade de ação em favor de pessoa determinada, conforme se depreende do estudo da etimologia do seu termo em latim, a *obligatio*. Desta forma, o Direito Romano legou para a posterioridade a sua definição: “*Obligatio est iure vinculum quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei, secundum nostrae civitatis iura*” (PEREIRA, volume 2, 1996, p. 2). Daí o conceito que lhe foi dado por Orlando Gomes (1995, p. 9): “Obrigação é um vínculo jurídico em virtude do qual uma pessoa fica adstrita a satisfazer uma prestação em proveito de outra.”

⁶⁴Entre outras características desse tipo contratual, J.M. Carvalho dos Santos (1964, volume XVII, p. 217) afirma que a locação de serviços é contrato “bilateral ou oneroso. É consensual, embora possa ser verbal ou por escrito, sendo certo que predomina o acôrdo verbal, se bem que algumas vezes se apresenta com os característicos de um verdadeiro contrato de adesão.”

⁶⁵E não poderia ser de outra forma. Na contraposição dos valores individuais e da questão social no Projeto do Código Civil, Clóvis Beviláqua (1906, p. 42-43) assim se posicionou: “Cumprer evitar do individualismo o que elle contém de exaggeradamente egoistico e desorganizador, mas não é perigo menor resvalar no socialismo absorvente e aniquilador dos estímulos individuais. E falo somente desse socialismo que se nos apresenta como uma solução empirica da duras contingencias do presente, e não desse producto genuino da anarchia mental que investe contra a organização da propriedade, da família e do governo, sem saber que força hão de substituir a essas que pretende eliminar.”

Nesse contexto, as condições da prestação laborativas “deveriam ser deixadas à vontade dos contratantes. Em nenhum território do direito contratual caberia maior amplitude ao princípio da autonomia da vontade” (GOMES, 2006, p. 40), na medida em que o individualismo jurídico era infenso a toda regulamentação legislativa do trabalho.

A especialização desse contrato, com a maior proteção aos empregados e intervenção estatal na liberdade contratual, significou o deslocamento da relação jurídica do campo do direito civil para o direito do trabalho, ramo autônomo do ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo com a vigência da Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943).

Ou seja, o Estado foi forçado a intervir nas relações entre empregados e empregadores com propósito de torná-las mais justas, uma vez que a igualdade jurídica de ambos não desnaturou a desigualdade econômica existente entre eles,⁶⁶ a fim de coibir os abusos que se praticavam sob o mando da liberdade contratual (GOMES; GOTTSCHALK, 1975, p. 183), como bem exemplificam as jornadas de trabalho de mais de 12 horas diárias, que, inclusive, eram impostas às crianças.

Embora explícito o caráter de proteção do direito do trabalho, isso não implicou a ruptura com o modelo econômico capitalista. A subordinação do trabalhador ao capitalista, mediante a remuneração salarial, ainda persiste. A exploração capital/trabalho mantém-se intacta por meio das regras do direito obrigacional, a despeito das medidas protetivas ao empregado da legislação trabalhista (que, sim, melhoram substancialmente as condições para que o empregado pudesse realizar a prestação de serviço).

O que se pretende ressaltar aqui é o caráter patrimonial da relação jurídica mantida entre empregado e empregador, ou seja, a prestação do trabalho como objeto da *obligatio* havida

⁶⁶Sobre o tema, Segadas Vianna (volume 1, 2002, p. 38): “Em nome da liberdade, que não podia sofrer restrições sobre o pretexto da autonomia contratual, abstinha-se, entretanto, o legislador de tomar medidas para garantir uma igualdade jurídica que desaparecia diante da desigualdade econômica. (...) Na verdade, o Direito apenas garantia a riqueza patrimonial do homem, esquecido de que este, além dos bens materiais, tinha direitos morais que necessitavam ser protegidos, e que a própria dignidade humana estava rebaixada diante da opressão econômica. Essa proteção absoluta do individual teria, fatalmente, de se chocar com os próprios interesses do Estado, em face da existência de conflitos que agitavam a sociedade.”

entre eles e que, por isso mesmo, deve ter um caráter econômico⁶⁷ bem definido, na medida em que o direito das obrigações é essencialmente um direito das relações econômicas (cf. PEREIRA, volume 2, 1996).

E tal vale mesmo se considerarmos a codificação civil de 2002, mesmo diante do seu caráter “humanista”, com a afirmação da pessoa humana como o valor principal do direito civil. Arnaldo Rizzardo (2006, p. 34) ensina que, segundo o *codice* vigente, manteve-se intacta a estrutura imanente à relação obrigacional, quais sejam, *iures vinculum*, objeto⁶⁸, credor e devedor.

Como analisado adiante, é pela economicidade do direito obrigacional (patrimonial) que a dignidade humana (direito pessoal) é regulamentada pelo direito civil, na medida em que o ser humano ingressa *in totum* no processo econômico capitalista ao transmutar-se em mercadoria quando da venda da força de trabalho por salário, consoante argumento de Henrique da Silva Seixas Meireles (1990, *passim*).

2.4 A FORMA JURÍDICA COMO FORMA MERCANTIL: A CONSTRUÇÃO DA ESFERA PRIVADA DO DIREITO

Dado o tipo de interligação do modo de produção capitalista e o direito, vale argumentar que este não pode ser reduzido apenas à expressão ideológica, de dominação e exploração da burguesia sobre o proletariado para acumulação do capital (GRAU, 2011, p. 58). É preciso, pois, análise mais detida dos elementos econômicos e históricos que conformam o fenômeno jurídico assemelhado à forma mercantil (valor da mercadoria).

⁶⁷Por definição, o objeto da relação obrigacional deve ter conteúdo econômico, ser suscetível de avaliação pecuniária. Em termos mais precisos, novamente Orlando Gomes (1995, p. 16): “O interesse não precisa ser econômico, mas o objeto da prestação há de ter conteúdo patrimonial. Na sua contextura, a prestação precisa ser patrimonial, embora possa corresponder a um interesse extrapatrimonial. A patrimonialidade da prestação, objetivamente considerada, é imprescindível à sua caracterização, pois, do contrário, e segundo ponderação de Colagrosso, não seria possível atuar a coação jurídica, predisposta na lei, para o caso de inadimplemento.”

⁶⁸Além disso, como lembra Clóvis Beviláqua (1977, p. 30) o objeto da obrigação deve se revestir de um caráter externo e deve ser suscetível de submissão a uma vontade estranha. Nesses termos, a força de trabalho se encaixa plenamente nas premissas do direito obrigacional porque ela, na qualidade de mercadoria que é, submete-se ao interesse e direção do contratante (empregador).

No curso da história, verifica-se que quando um grupo social alcança hegemonia esforça-se para organizar a sua dominação para todo o tecido social, impondo aos demais uma “regra do jogo”, que garante ordem, prosperidade e paz em favor daqueles que a ela aderem. Assim foi na era romana (*pax romana*), no medievalismo cristão (*pax ecclesiae*) e agora no capitalismo, com a instauração da paz para os detentores do capital (ARNAUD, 1978, p. 39-40).

Isso porque esse modelo fundamental de troca mercantil travada entre os sujeitos de direito, que se relacionam (contratualmente) para tanto, não representa a ordem jurídica geral da sociedade civil que vai estabelecer a forma de ser da economia. Pelo contrário. Ele representa a ordem jurídica da economia dos detentores do capital, que termina por se estender para toda a sociedade civil, porque fundamental na sustentação do capitalismo.

Isto é, a ordem jurídica da sociedade civil é a ordem jurídica burguesa, o que implica a identificação da sociedade econômica burguesa com toda a nação (MOREIRA, 1987, p. 66). Contudo, tal percepção do direito nem sempre se mostrou tão evidente. Aos primeiros estudiosos marxistas do direito, em especial do período revolucionário soviético (MIAILLE, 1994, p. 78-79), pareceu suficiente introduzir um caráter idealista para que se pudesse extrair daí uma teoria do direito marxista (MEIRELES, 1990, p. 9).

Os debates, então, limitavam-se ao campo ideológico (senão psicológico), no qual o pensamento jurídico burguês opunha-se ao pensamento jurídico proletariado. Sendo assim, ao emprestar uma linguagem jurídica à luta revolucionária, certos juristas criam que isso seria o bastante para desnaturar o caráter capitalista do direito. Por essa proposta, adaptavam-se os conceitos revolucionários aos institutos jurídicos que lhes eram conhecidos, de índole burguesa, tais como sujeito de direito e direito subjetivo, de tal sorte que apenas trocava-se uma legalidade por outra (MASCARO, 2010, p. 463).

Embora tenha destoadado um pouco desse pensamento, por também relacionar o direito com as relações de produção (propriedade, contrato de compra e venda, troca mercantil), mesmo Pëtr I. Stucka (cf. 1988) vai compreendê-lo essencialmente como uma expressão direta da luta de classes, vinculando-se desse modo o espírito revolucionário e a consciência da classe

trabalhadora a certo tipo de direito socialista, mitigando assim a importância das relações econômicas capitalistas travadas no interior da sociedade.⁶⁹

Por esse tipo de pensamento depreendia-se a denúncia de um sistema opressor, inclusive por uma linguagem de economia política, que reclamava a transformação social por meio da ação revolucionária,⁷⁰ sustentada inclusive pela violência física.⁷¹ Daí decorre um tipo de entendimento predominante do direito de cunho dogmático-ideológico, que retrata a história das formas econômicas a partir de acentuado traço jurídico, mas insuficiente para análise de uma teoria geral do direito, uma percepção mais adequada e detalhada das instituições jurídicas capitalistas (MEIRELES, 1990, p. 10).

Tal modo de pensar o direito, em detrimento do seu sentido teórico-crítico, explica a ordem jurídica a partir das necessidades fundamentais da sociedade, bem como o fato de as normas postas tutelarem os interesses materiais de determinada classe social em prejuízo (e para dominação) de outra (MEIRELES, 1990, p. 11).

Não é analisada, entretanto, a regulamentação jurídica em si, enquanto forma, a fim de uma compreensão mais detalhada do fenômeno jurídico, vinculando-o ao modo de produção vigente (PACHUKANIS, 1988, p. 21). Portanto, pensar o direito (conteúdo material da

⁶⁹Nesse sentido: “A identificação direta do direito com as relações de produção constitui o mais importante do entendimento do fenômeno jurídico, aquilo que Stutchka considera a forma jurídica concreta. Mas o todo do direito, para Stutchka, além da forma jurídica concreta apresenta ainda pequenas variações e nuances, que nunca são estruturais, mas apenas perfazem um quadro periférico das distinções e variações ao nível ideológico. Quanto a essas rebarbas do direito que excedem a infraestrutura, Stutchka identifica duas relações superestruturais: o direito enquanto forma abstrata e o direito enquanto forma ‘intuitiva’. Quanto ao direito como forma abstrata, refere-se Stutchka a eventos jurídicos despregados da sua concepção imediata com as relações de produção. A norma jurídica tem o condão de criar alguns espaços originais e isolados de construção jurídica. Assim sendo, revela-se, em tal ponto, a crueza do normativismo jurídico, desconectado de relações concretas no nível produtivo. O formalismo jurídico responde por tal momento. No que tange à forma intuitiva, nela se revela o nível psíquico do jurista, suas atitudes, emoções, sentimento, consciência. Trata-se do nível subjetivo do direito, relacionado ao seu aplicador” (MASCARO, 2010, p. 465-466).

⁷⁰Sem diminuir a importância da percepção de Stucka sobre o direito, importante para a compreensão do direito na esfera capitalista, notadamente no seu aspecto ideológico, porém seu entendimento decorre, sobretudo, de suas funções diretivas dentro do Comissário do Povo para a Justiça. À época da revolução soviética, ele precisava elaborar um modelo jurídico que justificasse os propósitos do Estado revolucionário que surgia dali. Não à toa veio definir o direito como sistema de relações sociais que age no interesse e preservação da classe dominante, salvaguardando-o inclusive pela violência estatal. Dessa forma, estabeleceu, no nível jurídico, a oposição capital/trabalho, na qual o processo revolucionário soviético se punha do lado do proletariado.

⁷¹Como exemplo do papel da violência no pensamento marxista, o seguinte trecho: “Os comunistas recusam-se a dissimular suas concepções e propósitos. Proclamam abertamente que seus objetivos só podem ser atingidos pela derrubada violenta de toda ordem social passada. Que as classes dominantes tremam à ideia de uma revolução comunista. Os proletários nada têm a perder, exceto seus grilhões. Têm um mundo a ganhar. Proletários de todos os países, uni-vos!” (ENGELS; MARX, 2001, p. 83-84).

regulamentação jurídica) apenas como um produto da hipocrisia burguesa para opressão do proletariado não foi suficiente.⁷²

Por isso é importante a posição de Evgeni B. Pachukanis sobre o assunto. Isso por ter estabelecido uma doutrina do direito que fosse a expressão da troca mercantil, equivalendo a forma jurídica à forma mercantil, numa crítica à obra de Stucka.

Segundo esse autor afirma em *Teoria geral do direito e marxismo* (1988), o direito não é reduzido à questão ideológica (ou psicológica), mas se relaciona diretamente à transformação jurídica das relações humanas, que é concomitante ao desenvolvimento do mercantilismo e do monetarismo. Isso implica a necessidade de uma abordagem (crítica) do direito em outros modos, sobretudo como forma histórica determinada (específica).⁷³ Seria possível, pois, compreendê-lo como decorrente das estruturas econômicas do capitalismo (PACHUKANIS, 1988, p. 21), como dado real e concreto da vida,⁷⁴ e não como algo hipotético ou ideológico.

As categorias abstratas que lhe dão suporte, para além de estados subjetivos da consciência, vão exprimir “a estrutura lógica das relações sociais que se ocultam por trás dos indivíduos e que ultrapassam o quadro da consciência individual” (PACHUKANIS, 1988, p. 34). E a estrutura lógica das relações no capitalismo é a própria lógica da troca mercantil.

Cumprir estabelecer, então, os conceitos mais abstratos e nucleares do direito que possam ser utilizados em toda extensão das ciências jurídicas,⁷⁵ como por exemplo, norma jurídica,

⁷²Como crítica a abordagem apenas ideológica (e psicológica) do direito, sem considerar a essência do que expresso pela relação jurídica: “A natureza ideológica de um conceito não suprime a realidade e a materialidade das relações por ele expressas” (PACHUKANIS, 1988, p. 39).

⁷³Em favor de uma crítica do direito liberal pela doutrina marxista, em vez de uma teoria geral de direito marxista, o seguinte texto: “Nesta linha o que se propõe no texto não é fazer-se uma teoria marxista do Direito e portanto não se procura ingenuamente alargar o campo deixado em aberto por Marx desde os *Grundrisse*, mas apenas fazer-se uma crítica histórica das categorias da ‘ciência jurídica’ e do seu funcionamento histórico-ideológico na sociedade capitalista a partir do método lógico-histórico instaurado na *Introdução* de 1857 e que Marx utiliza n’*O Capital (crítica da economia política)*” (MEIRELES, 1990, p. 11).

⁷⁴“O direito considerado como forma, não existe somente na cabeça das pessoas ou nas teorias dos juristas especializados; ele tem uma história real, paralela, que tem seu desenvolvimento não como um sistema conceitual, mas como um particular sistema de relações” (PACHUKANIS, 1988, p. 12).

⁷⁵Ainda segundo Evgeni B. Pachukanis (1988, p. 21): “Tal modo de proceder deve, até certo ponto, considerar-se como justificável. Podemos, por exemplo, tratar a história econômica negligenciando completamente as sutilezas e os pormenores da teoria da renda ou da teoria do salário. Mas, que diríamos de uma história das formas econômicas onde as categorias fundamentais da teoria da economia política, Valor-Capital-Lucro-Renda etc. se diluíssem no conceito vago e indiferenciado de Economia? Não ousaríamos sequer evocar o acolhimento que receberia tal gênero de tentativa que pretendesse apresentar semelhante história econômica como uma teoria da economia política.”

sujeito de direito e relação jurídica, a despeito do teor (e da mutabilidade) do seu conteúdo, mas que sejam suficientes para exprimir o modo de produção em que estão inseridos (PACHUKANIS, 1988, p. 15).

A proposta é de uma análise materialista que não aborde tão somente o conteúdo do direito, mas também à sua forma distintiva. Em outra linguagem: “o aparato de direitos e deveres atribuídos aos sujeitos de direito e os processos de raciocínio jurídico pelos quais as relações jurídicas são constituídas e analisadas” (COTTERRELL, 2009, p.106). Ou como colocado por Evgeni B. Pachukanis (1988, p. 46): o modo como as relações sociais transformam-se em instituições jurídicas.

O direito é pensado, nesses termos, como fenômeno histórico específico, que expressa uma forma específica de relação social de produção, sendo que a sua existência prende-se à existência de tal modo de produção (PACHUKANIS, 1988, p. 35). Para o caso do direito capitalista, a universalidade das suas categorias jurídicas exprime um determinado aspecto da existência de um determinado sujeito histórico: a produção mercantil da sociedade burguesa.

O que se passa, pois, é propor uma abordagem de direito na sua forma mais clara e acabada que seja suficiente para uma determinada época história, ao invés de uma proposta de direito que sirva “indiferentemente para todas as épocas e todos os estágios do desenvolvimento da sociedade humana” (PACHUKANIS, 1988, p. 23). Em outros termos: revelar o modo como as instituições jurídicas expressam as relações sociais de certa época histórica, na sua condição mais abstrata e pura, para depois se seguir por complexidade progressiva até o concreto histórico (NAVES, 2008, p. 46-47).

Assim ocorre porque, no pensamento marxista, a história não se apresenta de forma linear, senão em saltos dados a partir da ruptura⁷⁶ (social, cultural, política, econômica) de um modo de produção que é substituído por outro pelas revoluções sociais, tal como foi o feudalismo

⁷⁶Sobre o tema, a seguinte assertiva: “Trata-se do pensamento de ruptura – cada forma social torna-se o que é a partir de uma ruptura – e do acidental – as singularidades históricas não são descartáveis, mas essenciais para a teoria. Assim, por exemplo, o Estado se torna o que é com o deslocamento entre público e privado, a partir do qual uma da modalidade histórica de ‘autoridade política organizada’ rompe com todas as demais. O direito, por sua vez, torna-se o que é a partir da generalização da circulação de mercadorias, cuja consequência necessária é a generalização dos sujeitos de direito, evento singular que determina a ruptura pela qual o direito conquista plena autonomia quanto às esferas sociais contíguas (moral, religião, política etc.). A consideração de ruptura com as formas anteriores é condição sem a qual para o conhecimento aprofundado do direito em sua feição atual” (KASHIURA JÚNIOR, 2009b, p. 120).

em relação ao escravagismo e o capitalismo em face do próprio feudalismo (KASHIURA JÚNIOR, 2009b, p. 120). Para cada um desses períodos, houve um direito próprio que refletiu o modo de produção que lhe era imanente, revelando, mais do que isso, a maneira como as regras jurídicas eram estabelecidas na sociedade pelo grupo hegemônico, como de resto se dá com as demais relações sociais.

Isso não significa que as características das relações sociais do modo de produção suprimido sejam abandonadas por completo (MARX, 1999, *passim*). Elas podem subsistir, mas ganham contornos próprios, adequados ao momento histórico em que estão inseridas. Na linha evolutiva da história, “a sociedade burguesa é a organização histórica mais desenvolvida [em relação às que lhe foram anteriores], mais diferenciada da produção” (MARX, 1999, p 43).⁷⁷

Se assim ocorre é porque ela consegue exprimir também, além de suas características estruturais próprias, a estrutura e as relações de produção de todas as formas de sociedade já existentes anteriormente, que continuam, ainda que de forma parcialmente ultrapassada, a subsistir nela (MARX, 1999, p 41).

A partir dessa constatação, Karl Marx faz uma abordagem das categorias do presente e do passado para compreensão da evolução dialética do próprio processo histórico. Isso porque o desenvolvimento histórico repousa no fato de a última forma considerar as formas passadas como etapas do seu próprio grau de desenvolvimento. Daí Marx (1999, p 41) concluir que

a categoria mais simples pode exprimir relações dominantes de um todo menos desenvolvido, ou relações subordinadas de um todo mais desenvolvido, relações que já existiam antes que o todo tivesse se desenvolvido, no sentido que se expressa em uma categoria mais concreta. Nessa medida, o curso do pensamento abstrato que se eleva do mais simples ao complexo corresponde ao processo histórico efetivo.

⁷⁷Karl Marx (1999, p 43) continua seu raciocínio da seguinte forma: “As categorias que exprimem suas relações, a compreensão de sua própria articulação, permitem penetrar na articulação e nas relações de produção de todas as formas de sociedades desaparecidas, sobre cujas ruínas e elementos se acha edificada, e cujos vestígios, não ultrapassados ainda, leva de arrastão desenvolvendo tudo que fora antes apenas indicando que tomo assim toda a sua significação etc. A anatomia do homem é a chave da anatomia do macaco. O que nas espécies animais inferiores indica uma forma superior não pode, ao contrário, ser compreendido senão quando se conhece a forma superior. A economia burguesa fornece a chave da Economia da Antiguidade, etc. Porém, não conforme o método dos economistas que fazem desaparecer todas as diferenças históricas e vêem a forma burguesa em todas as formas de sociedade. Pode-se compreender o tributo, o dízimo, quando se compreende a renda da terra. Mas não se deve identificá-los.”

As categorias econômicas, dessa forma, vão depender da forma social de que são revestidas. Ao analisar a categoria trabalho, por exemplo, Marx vai demonstrar que ela é comum a todos os modos de produção precedentes. Porém, somente o trabalho na sua forma de trabalho abstrato é próprio (específico) da economia mercantil-capitalista (NAVES, 2008, p. 49).

De novo o período romano como exemplo. De fato, ali já havia o capital comercial e o capital de empréstimo, que representavam as modalidades do capital. Havia a apreensão do produto excedente no processo da circulação mercantil e monetária, por intermédio das trocas desiguais e dos empréstimos usurários. Entretanto, isso não era suficiente para dominar todo o processo de produção, haja vista que o capitalismo não podia surgir senão com as premissas dadas da produção mercantil e da circulação monetária; premissas que não são imaginárias, porém estabelecidas historicamente em sua concretude.

É somente com o capital industrial que adveio o modo de produção capitalista, uma vez que é nele que se realiza a mais-valia. O capital industrial, surgido da ruptura do modo de produção feudal, amplia assim as possibilidades do capital ao submeter o capital comercial e o capital de empréstimo às exigências da reprodução e expansão das relações de produção capitalistas (MARX, tomo 1, 1996, *passim*). Portanto, Karl Marx entende o capitalismo como relação social objetiva porque reflete relações sociais reais, determinadas especificamente à sua época histórica, na qual a produção mercantil é o modo de produção social dominante (PACHUKANIS, 1988, p. 38).⁷⁸

Como será detalhado adiante, é nesses termos que o indivíduo oferta no mercado os atributos da sua personalidade relacionados ao trabalho: "ele é livre – pois não é constringido a vender-se (isto é, vender a mercadoria que ele possui, a sua força de trabalho)" (NAVES, 2008, p. 69). Ele assim se põe no mercado (esfera de circulação de mercadorias) como proprietário que dispõe da única mercadoria que é sua, em plena condição de igualdade com o comprador, dono dos meios de produção.

⁷⁸Para que o trabalho acumulado nos bens de produção assumam a função de capital é preciso que se converta em instrumento de exploração do trabalho assalariado. Em vez de coisa, o capital é relação social, relação de exploração dos operários pelos capitalistas. As coisas — instalações, máquinas, matérias-primas etc. — constituem a encarnação física do trabalho acumulado para servir de capital, na relação entre o proprietário dessas coisas e os operários contratados para usá-las de maneira produtiva (MARX, 1996, tomo 1, *passim*).

Segundo Bernard Edelman (1976, p. 93), é desse modo que resta caracterizada a época capitalista, pois a força de trabalho adquire para o próprio trabalhador a forma de uma mercadoria que lhe pertence, sendo que é a partir desse momento que a forma mercadoria de produtos e serviços se torna a forma social dominante.

Essa relação fundamental capitalista é, portanto, estabelecida entre os proprietários de mercadorias entre si (PACHUKANIS, 1988, p. 45), cuja forma jurídica é a extensão da forma fetichizada da mercadoria. A gênese da forma do direito encontra-se, pois, na relação de troca mercantil, sendo que a circulação mercantil é que vai dar especificidade ao direito (NAVES, 2008, p. 53),⁷⁹ como se explicitará posteriormente.

Ou seja, a relação social específica que se exprime na forma jurídica deve ser encontrada na esfera de circulação mercantil,⁸⁰ onde os proprietários estabelecem as relações mútuas de troca de equivalentes. Nesse contexto, a relação da qual a forma jurídica é reflexo é justamente a relação dos proprietários de mercadorias entre si (NAVES, 2008, p. 53).

Com efeito, tomada progressivamente a esfera de produção, do trabalho destinado ao cliente consumidor ao trabalho destinado ao comerciante, percebe-se que as relações correspondentes revestem-se de uma forma capitalista, de tal sorte que é possível afirmar que a relação social do capital transferiu para a outra relação a sua própria forma (PACHUKANIS, 1988, p. 41).

A partir dessas considerações, Alysson Mascaro (2010, p. 475-476) observa que a especificidade do direito é de tamanha importância que seria possível admitir estruturas capitalistas, por exemplo, no âmbito ideológico, sem meios de comunicação, porém

⁷⁹Como proposto por Evgeni B. Pachukanis (1988, p. 41-42), o mesmo pode ocorrer com o direito. Por ser ele uma relação social específica, é capaz de transferir para totalidade das relações sociais que se comunicam com ele a sua própria forma jurídica. Assim ocorre porque a regulamentação das relações sociais, em certas condições, precisa ser revestida do caráter jurídico, considerando que o direito, por sua vez, é estruturado de acordo com as pressões advindas das relações (ou modos) de produção. Nesse sentido, “as relações sociais assumem a forma jurídica na medida em que assumem a forma das (ou são modificadas pelas) relações sociais específicas corporificadas no direito” (COTTERRELL, 2009, p.106). Isso porque, do ponto de vista jurídico, na sociedade de produção mercantil as diferentes relações se assentam sobre as relações de troca comercial, assumindo assim a forma jurídica (PACHUKANIS, 1988, p. 45).

⁸⁰Henrique da Silva Seixas Meireles (1990, p. 294), com arrimo em argumento direito de Marx, segue no mesmo argumento: “É na esfera de circulação que se processa a metamorfose do dinheiro em capital: a força de trabalho não pode apresentar-se no mercado como mercadoria a não ser que seja oferecida ou vendida como mercadoria pelo próprio possuidor. Para isso, essa pessoa há-de poder dispor dela, isto é, ser proprietário livre da sua capacidade de trabalho, da sua própria pessoa. Ele e o possuidor de dinheiro encontram-se no mercado em relação um com o outro, com o mesmo estatuto de possuidores de mercadorias – a única diferença entre eles é que um compra e o outro vende – sendo ambos, por isso mesmo, pessoas juridicamente iguais.”

impossível imaginar o capitalismo sem o aparato jurídico; mais especificamente sem a existência daquela relação jurídica que autoriza a exploração do trabalho assalariado, a garantia do lucro advindo da compra e venda e da apropriação de bens, a partir da generalização da troca de mercadorias, segundo a regra D-M-D´.

É nesses termos que o direito introjeta em sua estrutura aquilo que na realidade já é posto pelas práticas burguesas, ao equivaler a forma jurídica à forma mercantil, tendo como pressuposto aquele elemento central da relação capitalista, que termina por ser expandir, nesse contexto, para todas as demais relações sociais.⁸¹ Não à toa é que nas relações privadas isso ocorre de forma plena, sendo seu *locus* de excelência. É aí que o sujeito jurídico, a pessoa, reveste-se da personalidade concreta do sujeito econômico egoísta, do proprietário, do titular de interesses privados, tudo a servir os interesses de cumulação de capitais (PACHUKANIS, 1988, p. 43).

Depreende-se, desse modo, que a evolução histórica do direito não implica apenas mudança no conteúdo das normas e modificação das instituições jurídicas, mas igualmente (e essencialmente) a modificação na própria forma jurídica, no modo em que o conteúdo material do direito de cada época histórica consegue ser exprimido (PACHUKANIS, 1988, p. 35).

Os conceitos jurídicos próprios do capitalismo, destarte, não apenas revelam a forma jurídica na sua plenitude e seus mecanismos próprios de funcionamento, mas também refletem o próprio processo histórico real, que é o próprio processo de desenvolvimento da sociedade burguesa e, por consequência, na definição da esfera jurídica privada.

Atente-se.

Não existe homologia entre a história da produção e a história das formas jurídicas, mesmo considerando que à sociedade capitalista corresponde um direito capitalista, da mesma forma

⁸¹Como colocado por Alysson Mascaro (2010, p. 473): “No quadro do capitalismo, antes de suas relações financeiras e especuladoras, e antes mesmo do desenvolvimento da exploração industrial, as relações de lucro já se estabeleceram a partir do desenvolvimento das trocas mercantis. No nível das trocas entre vendedores e compradores já se estabelece um mecanismo jurídico, porque é necessário que haja uma instituição estatal-jurídica para empreender o respaldo da relação entre os contratantes privados.”

que à sociedade escravocrata correspondia determinado direito escravagista (MEIRELES, 1990, p. 32-33).

Nesse contexto, Henrique da Silva Seixas Meireles (1990, p. 31-34) observa que a estrutura econômica do capitalismo difere do modo de produção antigo. Tal diferença decorre do próprio desenvolvimento histórico das forças produtivas de um e de outro. Todavia, essa diferença não persiste plenamente no nível jurídico. Há uma continuidade, notadamente entre o direito romano e o direito capitalista, entretanto, de modo muito diverso, sendo observadas as necessidades reais e práticas deste.

O direito romano é reativado no modo de produção capitalista, de tal modo que as figuras próprias do processo de troca (*persona, res, contrato etc.*) são alargadas no direito moderno às relações de produção. O direito daquela época não estava hipostasiado, visto que não havia autonomia do jurídico em relação ao real histórico. As figuras jurídicas não eram universais, mas formas jurídicas descritivas imediatas do próprio processo de troca.

Outrossim, no período romano, a relação jurídica tida entre os diferentes estratos sociais era bastante evidente, sendo verificáveis, de plano, os fundamentos políticos e econômicos que lhe davam origem, conforme lembrado por José Carlos Moreira Alves (1990, volume 1, p. 98-128). Como exemplo, o *ius civile* e o *ius gentium*. O *ius civile* era o direito de determinada *civitas* - direito dos *civis* (cidadãos), não comum às outras *civitates*; sendo o *ius gentium* o direito observado nos povos conhecidos dos romanos.

A própria aquisição da personalidade jurídica demonstrava bem a diferença entre senhores e escravos. Para adquiri-la era necessário que a pessoa tivesse pelo menos um *status*: *status libertatis* (ser livre), *status civitatis* (ser cidadão romano) ou *status familiae* (ser chefe de família: *pater familias*). Quanto aos escravos isso lhes era negado, na medida em que eram tratados como animais (coisas: *res*), com legislação que lhes era própria, diversa da dos cidadãos romanos (condição jurídica que perdurou por todo período romano, ainda que com algumas atenuações e particularidades).⁸²

⁸²Vale mencionar que a possibilidade de portar direitos em nome próprio era restrita mesmo entre os que não escravos e tinha caráter de privilégio. Por ser privilégio, a capacidade de ser detentor de direitos era suscetível de “perda ou mutilação através da chamada *capitis deminutio* (privação da liberdade, da cidadania ou do pátrio poder)” (KASHIURA JÚNIOR, 2009a, p. 51).

Essa distinção, portanto, revela o próprio modo de produção da época, decorrente da relação de exploração senhor/escravo. Porém, no direito capitalista vai ocorrer de outro modo, inclusive com a ocultação das relações de produção. Tal como ocorre com as demais relações sociais, as relações jurídicas são universalizadas a fim de que o capitalista e assalariado, na qualidade de homens livres, possam colocar-se em condições de igualdade (formal)⁸³ no mercado, para que haja a compra da força de trabalho deste por aquele, como troca mercantil para ultimar a mais-valia.

À vista disso, do modo de produção antigo para o capitalismo, há a transmutação da relação política entre os *civis* (proprietários) e os não proprietários (*servi*) (MEIRELES, 1990, p. 38). Ela torna-se uma relação jurídica (universal) entre homens livres e iguais, aqui transformados em sujeitos de direito.

Ou seja, perante o direito ambos são tidos como proprietários, numa paridade que é apenas formal. Generaliza-se assim a troca mercantil, mas se oculta, ao mesmo tempo, a especificidade da mercadoria força de trabalho (criadora de valor) e a verdadeira natureza econômica do processo capitalista, que é a apropriação da mais-valia pelo proprietário dos meios de produção (MEIRELES, 1990, p. 34).

As formas anteriores de direito antigo, não podem se equiparar assim ao direito atual porque lhe são ausentes as características próprias do capitalismo (PACHUKANIS, 1988, p. 24), sobretudo se observado que o capital, nos períodos anteriores, não dominava as relações sociais (MARX, 1999, p. 45), haja vista que o próprio trabalho desempenhava outra função no modo de produção *esclavagiste*.

Dessa forma, aqueles conceitos jurídicos fundamentais (*i.e.*: sujeito de direito) exprimem justamente o processo de evolução histórica real, que é o da consolidação da sociedade burguesa (PACHUKANIS, 1988, p. 25), que vai exigir legislação com características próprias que atendam seus preceitos.

⁸³Tal igualdade formal aparece sem que fiquem visíveis (ou identificável de pronto) as diferenças históricas entre uma e outra classe social, bem como as condições históricas (políticas e econômicas) que definiram a posição de cada qual na sociedade. Tem-se assim um direito (ou economia) aparentemente sem história, que vai encontrar na forma burguesa todas as formas da sociedade (MARX, 1999, p. 40-43).

Portanto, apenas na sociedade capitalista são criadas as condições necessárias para que o seu momento jurídico esteja plenamente determinado nas relações sociais, visto que aquelas figuras dos modos de produção anteriores são manifestações incompletas (insuficientes) do que seria a formação futura do capitalismo (PACHUKANIS, 1988, p. 24).

O mesmo é observado na determinação capitalista do direito privado, na medida em que a esfera privada é apartada da esfera pública. Isso ocorreu também a partir da perda do *status* jurídico das classes sociais dentro da estrutura do capitalismo, tal como sugerido por Pietro Barcellona (1977, p. 25-30). Com isso foi possível a aplicação generalizada das normas de direito às relações privadas, estabelecendo-se assim a sua esfera de atuação.

Tomando a época medieval como exemplo, Pietro Barcellona relata que o Estado identificava-se com o próprio soberano (realeza), pois ao mesmo tempo era o proprietário do território sobre o qual estendia a sua soberania e o titular do poder político sobre os seus súditos. Não havia assim distinção entre as esferas pública e privada.

O direito da época não era como o direito moderno, o mesmo para todos (*eguale per tutti*). Isso porque o direito identificava-se mais como um privilégio imanente à pessoa em decorrência das relações que tinha com determinada instituição ou grupo social. Sendo assim, o pressuposto necessário para a aquisição, transmissão e exercício do direito, sobretudo os de natureza privada, ligava-se normalmente ao *status*, a classe social à qual pertencia determinada pessoa. Isto é, a condição natural ditada pelo nascimento ou classe social era o mecanismo que mediava a relação entre a pessoa e o direito.

Vale destacar ainda que dita relação tinha um espaço de atuação limitado de acordo com as intenções políticas do soberano em seu território. Organização social-jurídica tão rígida impedia o surgimento de novas forças sociais, em particular a fixação da burguesia no plano político, considerando que esta adquiria um papel cada vez mais importante no desenvolvimento econômico e social no período anterior à Revolução Francesa.

As pretensões da burguesia eram incompatíveis com os gravames e restrições de propriedade, notadamente da fundiária medieval, pois esta era dividida em várias formas de uso e dominação. Afora isso, dita propriedade também era perturbada por obrigações senhoriais e

direitos feudais, em especial aqueles que impediam a mobilidade plena da *res*, dificultando assim os atos de comércio entre particulares. Também havia várias formas de protecionismo à realza que restringiam a liberdade de indústria e comércio da burguesia, sobretudo aquelas de ordem tributária.

Como os burgueses foram transformando as estruturas econômicas e sociais, notadamente aquelas de uso da terra, a economia feudal foi sendo substituída pelo modo de produção capitalista, de modo que era imperativa uma estrutura diferente das relações entre indivíduos e classes sociais e entre liberdade e autoridade.

Nesse contexto, um novo direito era exigido para o novo tempo que emergia.⁸⁴ Portanto, o direito que deveria surgir não poderia ser a expressão de uma organização política e social rígida, determinada por *status*, mas outra que pudesse ser aplicada indistintamente a todo comportamento humano. Para responder a essa necessidade, decorrente do projeto elaborado pelo iluminismo e pelo jusnaturalismo, nenhuma restrição poderia ser imposta ao homem, senão aquelas que decorressem da mútua convivência, de respeito ao direito do próximo.

Dessa maneira, o homem passaria a desfrutar de ampla liberdade em suas ações. Iluminismo e jusnaturalismo operavam, assim, a inversão completa da relação entre a coerção e o homem, visto que atos realizados por este na esfera privada, de modo geral, não deveriam ser censurados pelo poder soberano, a não ser quando infringissem o direito de outrem ou se viessem a comprometer a ordem pública.

⁸⁴Como escreveu Karl Polanyi (2012, p. 200) sobre o tema: “A função econômica é apenas uma entre as muitas funções vitais da terra. Esta dá estabilidade à vida do homem; é o local da sua habitação, é a condição da sua segurança física, é a paisagem e as estações do ano. Imaginar a vida do homem sem a terra é o mesmo que imaginá-lo nascendo sem mãos e pés. E no entanto, separar a terra do homem e organizar a sociedade de forma tal a satisfazer as exigências de um mercado imobiliário foi parte vital do conceito utópico de uma economia de mercado. (...) O desafio se originou do crescimento de outras formas do capitalismo, além das puramente comerciais. Com os Tudors, na Inglaterra, surgiu o capitalismo agrícola e sua necessidade de um tratamento individualizado para a terra, inclusive as conversões e os cercamentos. Já no início do século XVIII surgiu o capitalismo industrial que - tanto na França como na Inglaterra - foi basicamente rural e precisava de locais para seus moinhos e o alojamento dos trabalhadores. Mais poderosa ainda, embora afetasse mais o uso da terra do que a sua propriedade, foi a ascendência das cidades industriais, com sua exigência praticamente ilimitada de alimentos e matérias-primas durante o século XIX. Superficialmente, havia pouca semelhança nas respostas a esses desafios e, no entanto, eles foram estágios na subordinação da superfície do planeta às exigências de uma sociedade industrial. O primeiro estágio foi a comercialização do solo, mobilizando o rendimento feudal da terra. O segundo foi o incremento da produção de alimentos e de matérias-primas orgânicas, para atender às exigências, em escala nacional, de uma produção industrial em rápido crescimento. O terceiro foi estender esse sistema de produção excedente aos territórios de além-mar e coloniais. Com esse último passo, a terra e sua produção se inseriram finalmente no esquema de um mercado auto-regulável.”

Com efeito, o homem da vida real foi transmutado em sujeito privado, colocado assim, e pela primeira vez, no centro do universo, no centro da experiência e no centro da organização social, de modo que foi considerado como referência abstrata, de uma maneira diferente daquela posta pela organização política da sociedade da qual fazia parte, na qual era uma realidade política concreta, identificável por seu *status* social. Na sociedade capitalista, sob o ponto de vista político, todos são cidadãos.

Foi-lhe reservado, então, um espaço próprio para a realização de sua atividade privada, especialmente aquelas de natureza econômica em que pudesse ocorrer a troca mercantil; um ambiente próprio e apartado da esfera pública,⁸⁵ em que seus interesses não se sujeitassem às interferências oriundas do poder público. Sendo assim, o direito positivo foi configurado em favor do homem (sujeito de direito) como um sistema legal constituído a partir das diversas manifestações da sua personalidade, sobretudo daquelas decorrentes da sua capacidade de ser proprietário, por este ser um direito natural que lhe era intrínseco.

Nesses termos, o homem manifesta a sua vontade por meio de um negócio jurídico, de modo a exercer assim um poder próprio sobre uma coisa, criando uma ordem objetiva sobre a *res*, como uma decorrência natural do exercício do direito individual de propriedade; o ser humano oposto às coisas e aos outros seres da natureza, o que está de acordo com as premissas filosóficas kantianas. Ao se efetivar a separação do indivíduo da sua comunidade,

⁸⁵ Como destaca Eduardo Novoa Monreal (1988, p. 98), para o capitalismo, a função principal do Estado nesse jogo seria garantir o cumprimento do direito, de modo a não interferir demasiadamente nas atividades dos indivíduos, garantindo-lhes o gozo de direito. Ou seja, a ingerência nas atividades privadas dos homens, pelo Estado, só seria apropriada quando causassem danos a outrem ou atentassem contra a segurança pública. Nesses termos, o Estado não teria outro fim senão proteger e sancionar os direitos individuais de cada um, bastando para isso formular o direito, assegurar a administração da justiça, organizar uma polícia eficiente, manter as relações internacionais e a segurança exterior do país (MONREAL, 1988, p. 99). Sobretudo cumpre ao Estado o cumprimento das relações obrigacionais, com “a sujeição do devedor, na ordem patrimonial, ao poder coativo do credor” (GOMES, 1995, p. 12), o que está de acordo com a concepção burguesa de Estado, que não é mais do que “uma garantia abstrata das relações entre sujeitos reais, proprietários de mercadorias” (PACHUKANIS, 1988, p. 114). Contudo, isso não significa que os donos dos meios de produção prescindam do Estado para subsistir. Como exemplo a participação estatal em pesquisa e desenvolvimento tecnológico, tão importante para o desenvolvimento da indústria capitalista, cujos riscos, por muitas vezes, são assumidos pelo Estado. Assim é comentário de Manuel García-Pelayo (2009, p. 57) sobre o assunto: “Visto que os gastos de investigação incluem riscos, nem sempre são rentáveis ou não apresentam rentabilidade a curto prazo, o Estado assumiu uma parte importante deles – que oscila, para os países desenvolvidos, entre 50% e 75%. Essas contribuições estatais são, em parte, executadas pelo próprio Estado, e, em parte, transferidas a empresas através de subvenções diretas ou bonificações fiscais, produzindo-se, assim, uma intersecção entre Estado e as empresas.” Ainda como exemplo disso, a indústria bélica americana, de índole essencialmente privada, que tem a sua existência vinculada, principalmente, à atuação militar dos EUA mundo afora, sendo que regiões inteiras se sustentam graças aos empregos que seus habitantes têm nessas fábricas.

distinguiu-se as esferas privada e pública; naquela, cada pessoa era livre para perseguir seus próprios interesses, nesta outra vigorava os assuntos comuns e de interesse geral.

A partir disso se fez possível a extensão e a generalização das relações de direito privado para todos os homens, tornados assim como sujeitos de direito, plenamente aptos a realizarem os atos de comércio como decorrência da própria liberdade de compra e venda da força de trabalho. Essa é a esfera jurídica na qual o homem real (do capitalismo) vai estabelecer as suas relações privadas, na qual o direito civil vai ofertar o conjunto de instrumentos necessários para que elas possam ocorrer.

2.5 O HOMEM NA ESFERA PRIVADA SEGUNDO A DOUTRINA MARXISTA: SUJEITO DE DIREITO E ECONOMIA CAPITALISTA

Nos termos do que foi colocado quanto à forma mercantil do direito, ficou evidenciado que, nos modos de produção anteriores, o direito estava estruturado de forma a refletir explicitamente a desigualdade existente entre os membros das diferentes classes sociais. Servo, senhor, escravo, cada qual tinha um direito que lhe era próprio, específico, que refletia a desigualdade histórica decorrente das classes sociais a que pertenciam.

Por exemplo, os indivíduos que eram escravos não podiam ser sujeitos de direito “porque não tinham qualquer direito subjectivo, não podendo ser proprietários ou credores de outrem, ou devedores” (MIAILLE 1994, p. 115), na medida em que eles próprios eram assimilados a coisas que se podiam vender, comprar, emprestar ou alugar.

Mas na esfera privada da ordem capitalista isso é profundamente modificado: “*property as a legal institution is indifferent towards subject (persona) and object (res)*” (RENNER, 1949, p. 90). Ou seja, o direito regula as relações decorrentes da propriedade privada capitalista sem se preocupar com a identidade ou classe social das pessoas ou a qualidade dos bens.⁸⁶ Todo mundo, mesmo sendo crianças ou nascituros, pode ser elevado à categoria de proprietários.

⁸⁶E como ainda prossegue Karl Renner (1949, p.90): “*The law protects possession, the power to dispose of the res. As system of private law is content to know that material wealth is firmly held by the individuals, it does not care what use they make of it or who they are.*”

Isso porque, como observado por Clóvis Beviláqua (1955, p. 64), “perante o direito privado moderno, tendo desaparecido a instituição da escravidão, todo ser humano é pessoa.”

Embora o indivíduo possa ser considerado sob várias formas estranhas ou alheias ao direito, ele como *persona* inserida dentro da sociedade civil é considerado como sujeito de direito (BEVILÁQUA, 1955, p. 64). Ou de forma mais explícita: como regra geral, todo indivíduo é um sujeito de direito (MIAILLE, 1994, p. 114). Ou mais especificamente para o direito privado: “ser pessoa é apenas a possibilidade de ser sujeito de direito”, como afirmado por Pontes de Miranda (tomo 1, 1977, p. 153).⁸⁷

Tal como observado por Luiz Edson Fachin (2006, p 115-117), o indivíduo a ser tutelado pelo código civil é aquele que venha assumir a figura de cinco personagens bem definidos: o marido, o testador, o contratante, o proprietário e o empresário, mesmo considerando aqui a atual codificação; isto é, pessoa e sujeito de direito não são mais distinguíveis entre si, porque pessoa é o sujeito de direito com potencialidade para criação de direitos e deveres subjetivos.

A subjetividade do indivíduo passa, nesse contexto, por um processo de “patrimonialização”, o que é válido até hoje, mesmo considerada a atenuação do caráter liberal dos códigos civis modernos, o que também atinge o Código Civil brasileiro em vigor. Sendo assim, o conceito de pessoa e de sujeito de direito informam todo o corpo do *codex*, notadamente a sua parte geral.

Isso porque o sujeito de direito (pessoa humana) é projetado para produzir direitos sobre as coisas, ou seja, a subjetividade é definida a partir do paradigma patrimonial. A partir dessa premissa, oriunda da filosofia kantiana, dois elementos passam a ser identificados no mundo: o homem e as coisas (objetos); aquele que não é sujeito, portanto, é necessariamente objeto, e vice-versa. Essa é a perspectiva proprietária do código civil.

⁸⁷Silvio Romero Beltrão (2013, p. 204-207) observa que, no direito positivo, a individualização da pessoa natural em um conceito jurídico faz referência às experiências da vida que constituem a base de qualquer valor da realidade humana. Surge a partir disso o problema da identificação da norma em que atua a formalização do valor do ser humano, isto é, a transformação do conceito do valor da pessoa natural na realidade da vida para um valor jurídico. Na perspectiva do direito, conceitua-se o ser humano como todo indivíduo capaz de direitos e obrigações. O direito atribui à pessoa a qualidade de ser sujeito de direito como conteúdo fundamental e finalístico da ordem jurídica (*ommeius causa hominum constitutum est*).

Assim ocorre porque o homem moderno é concebido a partir das bases racionais da filosofia iluminista, de modo que, por ser portador de toda racionalidade, observa a ordem das coisas. O indivíduo é desprendido da sua facticidade e elevado a termos abstratos, visto que a sua formatação jurídica vai considerá-lo com características qualitativas e individuais superiores aos outros seres da natureza. Logo, o ser humano, nessa concepção subjetivista, só alcança relevância se assumido o papel de proprietário. Ou seja, o de senhor sobre as coisas do mundo, com vestimentas proprietárias.

Fica, pois, a questão colocada por Michel Miaille (1994, p. 115): Quais as contingências econômicas que determinam que todo indivíduo venha a ser tido como sujeito de direito, considerando, sobretudo, a esfera do direito privado, *locus* onde se dão as relações econômicas fundamentais? Uma vez que assim ocorre, qual a função que desempenha a forma jurídica sujeito de direito?⁸⁸

2.5.1 O sujeito de direito e a circulação mercantil: crítica à concepção do ser humano no processo econômico capitalista

Além de valor de uso, característico em todos os modos de produção, a força de trabalho, no capitalismo, também vai ser portadora de valor de troca,⁸⁹ a justificar a acumulação de capital, o que se estende para os demais produtos e serviços que se revestem da forma mercadoria

⁸⁸Evgeni B. Pachukanis (1988, p. 70) também parte das mesmas indagações: “A jurisprudência dogmática, ao contrário, serve-se deste conceito sob seu aspecto formal. Para ela, o sujeito [ser humano] nada é além de um ‘meio de qualificação jurídica dos fenômenos sob o ponto de vista de sua capacidade ou incapacidade de participar nas relações jurídicas’. A jurisprudência dogmática, por conseguinte, sequer levanta a questão das razões em virtude das quais o homem se transformou de indivíduo zoológico em sujeito jurídico [de direito]. Seu ponto de partida é a relação jurídica como de uma forma acabada, determinada *a priori*.”

⁸⁹Isto é, o capitalismo torna todas as coisas mercadorias porque desse modo se comporta a força de trabalho, já que esta é também incorporada nos objetos do trabalho humano. Portanto, uma coisa (*res*) não é tida como mercadoria por ter utilidade ou por resultar do trabalho humano. Ela torna-se mercadoria por permitir o lucro. Destarte, a sua utilidade, o seu propósito de uso, não guarda similitude com o valor que tem quando posta em circulação no mercado. A mercadoria não guarda assim vínculo com a coisa que recobre, pois a função da forma mercadoria é igualar “quantitativamente todas as coisas, de modo que todas as coisas possam ser colocadas umas diante das outras como trocáveis, variando apenas quantitativamente de acordo com a medida de trabalho abstrato que englobam. Noutras palavras, a coisa sob a forma de mercadoria passa a ser um mero invólucro de valor e este invólucro permite que os produtos do trabalho humano se refiram uns aos outros, independentemente da vontade de seus produtores, com base na lei do valor. Esta referência das mercadorias entre si, no entanto, apenas espelha o modo como o trabalho isolado se refere ao trabalho social. A trocabilidade universal das mercadorias entre si, na medida do valor, é a expressão reificada da fungibilidade universal do trabalho humano abstrato, cuja única medida é o tempo” (KASHIURA JÚNIOR, 2009b, p. 126).

(NUNES, 2007, p. 505). Logo, o trabalho torna-se, em sua forma abstrata, mercadoria apta a circulação, tornando, nesse contexto, a circulação de todas as demais mercadorias generalizada e universal (KASHIURA JÚNIOR, 2009a, p. 55).

Entretanto, a mercadoria força de trabalho, ou qualquer outra mercadoria, permanecerá estática e sem função (econômica, social ou política) se não houvesse quem a levasse para ser transacionada no mercado.⁹⁰ Isso porque a sociedade capitalista é uma sociedade de proprietários, homens que se reconhecem reciprocamente como proprietários, conforme colocado por Evgeni B. Pachukanis (1988, p. 70-71).

Ou seja, na ordem capitalista, as relações sociais dos homens tomam uma forma reificada nos produtos dos trabalhos, que se relacionam entre si como valores.⁹¹ Assim, o vínculo social estabelecido entre os homens durante o processo de produção capitalista, reclama para sua concretização a ocorrência de uma relação particular que, por meio de uma declaração de vontade irresistível, os autorize a dispor livremente das mercadorias das quais são donos (proprietários privados).

Com efeito, se a função da mercadoria na economia é possuir valor (valor de troca realizador do lucro), a apropriação desse lucro vai ocorrer tão somente se ela for posta em circulação e estiver livremente disponível para ser apropriada por outrem. A mercadoria vai depender,

⁹⁰Tal como proposto por Karl Marx (1996, tomo 1, p. 207): “Sua mercadoria não tem para ele nenhum valor de uso direto. Do contrário não a levaria ao mercado. Ela tem valor de uso para outros. Para ele, ela tem diretamente apenas valor de uso de ser portadora do valor de troca e, portanto, meio de troca. Por isso, ele quer aliená-la por mercadoria cujo valor de uso o satisfaça. Todas as mercadorias são não-valores de uso para seus possuidores e valores de uso para seus não-possuidores. Elas precisam, portanto, universalmente mudar de mãos. Mas essa mudança de mãos constitui sua troca e essa troca as refere como valores entre si e as realiza como valores. As mercadorias têm que realizar-se, portanto, como valores, antes de poderem realizar-se como valores de uso.”

⁹¹Novamente Karl Marx (1996, tomo 1, p. 167-168): “Se abstraímos o seu valor de uso, abstraímos também os componentes e formas corpóreas que fazem dele valor de uso. Deixa já de ser mesa ou casa ou fio ou qualquer outra coisa útil. Todas as suas qualidades sensoriais se apagaram. Também já não é o produto do trabalho do marceneiro ou do pedreiro ou do fiandeiro ou de qualquer outro trabalho produtivo determinado. Ao desaparecer o caráter útil dos produtos do trabalho, desaparece o caráter útil dos trabalhos neles representados, e desaparecem também, portanto, as diferentes formas concretas desses trabalhos, que deixam de diferenciar-se um do outro para reduzir-se em sua totalidade a igual trabalho humano, a trabalho humano abstrato. Consideremos agora o resíduo dos produtos do trabalho. Não restou deles a não ser a mesma objetividade fantasmagórica, uma simples gelatina de trabalho humano indiferenciado, isto é, do dispêndio de força de trabalho humano, sem consideração pela forma como foi despendida. O que essas coisas ainda representam é apenas que em sua produção foi despendida força de trabalho humano, foi acumulado trabalho humano. Como cristalizações dessa substância social comum a todas elas, são elas valores — valores mercantis. Na própria relação de troca das mercadorias seu valor de troca apareceu-nos como algo totalmente independente de seu valor de uso. Abstraindo-se agora, realmente, o valor de uso dos produtos do trabalho obtém-se seu valor total como há pouco ele foi definido. O que há de comum, que se revela na relação de troca ou valor de troca da mercadoria, é, portanto, seu valor.”

nesse contexto, que o homem a leve ao mercado para que possa ser transacionada com outrem, ou seja, ser posta em circulação mediante um ato de vontade comum a ambos.

Isso implica reconhecer que as relações dos homens entre si, para levar essa *res* ao mercado, tornam-se a relação social dominante,⁹² da mesma maneira que a forma mercantil do trabalho torna-se a forma geral dos produtos do trabalho, conforme argumento de Karl Marx rememorado por Bernard Edelman (1976, p. 93).

Essa é a lei fundamental que explica o direito no modo de produção capitalista. Daí o motivo de Evgeni B. Pachukanis (1988, p. 68) ter afirmado que “toda relação jurídica é uma relação entre sujeitos”,⁹³ sendo que “o sujeito é o átomo da teoria jurídica, o seu elemento mais simples, que não se pode decompor.”⁹⁴

Isso porque é no âmbito das relações de trocas entre vendedores e compradores, isto é, proprietários circunscritos ao âmbito privado das relações sociais, que está garantida a troca mercantil pelo vínculo contratual, sendo que em dita relação é que há a realização do lucro capitalista (MASCARO, 2010, p. 473).

Para que o circuito de trocas na esfera capitalista exista é preciso, portanto, a mediação jurídica. Assim porque o valor de troca das mercadorias só pode se realizar se intermediado pelo acordo de vontades de homens livres e iguais, devidamente amparado pelo ordenamento jurídico, ao modo que se dá a contratação da força de trabalho.

⁹²Nesse sentido, a seguinte sentença de Evgeni B. Pachukanis (1988, p. 79-80): “Mas se a relação orgânica, ‘natural’, do homem com a coisa, ou seja, a apropriação, gera o ponto de partida genético do desenvolvimento, a transformação dessa relação numa relação jurídica aconteceu essencialmente sob a influência das necessidades geradas pela circulação dos bens, isto é, pela compra e venda.”

⁹³Considerando que toda relação não é mais do que uma relação jurídica obrigacional, Manoel A. Domingues de Andrade (1966, p.17) trata da imprescindibilidade dos indivíduos que a compõem nos seguintes termos: “De toda maneira, este elemento pessoal não pode deixar de existir, uma vez constituída a obrigação. Por muito que possa notar-se, ao longo da evolução do Direito, uma tendência crescente para a objectivação do vínculo obrigacional, essa tendência nunca pode ir até o ponto de tornar dispensável a presença dos respectivos sujeitos. Sem eles a obrigação deixaria de ser verdadeira relação jurídica.”

⁹⁴Marcio Bilharinho Naves (2004b, p. 65), sobre o tema, observa o seguinte: “O procedimento de Evgeni B. Pachukanis ao procurar identificar o elemento mais abstrato e mais ‘puro’ do tecido jurídico é similar ao de Marx quanto este inicia sua análise de *O Capital* pelo exame da mercadoria. Em ambos os casos, trata-se de identificar o elemento que concentra em si a especificidade de relações sociais determinadas e cuja forma permite revelar tal especificidade.”

O direito, nesses termos, vai garantir a própria realização da circulação de mercadorias porque é justamente a relação jurídica que opera “a mediação entre uma troca decisiva para a constituição e reprodução das relações de produção capitalistas: a troca de força de trabalho por salário” (NAVES, 2008, p. 63).

Ainda de acordo com Márcio Bilharinho Naves (2008, p. 65-67), para a concretização dessa vontade, é preciso assimilar que os indivíduos, como sujeitos de direito, devem adquirir *status* universal,⁹⁵ já que todos potencialmente podem (ou devem) ser vendedores e compradores,⁹⁶ sendo que a liberdade e a igualdade são necessárias para que se estabeleça a esfera geral de trocas mercantis e, por conseguinte, a figura do proprietário privado de mercadorias.

É nessa forma jurídica que o homem se transforma em sujeito de direito, pois a expressão da sua vontade, do seu querer, permite a ele estabelecer com outros homens de vontade igual a sua, uma relação consensual de reciprocidade, isto é, uma equivalência subjetiva. É justamente tal equivalência subjetiva que autoriza a circulação de vontades livres e iguais, sem a qual não se daria a troca de mercadorias.

Destarte, a liberdade do homem, esse atributo da sua personalidade, só é economicamente útil se inserida no circuito de transações comerciais, de tal sorte que é livre somente quando ele próprio é inserido na esfera da circulação. Portanto, a relação fundamental na econômica capitalista aparece como dois aspectos abstratos: o econômico e o jurídico (PACHUKANIS, 1988, *passim*).

⁹⁵Karl Renner (1949, p. 81) continua no tema da seguinte forma: “*Ownership is equally universal with regard to the subject. Everybody has an equal capacity for ownership, and may own property of every description. These are the norms which are the characteristic of the institution.*”

⁹⁶A filosofia iluminista ao reclamar a universalização de direitos subjetivos, rejeita os privilégios e divisões de classe do antigo regime, de sorte que a igualdade de todos perante a lei e a ampla liberdade de negócios privados de matriz capitalista tornam-se assim fundamento da filosofia do direito burguês (MASCARO, 2010, p. 137). Isso vai autorizar a possibilidade de todos desfrutarem, no período da revolução liberal, da famosa tríade: liberdade-igualdade-propriedade, de modo que, no nível da realização das normas privadas, todos os sujeitos de direito eram iguais, sendo o direito de propriedade absoluto e a liberdade de contratar, total (ARNAUD, 1978, p. 48). Com efeito, por transverter os homens em cidadãos e sujeitos de direito, dotados dos mesmos direitos e princípios absolutos, o direito burguês disciplinou o egoísmo das classes dominantes, de forma a permitir a aceitação da ordem capitalista, que, em verdade, favoreciam alguns em prejuízo de outros (ARNAUD, 1978, p. 49). Isso garantia, no nível ideológico, o modo de produção capitalista, no qual a sociedade se organiza para garantir a sua sobrevivência frente à natureza e contra a violência, na medida em que todos creem – ou são levados a crer – na igualdade jurídica que lhes é oferecida, em especial a massa trabalhadora explorada (ARNAUD, 1978, p. 48). A própria democracia também ganha um status universal em decorrência do desenvolvimento e expansionismo do capitalismo. Com o fim do bloco soviético, a independência dos Estados africanos, com a abertura de seus mercados, a criação de blocos supranacionais e a adoção de uma economia de mercado no mundo asiático, observa-se uma tendência clara da democracia de se transformar em regime político universal.

No processo de produção capitalista, as relações dos homens surgem como relação entre coisas (mercadorias), bem como relações de vontades, independentes umas das outras, porém iguais entre si. A capacidade de realizar a troca mercantil, dessa forma, revela a ideia de uma pessoa portadora de todas as pretensões jurídicas, na medida em que a economia mercantil, que dá origem à forma jurídica, outorga a ela a capacidade geral de ser titular de direitos. Estabelece-se, nesses termos, a ideia do homem como portador imutável desses direitos.

No mercado, aquele que obriga alguém, obriga simultaneamente a si próprio, de modo que a todo instante passa da situação de parte demandante à situação de parte obrigada, como exigência das próprias relações de produção que tratam a todos de modo formalmente igualitário.

Com isso cria-se a possibilidade de abstrair os indivíduos das realidades concretas, reunindo-os sob um único conceito genérico que é o conceito de sujeitos de direito. Portanto, quando da venda da sua força de trabalho, o sujeito de direito é assim um sujeito de direitos virtuais (abstratos), que é animado apenas por sua vontade, pois tem a liberdade de se obrigar a outro sujeito de direito.

Outrossim, a análise da figura do sujeito de direito na esfera de circulação, revela-se importante por concentrar em si a especificidade⁹⁷ das relações sociais capitalistas, sendo que sua forma permite desvelar tal especificidade. Ou seja, o conteúdo dessa relação jurídica (ou de vontade) é dado por meio da própria relação econômica, que carrega em si toda a especificidade histórica do modo de produção capitalista.

⁹⁷Sobre o assunto, Jacob Gorender em sua apresentação de *O capital* (1996, tomo 1, p. 31): “O enfoque do valor pelo prisma de sua substância permitiu penetrar no universo histórico das relações sociais dentro do qual os produtos do trabalho humano se tornam valores. Para Smith e Ricardo, o valor não era uma qualidade social dos produtos, mas algo natural como o peso ou a consistência. Indiferente, portanto, às formas sociais. Para Marx, o valor é, antes de tudo, uma substância social-histórica. Nas organizações sociais em que a produção mercantil constitui atributo de proprietários privados, entre os quais já exista divisão social do trabalho bastante adiantada, somente de maneira indireta, pela troca mercantil, é que os produtos do trabalho privado se apresentam como produtos do trabalho social. O indicador do trabalho social é, precisamente, o valor, na condição de cristalização de trabalho abstrato, ao passo que o valor de troca, sendo a razão de intercâmbio entre as mercadorias, constitui a forma de manifestação do valor. Nas formações sociais em que predomina a produção para valor do uso, o caráter social do trabalho manifesta-se de maneira direta, sem desvios, relacionando-se os agentes da produção entre si cara a cara, como pessoas. Já nas formações sociais onde predomina a produção mercantil, o caráter social do trabalho não pode se manifestar senão de maneira indireta, por meio de um desvio. Em suma, por intermédio do valor. A relação entre as pessoas se esconde atrás da relação entre as coisas.”

Isso porque o escopo da mediação jurídica pelos sujeitos de direito é garantir o circuito de trocas mercantis, assegurando assim, em última instância, a própria produção capitalista, calcada na exploração capital/trabalho, sendo que as formas jurídicas (contrato, direito subjetivo, propriedade privada *etc.*) surgem como elementos necessários para a realização dessa esfera da circulação.

Isso não significa que a forma jurídica restringir-se-ia à esfera de trocas em seu sentido *lato*. As relações jurídicas, como relações mercantis, só adquirem sentido a partir de um sistema generalizado de trocas, justamente as trocas mercantis capitalistas, na medida em que ambas as relações só se realizam plenamente nas próprias relações de produção (MASCARO, 2010, p. 473-474).

A determinação da forma jurídica pela forma mercantil, desse modo, revela-se uma sobredeterminação (NAVES, 2008, p. 72). A esfera de circulação, que determina a forma jurídica, é, por sua vez, determinada pela esfera de produção. Isso porque, nos termos do quanto anteriormente afirmado, é somente a organização capitalista do trabalho que permite a produção de mercadorias aptas a serem trocadas de forma geral e universal.

Logo, se o direito vai depender da forma mercantil, sendo que esta se realiza somente no modo de produção capitalista, a forma jurídica também depende diretamente do modo específico de organização do trabalho decorrente das relações de produção capitalista. Com efeito, “somente quando a estrutura mercantil se torna regra geral é que também as estruturas jurídicas se generalizam” (MASCARO, 2010, p. 474), refletindo estas o modo de ser daquela.

Com isso, ao identificar o direito às relações mercantis, a partir da generalização da circulação de mercadorias, a doutrina marxista estabelece assim a especificidade do direito no âmbito da ordem capitalista. Seguindo esse raciocínio, Alysson Mascaro (2010, p. 475) conclui também que a especificidade do direito vai decorrer diretamente da estrutura econômica capitalista, representada pela própria aquisição da mercadoria força de trabalho, de sorte que as relações mercantis institucionalizam também os mecanismos jurídicos.

Como se nota, a expansão das formas capitalistas por todo o tecido social termina por abarcar a própria concepção do ser humano, justamente por ele ser elemento essencial para a

esfera de circulação de trocas ocorrer, na medida em que “o sujeito concreto que compra e vende livremente assim o faz porque também o direito tornou-o um sujeito jurídico” (MASCARO, 2010, p. 475), a partir de institutos jurídicos próprios do direito privado, tais como o dever, a capacidade, a competência, a responsabilidade *etc.*

Percebe-se, assim, que a pessoa humana é convertida em sujeito de direito porque todos se tornam consumidores em potencial, vendedores em potencial, nos exatos termos em que a mercadoria força de trabalho é assimilada no capitalismo: “como trabalho abstrato, mercadoria a ser livremente vendida e comprada no mercado através de pactos voluntários entre sujeito de direito livres e iguais” (KASHIURA JÚNIOR, 2009a, p. 68).

Portanto, para a finalidade da ordem capitalista, as pessoas só existem e só são importantes, umas perante as outras, quando consideradas como “representantes de mercadorias e, por isso, como possuidores [proprietários] de mercadorias” (MARX, 1996, tomo 1, p. 207).

Se no período medieval todo o indivíduo sempre se identificava com uma qualidade, uma qualidade que lhe permitia reconhecer-se como humano pela excelência na virtude, na *arte regio*, na nobreza de sangue, na *caballería etc.*, na época moderna o sujeito se apresenta com a qualidade de proprietário, de tal sorte que o homem moderno é o sujeito da propriedade moderna, sendo que a ordem estabelecida passa a girar em torno dessa figura⁹⁸ (BARCELLONA, 1996, p. 90).

Assim, parece que qualquer outra designação e qualificação jurídicas aos atributos que identificam o modo de ser do homem, como, por exemplo, dignidade e existência social, parecem ser irrelevantes porque elementos alheios ao processo econômico capitalista. Isso vai significar que, no capitalismo, “os personagens econômicos encarnados pelas pessoas nada mais são que as personificações das relações econômicas” (MARX, 1996, tomo 1, p. 207).

⁹⁸Sobre a resistência feudal de se admitir a figura do homem considerado a partir do dinheiro, Meghnad Desai (2003, p. 34-35): “A era do comércio tinha surgido subitamente, transformando a ordenação anterior. No passado, a terra era a única fonte de riqueza; os latifundiários compunham a elite governante, e a virtude era a pedra angular da disponibilidade para participar da vida pública. Como parte dessa tradição virtuosa, os cidadãos carregavam armas. Um exército profissional permanente era anátema para esse ideal agostiniano, cultivado nos séculos XVII e XVIII (na Constituição norte-americana há nítidos ecos disso: direito de ter armas). Desse ponto de vista o comércio estava corrompendo as pessoas, porque o dinheiro se torna um solvente de todos os relacionamentos antes baseados na honra, no *status*, no dever. Em toda parte as elites queriam pôr fim a essa comercialização da vida. O comércio era indulgente, estimulava o luxo e as trocas anônimas.”

Ou mais especificamente, como melhor apreciado na sequência deste estudo: “o sujeito existe apenas a título de representante da mercadoria que ele possui, isto é, a título de representante de si próprio enquanto mercadoria” (EDELMAN, 1976, p. 95).

A apropriação da *res* como propriedade privada é tão introjetada no sistema econômico que nega toda a determinação do ser humano que não em termos quantitativos. Em outros termos: “*el sujeto propietario inmerso en el sistema de la economía de mercado y de la economía de la producción por la producción transforma profundamente las técnicas de identificación y nos devuelve un sujeto que en adelante será mensurable sólo en el terreno cuantitativo*”, como afirmado por Pietro Barcellona (1996, p. 118).

A capacidade de ser sujeito de direito é descolada da personalidade do ser humano, da sua personalidade concreta, vivente, deixando de ser uma vontade consciente para transformar-se uma propriedade social, com função bem definida na ordem capitalista: a de permitir a troca de mercadorias (PACHUKANIS, 1988, p. 73). Daí a conclusão de Pietro Barcellona (1996, p. 118): “*el sujeto propietario inmerso en el sistema de la economía de mercado nos es restituido así como sujeto general, pero cada vez más pobre de determinaciones cualitativas.*”

Seria possível identificar, assim, certa secularização do homem cristão medieval, como posto por Juan Ramón Capella (2002, p. 104-105). Os indivíduos não seriam mais cristãos, submetidos a uma ordem social e econômica que tinha na obediência religiosa o alicerce do seu funcionamento. O conceito de humano é libertado de todo preceito cristão de toda coação moral ou religiosa, própria do medievalismo.

Como consequência disso, passam a ser considerados como uma espécie de autômatos programados, guiados por princípios egoísticos de busca do prazer e de repulsa às perdas, já que inseridos numa lógica de acumulação de riqueza que não conhecia paradigma nos modos de produção precedentes.⁹⁹

⁹⁹Seguindo essa mesma argumentação, Jean Baudrillard (2007, p. 80): “O consumidor e o cidadão moderno não têm que se esquivar à coação de felicidade e de prazer, que na nova ética constitui o equivalente da obrigação tradicional de trabalho e de produção. O homem moderno passa cada vez menos a vida na produção pelo trabalho e cada vez mais na produção e inovação contínua das próprias necessidades e do bem-estar. Deve velar pela mobilização constante de todas as virtualidades e capacidades consuptivas. Se se esquecer, lembrar-lhe-ão com gentileza e insistência que tem o direito de ser feliz.”

As pessoas estariam, nesse contexto, de acordo com o momento histórico próprio do capitalismo que é o individualismo,¹⁰⁰ na medida em que estão na busca constante de seu próprio benefício para evitar as perdas, alheios aos valores característicos da solidariedade¹⁰¹ social.

O sujeito de direito que emerge, nessas circunstâncias, nada mais seria do que a forma civilizada, portanto moderna, do homem cristão medieval, sendo que, na sua relação com a *res*, vai identificar esta com a totalidade do mundo, sobre a qual o indivíduo deve reinar de forma livre e soberana, uma vez que ela está liberada dos desígnios dos senhores feudais¹⁰² (MEIRELES, 1990, p. 278), como, de resto, são todas as coisas (*res*) sujeitas à ordem capitalista.

¹⁰⁰Nota-se assim um ordenamento jurídico de traço individualista (egoísta) bastante nítido, que tem no bem-estar material do indivíduo um sinal inequívoco de um direito subjetivo que lhe é imanente, por ser assim um direito natural de toda e qualquer pessoa (MONREAL, 1988, p. 99). Tal afirmação do homem no fenômeno político, consoante pensado pelos iluministas, institui um novo parâmetro filosófico que é a proteção dos seus interesses e direitos fundamentais, notadamente aqueles relacionados com a propriedade privada, tudo a ser garantido pelo Estado moderno (MASCARO, 2010, p. 138). O individualismo torna-se assim o programa político do capitalismo. De acordo com os princípios liberal-individualistas, a atividade dos homens está vinculada à livre iniciativa e ao espírito do lucro, amparados pelas garantias individuais e a liberdade empresarial; sendo tudo isso garantido pelo direito de propriedade privada e liberdade de contratação (MONREAL, 1988, p. 99). O individualismo, que surge da Idade Moderna e perdura até hoje, postula a defesa intransigente da propriedade privada, que é, por seu turno, elevada a categoria de direito individual “e dele contra todos, *erga omnes*” (MASCARO, 2010, p. 138). Individualismo, direito subjetivo, antiabsolutismo, contratualismo, universalidade de direito, limitação legal do Estado: tais princípios constituem, desde a Idade Moderna, os fundamentos jusfilosóficos do capitalismo, surgidos das suas necessidades práticas (MASCARO, 2010, p. 136). Daí o direito natural moderno ganhar um caráter universal, racional e eterno (MASCARO, 2010, p. 154), o que é um traço marcante das codificações privadas modernas.

¹⁰¹Como anotado por José Fernando de Castro Farias (1998, p. 194), ante o individualismo da época atual, “a palavra solidariedade torna-se uma espécie de fantasma na memória do homem contemporâneo, servindo para dar consciência a uns e amenizar a má consciência de outros.” Sendo assim, o individualismo “reduz-se à saciedade dos próprios prazeres. Abandona-se o individualismo transgressivo, militante e heróico, como forma de contestação e transformação do mundo, para limitá-lo ao hedonismo no qual a satisfação íntima (egoística), realizável por consumo de aparatos tecnológicos de *entertainment* e produtos de culto ao corpo, é proposta como principal finalidade da existência” (SILVA, 2009, p. 279).

¹⁰²Sobre o assunto, Henrique da Silva Seixas Meireles (1990, p. 280): “Assim, o impacto do direito subjectivo, que ‘resume’ ao nível do sistema jurídico o efeito que a teologia da pessoa teve sobre a recepção na Europa do Direito Romano, produz aquela deslocação do referente do *dominium* (da esfera da produção para a esfera da circulação) e a correlativa metaforização do sujeito - a transformação da pessoa no sujeito (forma jurídica do *homo oeconomicus*) através da ‘internalização’ do *dominium* - o que vai ter efeito um ideológico estruturante, não apenas sobre o significado jurídico do *dominium*, mas também sobre a estrutura e sentido de outras formas jurídicas. É o início daquilo a que F. Engels chama ‘concepção jurídica do mundo’ e E. B. Pachukanis o segundo ciclo de desenvolvimento dos ‘conceitos jurídicos gerais’: este segundo ciclo respeita aos ‘séculos XVII e XVIII, na Europa, quando pensamento filosófico descobriu a significação universal da forma jurídica como potencialidade que a democracia burguesa era chamada a realizar.”

Isso porque, numa perspectiva do jusnaturalismo, esse é um direito imanente a cada ser humano, isto é, à natureza das coisas.¹⁰³ Nesse sentido, num plano ideal todo homem deve ser proprietário, ou seja, ter a mais plena liberdade de ação em relação à *res*, por ser esta uma faculdade inerente à condição humana.

Com efeito, o homem medieval internaliza o *dominium* (a condição de proprietário) sobre si e sobre as coisas (*proprium*¹⁰⁴), de tal sorte que a propriedade, juntamente com o contrato, torna-se uma categoria fundamental da ideologia dominante que preside a constituição do sujeito de direito (MEIRELES, 1990, p. 257-259).

É, portanto, na relação estabelecida entre pessoa e coisa que se revela o sentido concreto do sujeito de direito, que é o sentido da pessoa como proprietária de mercadorias, que encontra a sua realização plena quando inserida no mercado. Ou como melhor afirmado por Evgeni B. Pachukanis (1988, p. 75):

Na realidade, a categoria sujeito de direito é, evidentemente, estabelecida no ato de troca que ocorre no mercado. E é justamente neste ato de troca que o homem realiza na prática a liberdade formal da autodeterminação. A relação do mercado revela esta oposição entre o sujeito e o objeto num sentido jurídico particular. O objeto é a mercadoria e o sujeito é o sujeito proprietário de mercadorias que dispõe delas no ato de apropriação e de alienação. É justamente no ato de troca que o sujeito se manifesta pela primeira vez em toda a plenitude das suas determinações.

¹⁰³A “natureza” aqui mencionada só tem sentido quando apreendida no aspecto patrimonial. Nas relações econômicas, deveria existir um direito natural, isto é, imanente à natureza humana, referenciado na propriedade privada que, a despeito desse igualitarismo, fosse capaz de admitir uma distribuição desigual de bens, na medida em que alguns são mais laboriosos e sensatos que outros (MONREAL, 1988, p. 98). Ou seja, um conjunto de regras universalmente necessárias à vida social que surgiria com o modelo liberal de sociedade e Estado que seriam estabelecidos. Para tanto, resgata-se o idealismo. Foram recuperados, sob outro colorido, os fundamentos do jusnaturalismo clássico, na medida em que somente este, desde a antiguidade, é conveniente e adequado à natureza humana (ARNAUD, 1978, p. 47). Surge, por esses fundamentos, a ideia dominante de que o direito, de característica jusnaturalista, pode ser descoberto pelo homem em sua própria razão: este é o humanismo jurídico que inicialmente foi posto pela classe econômica dominante, a ser amparada pelo direito civil, em especial pela sua forma logicamente estruturada que é a codificação civil (ARNAUD, 1978, p. 48).

¹⁰⁴Sobre a assimilação do *proprium* pelo direito moderno, na medida em que a *res* foi liberta de todos os laços de dominação feudal que lhe obstavam a livre circulação, a seguinte lição de Pietro Barcellona (1996, p. 48): “*El propium que antes definía la pertenencia y el conjunto de las relaciones personales que ésta lleva consigo, se convierte ahora en propiedad anónima, propium en sí y por sí, apropiabilidad abstracta, alienabilidad, disposición circular del mercado.*”

Com efeito, tal relação *persona/res*, explicitada no direito de propriedade, torna-se o modelo que orienta a relação de apropriação que o sujeito (*persona*), por meio do *ius*, estabelece consigo mesmo e com o mundo.

Outra consequência da forma sujeito de direito é a própria redução do ser humano à condição de mercadoria. Quando mencionada aqui a equivalência subjetiva, como um livre querer do homem na relação com outrem no mercado para a realização do circuito de trocas, foi afirmado também que o indivíduo seria livre somente na esfera de circulação.

Ainda na trilha desse argumento, Márcio Bilharinho Naves (2008, p. 67-68) vai ponderar que se é a troca que constitui a liberdade do homem, ou que justifica tal atributo no âmbito da economia, quanto mais se alarga a sua esfera de comercialização, tão mais livre ele será. Com efeito, a expressão mais completa da liberdade humana ocorre quando o ser humano dispõe a si mesmo como mercadoria. Isso porque o empregado, no ato da troca, torna-se um proprietário que põe no mercado algo que é de sua essência, a sua “alma”: a força de trabalho, objeto do seu comércio. Com pertinência, Bernard Edelman (1976, p. 94) põe essa questão nos seguintes termos:

A forma sujeito de direito é aporética, isto é, põe um problema que não pode resolver. Se o homem é para ele mesmo o seu próprio capital, a circulação deste capital supõe que ele possa dispôr dele em nome (ao preço) dele próprio, isto é, em nome do capital que o constitui. Podemos resumir esta aporia: o homem deve ser simultaneamente sujeito e objeto de direito. O sujeito deve realizar-se no objecto e o objecto no sujeito.

Eis o único objeto que pode dispor livremente como mercadoria para garantir a sua sobrevivência. Nessa oportunidade, realiza a si mesmo a qualidade de sujeito de direito e objeto de direito; o homem torna-se dual: sujeito e objeto. A liberdade do homem é o seu livre consentimento, sendo que este não é outra coisa senão o ato de contratar, de modo que, nas relações sociais, aparece perante o outro como proprietário de si mesmo, porque dono da mercadoria força de trabalho.

Ele deve, portanto, pôr-se em relação consigo próprio, de sorte que deve vender-se no seu foro íntimo que é também o seu próprio mercado, isto é, o sujeito deve poder levar ao

mercado os seus atributos, na qualidade de proprietário e, ao mesmo tempo, mercadoria (propriedade) a ser adquirida por outrem (EDELMAN, 1976, p. 96).

Destarte, a livre troca da propriedade de si implica a produção e a consumação dessa relação econômica. Para tornar realidade a faculdade de alienação do indivíduo, deve-se pô-lo em termos de propriedade, de sorte que a estrutura do sujeito do direito (vontade-produção-propriedade) representa a própria expressão jurídica da comercialização do homem, da sua reificação (NAVES, 2008, p. 68).

2.6 DIREITO CIVIL COMO DIREITO CAPITALISTA

San Tiago Dantas (1977, p. 21-22) ensina que a expressão direito civil tem origem no direito antigo. O *ius civile*, no direito clássico, expressava as normas de direito privado aplicáveis somente aos cidadãos romanos, sendo o *ius gentium* o direito relativo aos estrangeiros.

Com a decadência do Império Romano, as definições jurídicas são reordenadas. O direito civil passa a indicar, indistintamente, todas as relações de natureza privada que tinham sido ordenadas pelos romanos e materializadas em seus monumentos legislativos, no código, nas *Institutas* e nas *Pandectas*, de tal sorte que o direito privado passa a ser denominado como direito civil.

No período medieval, direito civil e direito privado são tidos rigorosamente como sinônimos, de modo que entre eles não se podia pretender qualquer diferenciação. Já no Renascimento, com o impulso das rotas comerciais que se descobriam, os comerciantes reclamavam certa especialização de normas, costumes e institutos de matriz civilista.

O que surgiu como direito próprio das corporações, constitui-se naquilo que seria denominado direito comercial, um direito especial em relação à regra geral que é o direito civil (DANTAS, 1977, p. 24), ou ainda um direito civil “comercializado”, segundo a proposta de Henrique da

Silva Seixas Meireles (1990, p. 275).¹⁰⁵ A partir daí pode-se identificar uma quebra do direito privado, com a especialização do direito civil em outras normas e códigos a partir das exigências de uma vida social mais dinâmica e complexa, tal como se deu inicialmente em relação ao direito comercial e, posteriormente, em relação ao direito do trabalho e ao direito do consumidor.

Sem adentrar na discussão acerca da importância do estudo científico dessas outras codificações privadas como ramos autônomos do direito, em verdade, elas trazem em seus núcleos aquilo que foi inaugurado e sistematizado pelo direito civil durante séculos, tais como contratos, boa-fé, domicílio, posse, responsabilidade civil, propriedade, obrigações *etc.*

Daí a assertiva, ainda atual, de que “o direito privado é um só” (DANTAS, 1977, p. 21), sendo certo que as soluções propostas pelo direito civil servem de rumo seguro para aquelas outras áreas do direito por ser a principal norma que rege as relações de direito privado (MAXIMILIANO, 1979, p. 318).

Portanto, foi essencialmente a partir do direito civil que se abriram as possibilidades de realização¹⁰⁶ do capitalismo, com a garantia da circulação das mercadorias que tinham sido

¹⁰⁵Sobre direito privado, entenda-se direito civil, essencialmente, nos termos do que proposto por Andre-Jean Arnaud (1978, p. 49): “*Esta preeminencia del Derecho fue esencialmente la del Derecho privado – que regula las relaciones inter-individuales – y particularmente la del Derecho Civil. Lo [derecho] comercial no es más, en un régimen capitalista, que una excrecencia natural de ciertas relaciones civiles cuando éstas, generalizadas y multiplicadas entre profesional es del comercio, requieren medidas más precisas, más especializadas.*” E no mesmo sentido crítico, Pontes de Miranda (1970, tomo 1, p. XXII): “Para quem observa, isentamente, o que se passou com o direito comercial, nota a dificuldade com que se quis arrancar do direito privado o todo suficiente para aparecer, como autônomo, ramo de direito privado que apenas consistia em algumas leis especiais e algumas regras jurídicas concernentes aos comerciantes. Algumas leis foram soldadas ao direito comercial sem se justificar tal soldagem deliberada e violenta.”

¹⁰⁶Como exemplo, o Código Napoleão, fundamental para estabelecer legalmente o *modus operandi* da economia capitalista. Quando da promulgação do *Code Civil* de 1804, ficou reconhecida a livre circulação de bens, quaisquer que fossem eles, inclusive a propriedade fundiária advinda dos senhores feudais e da Igreja, que, no regime anterior, não eram suscetíveis de transação comercial. Antes mesmo desse *codex* entrar em vigor, já havia “uma produção legislativa entusiástica e febril, sobretudo uma legislação precipitada sobre os solos e as hipotecas, nas quais se exprimiam os interesses da nova sociedade burguesa na mobilização da propriedade fundiária possibilitada pela abolição da feudalidade” (WIEACKER, 2010, p. 387-388). É, todavia, no código civil que isso é devidamente sistematizado. Ao tratar da aquisição da propriedade, o artigo 711 do *codice* francês é expresso em afirmar que “a propriedade dos bens se adquire e se transmite por sucessão, por doação entre vivos ou testamentária, e por efeito das obrigações”; para logo em seguida, no artigo 732, asseverar que “a lei não considera nem a natureza nem a origem dos bens para regular a sucessão.” Pela codificação civil francesa, a propriedade imobiliária transmite-se, por exemplo, de forma igualitária entre todos os descendentes “sem distinção de sexo nem de primogenitura, e mesmo que sejam oriundos de diferentes casamentos” (artigo 745). Isso permitiu, por exemplo, que a propriedade fundiária herdada pudesse ser fracionada em várias partes, facilitando, assim, a sua venda no mercado, na medida em que vários herdeiros poderiam dispor do seu quinhão da maneira que melhor lhe conviesse, considerando que, no processo sucessório, ele não mais ficava restrito a

libertadas das relações de domínio e servidão do medievalismo. Isto é, “a livre disponibilidade de bens no mercado” (PACHUKANIS, 1988, p. 69), garantida pelos institutos de direito civil romano, adaptados às necessidades práticas do capitalismo. Aqui em especial menciona-se a sistematização que ali foi dada à figura do contrato de compra e venda, forma de aquisição, por excelência, da propriedade.

As relações essenciais do capitalismo a serem tuteladas pelo direito civil são aquelas relativas aos direitos econômicos fundamentais: propriedade (propriedade privada e herança) e a liberdade de contratar.¹⁰⁷ Daí surge um direito patrimonial novo no qual propriedade e contrato refletem uma concepção de riqueza que não está pré-ordenada ao consumo ou à satisfação de necessidades, mas à obtenção de nova riqueza a partir da circulação de mercadorias (MEIRELES, 1990, p. 268).

Segundo Márcio Bilharinho Naves (2008, p. 53-54), as formas do direito são determinadas pelas formas da economia mercantil. Isto é, a relação econômica de troca deve existir para que exista a relação jurídica, sendo aquela o pressuposto necessário desta. É por isso que o âmbito da circulação mercantil vai ser o *locus* onde os sujeitos-proprietários estabelecem relações mútuas de troca de mercadorias que dão origem às relações jurídicas; sendo que estas vão sustentar e legitimar aquelas, inclusive determinando seu cumprimento pela coação estatal.

Logo, “a relação social da qual a forma jurídica é o ‘reflexo’ é, assim, a relação [jurídica] dos proprietários de mercadorias entre si” (NAVES, 2008, p. 56-57). Esse mandamento impregna os institutos jurídicos, notadamente os de natureza privada. Por tal premissa, conclui-se que a esfera de circulação de mercadorias é que vai produzir “as diversas figuras do direito, como uma decorrência necessária do seu movimento” (NAVES, 2008, p. 54). Com efeito, os institutos privados, sobretudo o contrato e a propriedade, tal como conhecidos hoje, sofreram uma mutação para tornar realizável a troca mercantil capitalista.

uma pessoa como ocorria nos regimes anteriores. Ou seja, a codificação civil francesa, a partir do direito fundiário e sucessório, permitiu a igualdade jurídica dos cidadãos e a liberdade de ação econômica e contratual, consoante asseverado por Franz Wieacker (2010, p. 390). Ainda de acordo com o código francês, a supremacia do patrão na relação de trabalho foi legalmente estabelecida, de forma explícita, como comprova o artigo 1.781 (atualmente revogado): “o patrão é acreditado sob a afirmação: acêrca da importância das gratificações; acêrca do pagamento dos salários do ano vencido; acêrca dos adiantamentos feitos no ano corrente”.

¹⁰⁷Vital Moreira (1987, p. 111) ainda inclui neste binômio a liberdade de empresa (comércio e indústria), porém ele mesmo ressalta que este instituto “não é mais do que a extensão do direito de propriedade dos meios de produção.”

Ante tal perspectiva, intercalaram-se dentro do esquema formal de contrato (contratos de compra e venda, de empréstimo, de transporte *etc.*) elementos próprios do ato econômico capitalista (expectativa de lucro, cálculo de capital). Todo o sistema de contratação civil até então conhecido “se transformou internamente e mudou qualitativamente de sentido” (MEIRELES, 1990, p. 268), sendo substituído por sua configuração moderna.

O contrato civil herdado da antiguidade fundava-se nos *actos de hacienda* ou *de patrimonio*, que tinham por escopo a satisfação de necessidades essenciais e primárias e pelo cálculo natural. Com o advento da expansão do comércio ultramarino, converteu-se paulatinamente num contrato privado decorrente de atos mercantis (MEIRELES, 1990, p. 268).¹⁰⁸

Os atos de comércio, que então se consolidavam, reclamavam autonomia pessoal e a vinculação voluntária entre os indivíduos, o que era em confronto com as relações feudais estabelecidas na época (KASHIURA JÚNIOR, 2009a, p. 53). Assim deveria ocorrer porque no âmbito do direito tudo se passa entre as pessoas, justamente no âmbito das suas relações privadas: empregador/empregado, vendedor/comprador, doadores/donatários *etc.* Tudo passa a ser “objeto de decisão, de vontade, numa palavra, de Razão” (MIAILLE, 1994, p. 94).

Assim ocorre porque é no contrato que a autonomia da vontade vai residir, justamente porque autoriza a reivindicação de determinados comportamentos do devedor, ou aplicação de sanções contra ele em caso de incumprimento da lei ou do contrato; reivindicação que se reveste como um direito subjetivo disponibilizado em favor do titular do direito.

Foi remodelado, para tanto, o sistema contratual romano, que era essencialmente mais estanque porque o próprio sentido da propriedade era de imobilidade, como colocado por Henrique da Silva Seixas Meireles (1990, p. 170-171). Isso porque a *res* tinha por característica fundamental propiciar ao seu titular a sua fruição exclusiva, absoluta e perpétua, já que a circulação de bens não estava generalizada no modo de produção escravagista.

¹⁰⁸Como explicita Anselm Jappe (2006, p. 61-62), no sistema capitalista, “a satisfação das necessidades deixou de ser o objetivo da produção, tendo passado a ser um aspecto secundário”, ao criticar que a sociedade capitalista obedece ao impulso de crescer a qualquer preço, nem que seja pelo consumo de produtos desnecessários à manutenção (sobrevivência) do grupo social.

O contrato capitalista, notadamente o de compra e venda, passou a ser regido pelo princípio da liberdade de forma,¹⁰⁹ pelo qual são atendidas as exigências da multiplicação da riqueza e da dinâmica dos negócios a partir da valorização do capital comercial.

Tal alteração decorreu justamente porque as formas de transmissão da propriedade, típicas do *ius civile*, na sua apreensão original, estavam em contradição com as novas necessidades da economia que exigiam, sobretudo, rapidez e simplicidade na concretização da atividade econômica privada.

Também foi alterada a concepção de propriedade no capitalismo, haja vista que os bens passam a ser considerados, fundamentalmente, a partir do seu valor de troca (MEIRELES, 1990, p. 146), diversamente do *dominium* romano, no qual não era possível ao proprietário a mais ampla faculdade de disposição da *res* que lhe pertencia. Nesse sentido, a própria *res* passa a significar, como categoria jurídica, toda coisa suscetível de troca, ou seja, a *res* representa no plano jurídico sistemático a própria mercadoria capitalista.

Pietro Barcellona (1996, p. 48) aponta que mesmo a propriedade imóvel da época, raiz da propriedade privada moderna, se adaptou logo ao movimento da mercadoria capitalista¹¹⁰ que

¹⁰⁹O contrato por adesão talvez seja o melhor exemplo dessa mutação contratual decorrente da dinâmica do capitalismo. Ele é dirigido, indistintamente, ao mercado consumidor, relacionando-se diretamente com a mercantilização de produtos e serviços de produção massificada, sem se referir especificamente a determinado adquirente. Como ordinariamente posto pela doutrina (cf. NERY JÚNIOR, 1998), tal espécie contratual traz em seu bojo cláusulas gerais que têm por atributos o estabelecimento prévio de condições, unilateralidade da estipulação, rigidez e abstração, como são exemplos os contratos bancários, de planos de saúde, de consórcio *etc.*

¹¹⁰De acordo com Karl Polanyi (2012, p. 200-201): “A comercialização do solo foi apenas outro nome para a liquidação do feudalismo, que se iniciou nos centros urbanos ocidentais, inclusive na Inglaterra, no século XIV e terminou cerca de 500 anos mais tarde, no decurso das revoluções europeias, quando foram abolidos os remanescentes da servidão feudal. Tirar o homem da terra significava reduzir o corpo econômico a seus elementos, de forma que cada elemento pudesse inserir-se naquela parte do sistema onde fosse mais útil. O novo sistema se organizou, de início, lado a lado com o antigo, que ele tentou assimilar e absorver através da manutenção do controle daquela terra ainda ligada a laços pré-capitalistas. O sequestro feudal da terra foi abolido. ‘O objetivo era a eliminação de todas as reivindicações por parte das organizações de vizinhança ou de parentesco, principalmente as da viril estirpe aristocrática, assim como as da Igreja – reivindicações que isentavam a terra da comercialização ou da hipoteca’. Parte desse objetivo foi atingido pela força individual e a violência, parte por revoluções do alto ou de baixo, parte pela guerra e a conquista, parte pela ação legislativa, parte por pressão administrativa, parte pela ação espontânea de pessoas privadas, em pequena escala, ao longo de muito tempo. O fato desse transtorno ser rapidamente absorvido ou causar um ferimento aberto no corpo social dependeu basicamente das medidas tomadas para regular o processo. Os próprios governos introduziram fatores poderosos de mudança e ajustamento. A secularização das terras da Igreja, por exemplo, foi um dos fundamentos do estado moderno até a época do Risorgimento italiano e, bem a propósito, ele foi um dos meios principais da transferência ordenada da terra para as mãos de indivíduos privados. Os maiores passos isolados foram dados pela Revolução Francesa e pelas reformas benthamitas das décadas de 1830 e 1840. ‘A condição mais favorável para a prosperidade da agricultura’, escreveu Bentham, ‘aparece quando não há entraves, doações inalienáveis, terras comuns, direitos de redenção, dízimos ...’. Uma tal liberdade no tratamento da propriedade, especialmente

é posta livremente no mercado para ser transacionada, convertendo-se também em uma. O feudo se converte assim em mero instrumento de troca, submetendo a terra e a natureza às regras do mercado capitalista, de modo que *la renta* que definia a antiga relação senhorial sobre a terra, transforma-se em *renta negociable*.

Cai por chão a sentença medieval *nulle terra sans seigneur*, que definia o poder do soberano sobre a propriedade imobiliária. O poder do proprietário se manifesta como poder que decorre da funcionalidade da propriedade privada, sem o colorido político, de soberania, próprio do medievalismo. Para o capitalista, resta então a incessante tarefa de comprar e revender, haja vista que seu lucro é tanto maior quanto mais comprar e revender dentro da lógica D-M-D', autorizadora do lucro capitalista (MEIRELES, 1990, p. 269). Nesse sentido é o texto revelador de Anselm Jappe (2006, p. 60-61):

Na sociedade mercantil desenvolvida, a primeira fórmula [mercadoria-dinheiro-mercadoria] converte-se então numa outra: dinheiro-mercadoria-dinheiro (D-M-D). O proprietário de uma certa soma de dinheiro gasta-a para adquirir uma mercadoria que de seguida pode voltar a transformar-se de novo em dinheiro. Neste ponto não tem importância saber se o faz revendendo um objeto por um preço maior do que aquele que pagou ao comprá-lo (capital comercial) ou comprando força de trabalho para a explorar (capital industrial). O que conta é o fato de esta operação que vai do dinheiro ao dinheiro, não ter qualquer sentido para os que nela participam se a soma de dinheiro que surge no final do processo não for maior do que a soma inicial. Com efeito, ao passo que entre as duas mercadorias da fórmula M-D-M existia uma diferença qualitativa (o vendedor de calçado renuncia a um par de sapatos para comprar pão), o dinheiro é sempre qualitativamente o mesmo e a diferença entre as

a propriedade da terra, era parte essencial da concepção benthamita de liberdade individual. Ampliar essa liberdade, de qualquer maneira, foi o objetivo e o resultado da legislação do tipo dos Prescriptions Acts, dos Inheritance Act, Fines and Recoveries Act, Real Property Act, do amplo Enclosure Act de 1801 e seus sucessores, é assim como os Copyhold Acts de 1841 até 1926. Na França, e em grande parte do continente, o Code Napoléon instituiu formas de propriedade para a classe média, transformando a terra em bem comerciável e tornando a hipoteca um contrato civil privado.” Complementando o tema, Karl Marx (2004a, p. 29): “ A gloriosa revolução (glorious revolution) levou ao poder, em Guilherme III, Príncipe de Orange, fabricantes de dinheiro, grandes detentores de terras e capitalistas de baixa condição. Inauguram a nova era com uma dilapidação verdadeiramente colossal do tesouro público. Os domínios do Estado, roubados até essa data com moderação, dentro dos limites da decência, foram então extorquidos à viva força do rei adventício como compensações devidas aos seus antigos cúmplices, ou vendidos a preços irrisórios, ou enfim, sem formalidade alguma, anexados a propriedades privadas. Tudo isso a descoberto. Com ruído, descaradamente, desprezando-se mesmo as aparências legais. Esta apropriação fraudulenta do domínio público e a pilhagem dos bens eclesiásticos, excetuando aqueles que a revolução republicana pôs em circulação, eis aí a base sobre que repousa o poderio dominador da atual oligarquia inglesa. Os burgueses capitalistas favoreciam a operação com fim de fazer da terra um artigo de comércio, de aumentar as suas reservas de proletários do campo, de ampliar a agricultura em grande escala etc.”

duas somas só pode ser quantitativa. Mas esta diferença quantitativa tem que existir – ninguém compraria uma coisa para a revender ao mesmo preço. A fórmula D-M-D só existe, pois, sob certa forma: dinheiro-mercadoria-mais dinheiro (D-M-D´). Não se exagera muito se se afirmar que a conversão da fórmula M-D-M na fórmula D-M-D´ encerra em si toda a essência do capitalismo.

A propriedade capitalista, nesse contexto, termina por mercantilizar inclusive os bens incorpóreos (marcas, patentes, nomes de estabelecimento *etc.*) por também vinculá-los à esfera de circulação (MEIRELES, 1990, p. 269). Segundo tal posição, até mesmo os produtos culturais são tidos como mercadorias,¹¹¹ haja vista que se submetem aos mesmos critérios de eficiência e rentabilidade que são aplicados aos demais bens de consumo (LIPOVETSKY, 2005, p. 103), o que culmina por alcançar até mesmo os artigos acadêmicos, que também assumem aspectos de mera mercadoria (cf. CASTIEL; SANZ-VALERO, 2007). É, pois, a generalização da mercadoria, sua reificação para todas as instâncias da vida social, de tal sorte que tudo passa a ter um valor decorrente da troca mercantil.

De tão importante, a propriedade capitalista não se caracteriza mais por ser uma posse fluante e instável, uma posse meramente de fato, passível de contestação. Ela torna-se um direito absoluto burguês, estável, que segue a coisa por todo lado, de tal modo que, ante a sua importância, é protegida pelas leis, polícia e tribunais (PACHUKANIS, 1988, p. 73).

É, portanto, com tal visão civilística que o homem concreto, transvertido de sujeito de direito, no desenvolvimento de suas atividades privadas capitalistas (de caráter civil-natural), tem garantido pelo sistema de normas estatais (*protectio*), o acesso (*licere*) aos bens – através dos

¹¹¹Mesmo a atividade jurídica dos advogados não escapa dessa lógica. Assim é a crítica de Eros Roberto Grau (2000, p. 39-40) sobre certa mercantilização do direito: “Isso significa que a norma é produzida não apenas a partir de elementos que se desprendem do texto [mundo do deve-ser], mas também a partir de elementos do caso aos quais será ela aplicada, isto é, a partir de elementos da realidade [mundo do ser]. O que incisivamente deve aqui ser afirmado, desde a metáfora de Kelsen, é o fato de a ‘moldura da norma’ ser, diversamente, moldura do texto, mas não apenas dele; ela é, concomitantemente, moldura do texto e moldura do caso. O intérprete interpreta também os fatos que consubstanciam o caso, necessariamente, além dos textos, ao empreender a produção prática do direito. Por isso tenho insistentemente afirmado inexistirem soluções previamente estruturadas, como produtos semi-industrializados em uma linha de montagem, para os problemas jurídicos. O trabalho jurídico de construção da norma aplicável a cada caso é trabalho artesanal. Cada solução jurídica, para cada caso, será sempre, renovadamente, uma nova solução. Por isso mesmo – e tal deve ser enfatizado -, a interpretação do direito realiza-se não como mero exercício de leitura de textos normativos, para o que, repito-o, bastaria ao intérprete ser alfabetizado.” Isso porque, ainda de acordo com Eros Roberto Grau (2000, p. 38), “a autoridade dos juristas que respondem a consultas elaborando pareceres é construída não apenas sobre o capital intelectual acumulado mercê de efetiva dedicação ao estudo do direito, mas também sobre a sua prudência e sobre sua seriedade intelectual. De nada vale a sabedoria para o imprudente e para quem responda a consulta não segundo a sua convicção, mas conforme os desígnios de quem as encomenda e paga.”

contratos – e, ao mesmo tempo, o pacífico exercício do seu direito de propriedade (*ius utendi, fruendi et abutendi*) (MEIRELES, 1990, p. 252-253).

Afora isso, é importante destacar também a estabilidade que o direito civil vai garantir às variáveis da economia capitalista, nos termos do que também proposto por Henrique da Silva Seixas Meireles (1990, p. 352-354).

A lógica da economia capitalista, no nível microeconômico, é a do direito civil burguês uma vez que o quadro institucional por onde os agentes econômicos transitam é o de uma sociedade lastreada numa economia de mercado, na qual os preços são formados pela discussão entre a oferta (venda) e a procura (compra), ou seja, a esfera de circulação de mercadorias.

Portanto, as relações privadas de compra e venda de mercadorias, juridicamente tuteladas, vão dar estabilidade ao sistema, a despeito dos elementos do mercado (v.g.: taxa de juros e lei da oferta e da procura) serem variáveis em diversos graus e direções. A sociedade civil, desse modo, é construída por relações de troca, regulada por um direito civil patrimonial no qual a propriedade privada e o contrato (*obligatio*¹¹²) são elementos essenciais. Ou como “civilisticamente” proposto por Manoel A. Domingues de Andrade (1966, p.12):

Vê-se, pois, que é no instituto obrigacional que reside principalmente a forma ou instrumento jurídico da vida econômica, no aspecto da circulação da riqueza, e também, numa larga medida, quanto ao aspecto da produção e até quanto ao da repartição. Basta notar que ao domínio das obrigações pertencem estas correntíssimas figuras negociais: a venda, a troca, o empréstimo, a locação de coisa, o mandato, a locação de serviços, a empreitada (aliás ela mesma uma variante da locação de serviços em sentido largo), o contrato de sociedade. Isto faz-nos tocar

¹¹²Sobre o caráter essencialmente patrimonial do direito obrigacional, Orlando Gomes (1967, p. 1) já reconhecia a estreita ligação entre ele e a economia (capitalista), ao afirmar que todo o direito, e não somente o direito civil, funciona “à base de relações obrigacionais que tendem a adaptar interesses mui diversos, mais ou menos, especializados, cabendo dizer sem exagero, que o conceito de obrigação constitui a armadura e o substrato do Direito, e, ainda, de modo geral, de todas as ciências sociais.” Isso porque “toda a pessoa humana se acha emaranhada na rede econômica do Direito das Obrigações, não havendo estatística capaz de registrar o número de relações obrigacionais travadas mundo afora.” Clóvis Beviláqua (1977, p. 27) também confirma o mesmo argumento: “É tão real essa íntima correlação entre a vida econômica e o desenvolvimento das obrigações, aliás comprovada pela verificação histórica e pelo exame da actualidade, que D’AGUANO pode afirmar, com segurança e verdade: ‘a prosperidade das nações tem andado pari passu com o desenvolvimento dos contractos, porque este desenvolvimento implica a existência e a circulação das mercadorias e dos capitais’; e conclui: ‘o desenvolvimento das obrigações é, pois, um verdadeiro índice da riqueza e da civilização’.”

com o dedo a transcendente significação econômica das relações obrigacionais; e falar da significação econômica é falar de significação prática, vital, sabido como é essencial a função do econômico na vida dos homens, sendo a satisfação dos interesses econômicos pressuposto da satisfação dos interesses ideais – mais altos, sem dúvidas, mas que não podem prescindir daqueles outros.

Por permitir a troca de bens da vida, pode-se afirmar então que o sistema econômico capitalista assenta-se fundamentalmente nas relações sociais reguladas pelo direito privado (ANDRADE, 1966, p. 12). É, portanto, pela estrutura jurídica do direito civil que resta garantida a relação de exploração do capital e de percepção de lucro na sociedade capitalista desde o século XVII, a despeito da ideia recorrente de apresentação do direito civil em termos mais dulcificados, como mera técnica de regulação da vida social e particular dos indivíduos, o que é também correto, porém incompleto, por não apreender, assim, a totalidade do fenômeno jurídico.

2.7 A IMPORTÂNCIA DA CODIFICAÇÃO CIVIL NA FIXAÇÃO DO ESTADO MODERNO E NA CONSOLIDAÇÃO DA BURGUESIA

Afora isso, o próprio processo político de codificação do direito civil presta-se para a consolidação e hegemonia da classe burguesa, de modo a identificar os seus interesses com os interesses do próprio país.

Pode-se identificar o século XVIII como o século das codificações (cf. KELLY, 2010, p. 344-349), como uma exigência do momento político e econômico do período. Por toda a Europa continental, onde se formavam os Estados modernos, a classe burguesa buscava a certeza do direito.¹¹³ Com isso desejava-se principalmente que as atividades comerciais não se

¹¹³A busca por legislações estáveis, a exemplo da física e da matemática, permitiu aos modernos a construção da escola de direito natural que era, fundamentalmente, de um direito civil moldado de acordo com os interesses da burguesia (MASCARO, 2010, p. 155). Modelo tão estanque de direito confirmou, justamente por ser assim, a ruptura com o direito anterior. Isso porque um direito relativo, flexível, circunstancial e culturalmente variável era aplicável, por exemplo, ao direito absolutista, de tal modo que seus defensores também poderiam regatear a sua legitimidade (MASCARO, 2010, p. 159). E mais: se houvesse diversidade de legislações legítimas, também haveria pluralidade de razões, sem critério objetivo para afirmar que o direito do Absolutismo devesse ser abolido. Destarte, o movimento histórico da burguesia foi no sentido inverso, afirmando a existência racional de um só direito, “chamando-o de natural, consoante o qual se possa julgar o Absolutismo e dele dizer-se injusto, porque irracional” (MASCARO, 2010, p. 159). Assim ocorreu porque o capitalismo reclama, para seu

encontrassem sujeitas à vontade do tempo e de autoridades diversas, de sorte que se pretendia a concretização das normas de convivência por meio de leis estáveis.

Por tal motivo, buscou-se um instrumento legislativo que contivesse as premissas filosóficas do humanismo burguês,¹¹⁴ a revelar uma moral individualista que expressasse a maneira do legislador de ver o mundo (ARNAUD, 1978, p. 50). Ou seja, “com a expansão do comércio e o fortalecimento dos comerciantes, estes passaram a buscar um lugar próprio no interior de uma ordem social que, no geral, era-lhes hostil”¹¹⁵ (KASHIURA JÚNIOR, 2009a, p. 53).

desenvolvimento, a previsão e a calculabilidade, de modo que a racionalidade do mercado corresponde a um direito de mesmo jaez, autorizador da circulação mercantil (GRAU, 2011, p. 119). Daí a busca pela certeza racional dos direitos bastante para garantir uma estabilidade jurídica, sendo que a sistematização dos institutos de direito civil, tal como feita até hoje, atendeu plenamente tal expectativa. O que está a se tratar nesse ponto é justamente a segurança jurídica. Isto é, a ideia de prévio conhecimento da lei e do tratamento que se dará quando da sua aplicação, a fim de que, pelo viés jurídico, o planejamento econômico de hoje siga até o seu final do modo inicialmente concebido, sem sobressaltos que possam representar prejuízos. O racionalismo jurídico, dessa forma, situa-se na própria base do Estado Moderno, porque este vai exigir coercitivamente o cumprimento das prestações advindas das relações de troca (PACHUKANIS, 1988, p. 90-92). Com efeito, suas manifestações intelectivas, como construção de conceitos e sistemas, são a própria expressão do predomínio do capitalismo e da classe burguesa, racionalista e calculadora (AMARAL, 1993, 47).

¹¹⁴ Ratifica-se aqui o caráter revolucionário da codificação, que serviu de amparo às pretensões da burguesia, ao mesmo tempo em que servia de ruptura com o feudalismo, promovendo renovação completa dos institutos jurídicos (ARNAUD, 1978, p. 56-57). No mesmo sentido, Franz Wieacker (2010, p. 390-391), ao tratar da supremacia do Código Napoleão como modelo jurídico do capitalismo: “Só com o *Code Civil* a igualdade jurídica dos cidadãos (designadamente também no direito fundiário e sucessório), a liberdade da esfera jurídica dos particulares, particularmente na liberdade de actuação contratual e econômica, se tornam axiomas vivos de uma nova imagem da sociedade. Neste ponto, aliás, o *Code* recuou perante o radicalismo individualista da revolução, por exemplo na hipoteca geral em benefício do pupilo (por intervenção pessoal de Napoleão) traços próprios de um Estado Providência e ‘contrários ao tráfico’; em medida tal que os críticos franceses têm falado de forma exagerada em tendências ‘aristocráticas’ e ‘retrógradas’. Na verdade, porém, predomina a tendência ‘antifeudal’, igualitária e centralizadora. Foi precisamente esta tendência que possibilitou o aspecto *engagé* deste código, aspecto em que se baseia a sua difusão vitoriosa por todo o mundo durante o século XIX. (...) O reverso da crença na razão, o optimismo doutrinário, partilha-o ele também com os códigos alemães ou excede-os mesmo neste ponto, pois a unificação e generalização não provêm aqui de um persistente desejo sistemático, mas de uma vontade revolucionária; assim no direito sucessório, no direito fundiário (e também na recusa da publicidade dos direitos reais imobiliários, o calcanhar de Aquiles do *Code* na sua forma originária). A razão do legislador francês tem, portanto, uma tendência anti-tradicionalista muito mais nítida – apesar da defesa da continuidade com a grande tradição jurídico-científica precedente – do que na Europa central. Foi precisamente esta característica que assegurou ao Código uma missão histórica em todas as nações que começaram a modelar-se de acordo com a imagem francesa, especialmente naquelas que viam aí uma emancipação em relação à forma de opressão interna ou externa; (...)”

¹¹⁵ O processo de codificação, reafirma-se aqui, não foi uma casualidade legislativa mas expressão do progresso cultural que se fundou na coalizão de outras vertentes culturais que pudessem identificar o código como capitalismo. Ou na melhor escrita de Andre-Jean Arnaud (1978, p. 58): “*Apareció luego la contradicción visiblemente insuperable en la tarea de unificación de legislaciones aparentemente tan irreductibles como imposibles de jerarquizar con seguridad (Derecho romano, Derecho Canónico, costumbres, Derecho impuesto) por falta de un factor de mediación. Vino, en fin, el descubrimiento de una solución, la creación de un sistema nuevo, original, por el doble de compromiso que realizaba entre las culturas en presencia, los lenguajes en competencia. No se trata aquí en absoluto de una adquisición aislada, sino de una contribución que ofrece un carácter de sistema, un estilo de vida específico de una sociedad determinada, y tanto más importante si observamos que el legislador no pudo dejar de creer que su obra podría satisfacer las aspiraciones de todo el universo.*” Andre-Jean Arnaud (1978, p. 58-59) também aponta as várias vertentes culturais que identificam o código civil como uma lei capitalista por excelência: “*Según el sistema llamado del ‘Derecho natural clásico’*

A começar pela própria organização social como encargo do Estado. O Iluminismo considerava que os males da sociedade provinham da pluralidade das fontes de direito (lei, costumes, legislações citadinas, direito canônico, direito romano *etc.*). Passava-se a considerar, então, que competia ao Estado a reserva de criar um direito que viesse ser preciso e claro quando da sua aplicação.

Era necessário então agrupar, organizar e sistematizar as normas que sustentavam a vida social e que, pelos princípios do jusracionalismo, representavam a força motriz do progresso e os instrumentos de disciplina que fariam surgir uma nova nação. Daí provém a promulgação dos códigos modernos, diplomas legislativos que reúnem as normas aplicáveis a um conjunto de relações jurídicas afins, sistematizadas de acordo com princípios jurídicos e segundo uma técnica uniforme (SANTOS, 2002, p. 97).

As codificações não fixaram ou melhoraram o direito existente, mas antes instituíram uma planificação global da sociedade por meio da reordenação sistemática e inovadora da matéria jurídica de um país, ao reunirem num só corpo a experiência e institutos jurídicos pretéritos, em especial aqueles de matriz românica ou canônica (WIEACKER, 2010, p. 366).

Outrossim a codificação privada representa um trabalho de consolidação e unificação política da nação a partir da imposição de uma mesma lei para todo o território do país (LEMBO, 1999, p. 182). O movimento de codificação foi exitoso também porque, politicamente, os soberanos entendiam os códigos nacionais como elemento essencial para suas ações de unificação, nos termos do princípio “um Estado, um código” (CAENEGEM, 2000, p. 175).

Assim foi na monarquia do Danúbio, que governava grupos étnicos heterogêneos, ou mesmo na França (“República única e indivisível”), que impôs um código para todo o país (artigo 1º

por ejemplo, el Derecho era examen de la escena de teatro que es el mundo, con sus objetos y la relaciones de los unos con los otros. Otro sistema dará el predominio a un objeto solamente del discurso jurídico. Dumat fundaba todo el Derecho en las obligaciones y las sucesiones. Pero pueden ser también los bienes los que sean considerados como el fin esencial del Derecho. (...) En otro sistema se dará la preeminencia a lo económico, y las reglas civiles aparecerán como la secuela de un dirigismo estatal. O bien aun, las relaciones jurídicas serán determinadas en función de una línea política. En otra parte, es el individuo quien será el centro geométrico de todas las reglas. Todo será concebido para él y en función de él. Generalmente, esos diversos caracteres son mezclados, y se puede calificar el sistema estudiado, en función del predominio de tal o cual preocupación. En presencia del texto del Código civil, se tratará de efectuar esta operación, y el hecho de poder considerarlo como un corpus coherente y cerrado facilita ampliamente la aplicación del análisis de estructura.”

do *Code Napoléon*¹¹⁶), a despeito dos costumes particulares locais, que eventualmente podiam constar no *codice* (CAENEGEM, 2000, p. 175).

Outro caso paradigmático foi o processo de codificação civil na Áustria, entre os séculos XVIII e XIX. Encontra-se ali uma ética política influente e uma planificação deliberada, objetivando a unificação jurídica de um Estado nascido de territórios dispersos, a fim de segurar a união arbitrária de terras e povos por meio de medidas organizativas externas (WIEACKER, 2010, p. 381).

Como posto por R.C. van Caenegem (2000, p. 176), os governantes, com isso, esperavam que os códigos nacionais lhes proporcionassem controle efetivo sobre o desenvolvimento jurídico, que historicamente foi predominantemente obscuro e esquivo, mas que autoridades agora teriam condições de controlar, como forma de centralização do poder. Isso significou o fim das múltiplas fontes legais, bem como das diversas jurisdições, como, por exemplo, os tribunais eclesiásticos, que eventualmente eram reconhecidos pelos governos seculares.

Dado o próprio caráter racional dos códigos ficou evidente, sobretudo para os déspotas esclarecidos, que o dever do soberano era estabelecer claramente os direitos dos seus súditos e ordenar ações em nome destes, que lhe garantissem proteção, segurança, assim como o bem comum e individual, de tal modo que a prática política não fosse mais voltada para a glória de Deus, a proteção da Igreja ou o poder das dinastias.

Portanto, o direito codificado em cada território era produto dos cidadãos locais, pois derivava não de um soberano, mas da *volonté générale*. Isso porque “as autoridades tinham a vontade política de dar ao povo os direitos que ele tinha perdido durante a intervenção dos juristas eruditos, com sua tendência a tratar dos assuntos jurídicos *in camera*” (CAENEGEM, 2000, p. 176).¹¹⁷

¹¹⁶Atente-se para o inteiro teor dessa norma: “As leis tornam-se executórias em todo território francês em virtude da sua promulgação feita pelo Rei [hoje Presidente da república]. Serão elas executadas, em cada parte do Reino [hoje, da República], desde o momento em que a sua promulgação possa ser aí conhecida. A promulgação feita pelo Rei [hoje Presidente da República] considerar-se-á conhecida, no departamento da residência real [hoje, da sede do Governo], um dia depois do da sua promulgação, e, em cada um dos departamentos, depois do transcurso do mesmo prazo, aumentando de tantos dias quantos dez miriâmetros (cercâ de vinte léguas antigas) existirem entre a cidade onde promulgação foi feita e a sede de cada departamento.”

¹¹⁷Como posto por John M. Kelly (2010, p. 334-340), começava-se a entender, nesse período, que o Estado deveria ser compreendido cada vez mais como entidade independente e abstrata, mais voltada para a “vontade geral”, tal como proposto por Jean-Jacques Rousseau (ainda que isso tenha sido usado para justificar governos

Isso contava com entusiasmo e participação populares, o que tornava o projeto de codificação como um projeto da própria nação, ideologicamente alinhada com os interesses da burguesia.¹¹⁸ Assim ocorreu porque o pressuposto necessário trazido pelos códigos era de que “a actuação morigedora e racional dos governantes ou da vontade geral criariam por si só uma sociedade melhor” (WIEACKER, 2010, p. 366).¹¹⁹ Isso porque se acreditava na codificação

tirânicos), o que foi uma mudança em relação ao século XVII, que tinha na organização estatal mais uma forma de proteção das pessoas e de suas propriedades. A última assertiva estava de acordo com o pensamento de John Locke e Thomas Hobbes, que sustentavam que a sociedade deveria ser formada por indivíduos iguais, com liberdade de indústria e comércio, capazes de regular as suas relações privadas pela via contratual, bem como fossem proprietários, aptos a viverem do produto do seu trabalho, sendo que as relações privadas deveriam ser protegidas por um governo forte, cuja função se esgotaria na manutenção da paz e da segurança entre os cidadãos (MONREAL, 1988, p. 98). Remetendo-se a esse período, Andre-Jean Arnaud (1978, p. 40-47) observa que foi preciso encontrar fundamentos novos para que a força das armas cedesse à força do Poder Judiciário, visto que os esforços de guerra comprometiam a propriedade privada, sendo esta plenamente justificada pelo direito natural vigente na época. Pretendia-se, assim, reduzir as relações públicas a problemas individuais, a serem resolvidos no âmbito do direito privado, portanto de forma racional e fora da seara da violência física e do âmbito de influência das autoridades religiosas e políticas. O pressuposto dessa ruptura era a necessidade de uma desconfessionalização das instituições políticas e jurídicas, tendo em vista a beligerância da época, decorrente, sobretudo, das guerras religiosas (católicos contra protestantes) e coloniais. Isto é, estabelecer uma nova ordem na qual a liberdade e a igualdade se pusessem em prol da classe emergente do período: a burguesia. A missão dos juristas burgueses do período era então apresentar o direito como uma solução pacífica de defesa do homem contra a injustiça, a violência, a desordem e o terror. Como ainda lembrado por Andre-Jean Arnaud (1978, p. 40-47), pretendeu-se com isso fundar a civilização: o mundo moderno como reflexo das pretensões do capital, em oposição à barbárie da antiguidade e ao obscurantismo do medievalismo. Dessa forma ocorreu justamente para que o Estado, nessa acepção burguesa, fosse capaz de travar as guerras externas e garantir a paz interna, ambas necessárias para a livre circulação de bens (PACHUKANIS, 1988, p. 93). Até como uma decorrência disso, desde a Baixa Idade Média, mas sobretudo no século XVIII, acentuou-se o processo de separação entre a autoridade espiritual e o poder temporal, de modo que, progressivamente, o Estado volta a si mesmo como entidade impessoal, alheia aos privilégios da Coroa, Nobreza ou Igreja. Ou como melhor posto por John M. Kelly (2010, p. 334): “(...) a consolidação de um sistema estável de reinos nacionais por volta de 1500 e a Reforma logo depois – em parte, uma rejeição da influência de Roma nos negócios seculares – são outros passos na mesma direção. Porém, mesmo no século XVII, a ideia abstrata do Estado não tinha emergido claramente, e o próprio uso da palavra Estado, nesse sentido, não era mais antigo que o século XVI. Conta-se que Luís XIV, quando jovem, proferiu diante do Parlamento de Paris a famosa frase ‘L’État, c’est moi’; isso, contudo, não teve a intenção de ser a expressão do absolutismo pessoal, mas tão somente uma declaração da simples concepção medieval que não postulava uma abstração mais profunda do que a Coroa e via os poderes do governo concentrados em seu titular. Em meados do século XVIII, uma mudança parece ocorrer com relação à noção de um todo impessoal, abstraído dos órgãos de centro do governo; um momento significativo nesse desenvolvimento foi, segundo alguns escritores, a chamada ‘Revolução Diplomática’ de 1748, na qual, por razões puramente relacionadas às percepções dos interesses dos reinos, que importavam mais que as tradições de suas dinastias, a França e a Áustria viram-se pela primeira vez em aliança, esquecendo-se da rivalidade hereditária entre Bourbons e Habsburgos.”

¹¹⁸A codificação do direito privado também veio ao encontro das aspirações populares, de maior liberdade econômica, pois estava de acordo com as “reivindicações de uma classe média confiante e empreendedora, como as de liberdade e responsabilidade individual, abolição de barreiras e discriminação feudais (restrições à alienação da terra, corporativismo, privilégios das ‘ordens’, mão-morta)” (CAENEGEM, 2000, p. 176-177).

¹¹⁹Todavia, é importante ponderar que o idealismo e utopismo do período revolucionário francês restaram esmaecidos, notadamente à época da promulgação do *Code Civil*, de caráter jusnaturalista, dando lugar à racionalidade mais estrita da lei positivada (CAENEGEM, 2000, p. 12-13). Antes, no período revolucionário, acreditava-se que haveria uma nova sociedade de cidadãos honestos, na qual as normas do direito seriam substituídas por prescrições morais que orientariam as condutas cívicas, de tal sorte que aos tribunais competiria apenas reconciliações amistosas. Porém, tal perspectiva não se concretizou. Restabeleceu-se plenamente a força do direito e dos tribunais, num sistema mais racional, cujo funcionamento era mais controlável e previsível do

privada como instrumento de reforma da sociedade voltada para o futuro, decorrente da sistematização e racionalização¹²⁰ da vida social.

Em especial na Europa central, os projetos de codificação eram postos em discussão pública e contavam com a participação da população,¹²¹ que creditavam nos códigos a ruptura do obscurantismo medieval em relação ao mundo moderno e de progresso que se avizinhava

que durante o *ancien régime*. Antes, o direito natural era invocado para justificar novas normas e sistemas. Com a codificação, o papel do direito natural, como fonte única do direito, ficou bastante reduzido. Com efeito, eventuais contrastes entre os institutos genuinamente romanos, amplamente utilizados a partir desse período, e as construções baseadas na razão, no sentido que lhe era atribuído pelo direito natural da época (*Naturrecht*), eram resolvidos em favor da lei em vigor. Daí surge na era moderna uma concepção de direito que, embora referenciada com o homem e a sociedade, rejeitava a concepção de um direito jusnaturalista “com uma significação maior do que a da ordem jurídica positiva” (CAENEGEM, 2000, p. 165), que pudesse fugir da lógica da subsunção do fato à norma ou aos pressupostos postos pela sociedade, no esquema de premissas, na qual a maior conduz à menor (CARVALHO, 1981, p. 42).

¹²⁰Se o *Corpus Juris Civilis* permitiu o descobrimento da problemática material específica do caso jurídico, por meio dos institutos romanos, o jusracionalismo passa a ordenar toda a “atividade social de acordo com o *logos* apreensível pela razão, e, portanto, comum a todos os homens” (WIEACKER, 2010, p. 305). Tal implicou a ideologização total e impregnante de toda a vida pública e das relações privadas. Toda a atividade social passou a ser racionalmente ordenada, permitindo-se, pois, a justificação racional das relações privadas, bem como das posições político-constitucionais (AMARAL, 1993, 46). Isso vai significar que toda a atividade que dissesse respeito às finalidades dos soberanos e das nações, das comunidades religiosas, das ordens e corporações ou dos indivíduos (consigo, outrem e a natureza), podia ser reduzida à norma jurídica, a razão do direito, tornando, dessa forma, os conflitos humanos em algo objetivo e, com isso, liberando-os do arbítrio da força e dos interesses dos homens. É nesse momento que o jusracionalismo vai de encontro às fontes do direito da época. Isto é, opõe-se aos padrões jurídicos transpositivos reinantes, que autorizavam um direito, posteriormente tido como arcaico, porque fundado na violência, nas autoridades (sociais e religiosas) e nos costumes (WIEACKER, 2010, p. 309). Com efeito, “o jusracionalismo libertou a ciência jurídica privatística da sua submissão de princípio às fontes romanas e às antigas autoridades” (WIEACKER, 2010, p. 309), porque estas inspiradas em um direito evado de subjetividade, conceitos morais e teológicos, embora concomitantemente possibilitasse, com sua visão de conjunto, uma construção sistemática e autônoma do direito privado. A demonstração lógica de um sistema fechado, próprio do jusracionalismo, tornou-se “a pedra de toque da plausibilidade dos seus axiomas metodológicos” (WIEACKER, 2010, p. 310), de tal sorte que, já no século XVIII, ele começou a ordenar as exposições do direito positivo, proporcionando o surgimento de um sistema racional que domina os códigos e manuais até os dias atuais.

¹²¹Franz Wieacker (2010, p. 375) cita, como exemplo da participação popular, a proposta de “introdução da poligamia para beneficiar a mulher em face do seu esgotamento pelos partos sucessivos.” Embora tenha tomado tal proposta como “ingênua”, Franz Wieacker (2010, p. 368) entendeu a participação popular e dos centros de estudo como positiva no processo de codificação do direito privado, ao citar a experiência prussiana nos seguintes termos: “O lugar de discussão e comprovação destas ideias fundamentais, bem como dos pormenores dos projetos é agora, não já as Faculdades de Direito ou outras agremiações ou reuniões de caráter jurídico especializado, mas círculos de trabalho constituídos pelo legislador e seus adjuntos, grupos também harmônicos no plano das relações pessoais, de que o exemplo mais feliz é constituído pelo longo trabalho conjunto, na Prússia, de Carmer, Svarez e Klein (que, inclusive, residiam na mesma casa). Nestes círculos se incluem também os círculos de discussão existentes na várias capitais (...), as exposições teóricas dos relatores junto do herdeiro do trono ou as explicações das leis feitas, de forma acessível, para o povo; isso corresponde a tendência para o caráter popular e para a simplicidade da linguagem da lei. Estas características estão especialmente presentes na codificação prussiana. A confiança moral na crença na razão gerou o interesse da opinião pública, mesmo dos cidadãos isolados, na busca de um direito justo. Assim como a crença adquirida na época jusracionalista de que a aposta na razão livre haveria de trazer a verdade à luz do dia, gerou, no século XVIII, concurso de academias e sociedades acerca das questões fundamentais do conhecimento e da civilização humanos, aos quais devemos alguns importantes monumentos culturais, também o legislador iluminista encorajou através de inquéritos e consultas públicas – na Prússia mesmo através de concursos – os funcionários, as Faculdades, as ordens [Stände] e mesmo os cidadãos individuais à manifestação de suas opiniões.”

(WIEACKER, 2010, p. 368). Com efeito, os códigos, com todo o caráter capitalista que lhes era imanente, também passavam a ser legitimados pela adesão¹²² popular.

O processo de codificação como forma de instrumento de progresso também se expandiu para os países colonizados ou ex-colônias,¹²³ que tomavam isso como meio de ruptura de suas próprias estruturas coloniais.

Toma-se também como exemplo a independência dos países da América Latina, no exemplo de M.C. Mirow (2005, p. 181-182). A reforma da legislação privada era importante porque seus institutos não estavam de acordo com a forma nova de governo republicano instalada nesses territórios, cuja inspiração era a filosofia iluminista vitoriosa nos EUA e Europa. Destarte, nobreza, escravidão, jurisdição especial deveriam ser removidas.

Tal como ocorrido na Europa, um único corpo de legislação privada era necessário para também criar uma identidade nacional e consolidar o poder estatal dos novos governantes. Mas, para isso, era essencial considerar que o comércio, a propriedade privada e o sistema legal demandavam fontes e normas que deveriam facilitar suas operações e viabilizar o espaço da atividade comercial nas repúblicas da América dos Sul, em especial nas relações com os países de centro¹²⁴ do sistema capitalista.

¹²²Vale ponderar também que, por muitas vezes, os clamores por uma codificação eram mais expressões de um desejo de inovação e progresso do que a esperança de que a ordem jurídica existente pudesse ser compilada e ordenada. Sendo assim, não raro a promulgação do *codex* era de iniciativa de déspotas esclarecidos que agiam conforme suas convicções paternalistas, ou mesmo oriunda do ímpeto do povo rebelado, que proclamavam um código em ideias radicais (CAENEGEM, 2000, p. 17).

¹²³Sobre a influência mundial Código de Napoleão, por significar modelo jurídico de progresso econômico: “Depois disto, não é de admirar o impacto mundial do *Code*, sobretudo nos países latinos. Em primeiro lugar, nos países tocados pela conquista napoleônica ou de seus irmãos (Países Baixos, Itália, Espanha), ele afirmou-se ou serviu de modelo dos ulteriores códigos civis e comerciais, sobretudo na Itália (1865 a 1940), de Espanha, de Portugal, dos estados latino-americanos, mesmo na Louisiana, este último caso servindo de testemunho digno de nota de codificação do tipo continental nos Estados Unidos da América; depois, na Bélgica, Luxemburgo e Holanda (por último em 1883); no fim do século XIX, com a derrocada do império otomano, também nos Balcãs (Romênia, 1865) e no Próximo Oriente (Egipto, por volta de 1875/6)” (WIEACKER, 2010, p. 394).

¹²⁴Pode-se pensar a economia mundial também estruturada nas relações entre centro e periferia (cf. PURKAYASTHA, 2003). Os países centrais representam o epicentro do poder de comando, com predomínio das atividades de controle do excedente das cadeias produtivas. Eles também têm a predominância de atividades de produção e difusão de novas tecnologias, o que implica concentração do poder econômico. Já a periferia desempenha um papel secundário na estrutura do poder mundial, subordinado na apropriação do excedente econômico; em regra, é dependente tecnologicamente, tanto na geração como na absorção de inovações tecnológicas. Há, pois, dois processos distintos de desenvolvimento (BURGUEÑO; RODRÍGUEZ, 2001, p. 78-79). O primeiro é dos países onde a Revolução Industrial aconteceu primeiramente, no final do século XVIII (Europa e EUA). Do outro, os países da periferia (em especial as ex-colônias), que se ligaram àqueles outros a partir da metade do século XIX, nos termos da divisão internacional do trabalho, que tem por característica uma forte especialização geográfica, com uma economia centrada na produção de bens primários, cujas exportações tiveram como face oposta às importações dos meios de produção e bens de consumo de origem industrial.

Assim foi a experiência brasileira. No Brasil da época, o desenvolvimento econômico estava centrado essencialmente na exportação de produtos primários para os países centrais, com a importação de produtos industrializados destes.¹²⁵ Portanto, a burguesia, mercantil e agrária (principalmente esta), tinha interesse na manutenção desse sistema, em especial na exploração da massa trabalhadora do campo (GOMES, 2006, p. 26).

Os grupos dominantes mantinham, dessa forma, o país no subdesenvolvimento¹²⁶ porque essa era a condição para manutenção do *status* econômico deles e, principalmente, de ascendência social que tinham na sociedade; e neste ponto cita-se em especial a imitação dos hábitos sociais e estilos de vida dos países mais desenvolvidos, dando a falsa impressão¹²⁷ de um progresso social (GOMES, 2006, p. 26).

Mesmo o Estado brasileiro tinha no seu comércio externo a principal fonte de receita, a partir da tributação de produtos de exportação (produtos primários ou de baixo caráter tecnológico)

¹²⁵Como exemplo disso, Celso Furtado (2000, p. 147) lembra que, embora ancorada no crescimento da economia mundial, a “economia brasileira parece haver alcançado uma taxa relativamente alta de crescimento na segunda metade do século XIX. Sendo o comércio exterior o setor dinâmico do sistema, é no seu comportamento que está a chave do processo de crescimento nessa etapa. Comparando os valores médios correspondentes aos anos noventa com os relativos ao decênio dos quarenta, depreende-se que o *quantum* das exportações brasileiras aumentou 214 por cento.” Em continuidade, Celso Furtado (2000, p. 148) observa que isso foi possível principalmente pela exportação do açúcar e do algodão, bem como pela zona de economia de subsistência ligada a elas; e pela economia cafeeira, também voltada para o mercado externo, com destaque ainda para a economia de subsistência do sul do país.

¹²⁶O subdesenvolvimento do Brasil decorrente da sua dificuldade de industrialização e inovação tecnológica está historicamente vinculado à economia agrícola monocultora voltada para a exportação de produtos primários, com impacto direto nas suas desigualdades regionais, conforme se depreende do pensamento econômico furtadiano: “O sistema de monocultura é, por natureza, antagônico a todo processo de industrialização. Mesmo que, em casos especiais, constitua uma forma racional (do ponto de vista econômico) de utilização dos recursos da terra, a monocultura só é compatível com um alto nível de renda *per capita* quando a densidade demográfica é relativamente baixa. Ali onde é elevada essa densidade - o que ocorre na faixa úmida do Nordeste - a monocultura impossibilita alcançar formas superiores de organização da produção. Com efeito, nas regiões densamente povoadas uma elevada densidade de capital por homem - condição básica para o aumento de produtividade - só se consegue com a industrialização. Ora, a industrialização vem sempre acompanhada de rápida urbanização, que só pode se efetivar se o setor agrícola responde com uma oferta adequada de alimentos. Se a totalidade das boas terras agrícolas está concentrada em um sistema anciloso do de monocultura, a maior procura de alimentos terá de ser atendida com importações. No caso do Nordeste, a maior procura urbana tende a ser satisfeita com alimentos importados da região sul, o que contribui para agravar a disparidade entre salário nominal e produtividade em prejuízo da região mais pobre” (FURTADO, 2000, p. 251-252).

¹²⁷Corroborando a assertiva, o seguinte texto: “Nada mais funcional, nesse contexto, do que a idéia de um encontro marcado com o futuro, futuro que finalmente traria às elites a tão sonhada equiparação com suas coirmãs do Norte e de além-mar, e que sempre serviu, além do mais, como alibi para justificar a permanência da selvagem desigualdade aqui vigente, esta sem dúvida uma *griffe* genuinamente nacional. O futuro que assim se imaginou não podia ser outro que não o de mera cópia dos padrões de consumo e modos de vida dos países do capitalismo avançado. Além do mais, a difusão dessa cópia nunca poderia se dar de modo universal, pois que colocaria em risco a natureza senhorial da condição de elite das camadas superiores, só ratifica se mantida a condição servil do restante da população” (PAULANI, 2001, p. 154).

e de importação (produtos industrializados ou desenvolvidos tecnologicamente). Com isso, não havia interesse do próprio Estado numa mudança na estrutura econômica do país. Por essa rotina conservadora, mesmo que formalmente independente da metrópole, o Estado brasileiro só deveria ocupar-se com o equilíbrio exportação-importação, evitando o déficit e desenvolvendo a infraestrutura necessária para o escoamento da produção (FAORO, 2001, p. 458).

Contudo, a burguesia mercantil brasileira, mais letrada que a sua outra irmã, pretendia um projeto de país mais liberal (portanto, mais moderno), o que era temido pelos fazendeiros por crerem que isso se daria a seu custo. Apesar disso, a *intelligentsia* ligada àquele grupo urbanizado elaborou um sistema de normas privadas em único corpo, que correspondia a certo tipo de sociedade interessada em afirmar um sistema capitalista de produção industrial, como um aceno para a modernidade que pretendiam server dos países capitalistas avançados (GOMES, 2006, p. 31).

Daí o surgimento dos códigos privados brasileiros da época (comercial, em 1850, e o civil de 1916). Assim ocorreu, mesmo considerando que os obstáculos da estrutura agrária do país para o desenvolvimento pleno do capitalismo, impediam uma organização industrial que correspondesse às expectativas da burguesia mercantil (GOMES, 2006, p. 31).

Como se percebe até aqui, as codificações tiveram papel relevante na fixação das soberanias ao permitirem a identificação dos interesses nacionais de cada Estado nos conflitos instalados decorrentes das trocas comerciais que iam crescendo em ritmo acelerado, a partir dos Oitocentos, em razão de inúmeros motivos de ordem social e tecnológica (LEMBO, 1999, p. 182). Em última instância, a ordem jurídica da sociedade civil que se construía era a ordem jurídica burguesa, que pressupunha a identificação da sociedade econômica capitalista com toda a nação (MOREIRA, 1987, p. 66).

A codificação não seria, nesse contexto, apenas um instrumento legislativo prático que reúne em um só corpo normas sistematizadas e dominadas em toda sua estrutura por um critério uniforme racional, tal como sugerido por Miguel Maria de Serpa Lopes (1971, p. 105). Para

além do positivismo ali posto, o código civil revelou a superioridade¹²⁸ deste modelo legal em relação às outras legislações, alinhadas ideologicamente com a burguesia.

O código civil, ao contrário do código penal (*derecho-gendarme*), é a expressão sistemática da organização social (ARNAUD, 1978, p. 51-53). O direito penal tem prioritariamente a função de reprimir a função de atitudes antissociais, isto é, atos que sejam contrários à ordem estabelecida. Porém, não é capaz de indicar qual seria tal ordem.

É certo que o código penal moderno traz em seu bojo vários delitos contra a pessoa e a propriedade. Dessa forma ocorre porque assegura o respeito aos direitos individuais, ou seja, os direitos subjetivos inerentes ao indivíduo, assim proclamados na carta das relações civis que é o código civil.

¹²⁸Não se ignora que, sobretudo a partir da década de 60 do século passado, o código civil perde a sua função de protagonista do direito comum (TEPEDINO, 2000, p. 4). A diversidade política e a dinâmica da vida social e econômica do século XX exigiram novas regulamentações que não mais competiam exclusivamente ao código civil, embora amplamente inspirado em seus institutos e conceitos, de modo que as relações reclamaram legislações específicas, mais personalizadas. Antônio Junqueira de Azevedo (1999, p. 4-5) aponta como característica desse período (denominado por ele de pós-moderno) a hipercomplexidade, que no campo do direito revela-se pela multiplicidade de fontes do direito. As leis materiais vão tutelar os interesses de vários grupos sociais que, embora da mesma sociedade, são justapostos uns aos outros, pois não compartilham dos mesmos valores, de sorte que cada qual vai reclamar uma lei especial para si. Como lembrado por Mário Luiz Delgado (2011, p. 232-237), é nesse cenário que surgem, no Brasil, numerosas leis com tais características, mesmo aquelas que antes eram tuteladas pela codificação civil (Estatuto da Criança e do Adolescente, Código de Defesa e Proteção do Consumidor, Lei de Planos de Saúde, Lei do Inquilinato *etc.*). Esse movimento de fontes legislativas múltiplas, atuando em concorrência com o código civil, foi denominado descodificação. Entretanto, a descodificação não concretizou a sua previsão inicial de desmantelamento das estruturas em que se assentavam a codificação privada. O processo de descodificação deve ser atenuado, visto que os códigos privados ainda desempenham um papel relevante nas ciências jurídicas. A descodificação previa a diminuição progressiva do código civil nas relações particulares, porém o processo de descodificação não foi bastante para diminuir a importância do *codice* no ordenamento jurídico. Como posto por Pietro Perlingieri (2007, p. 6), o código civil, de fato, perdeu o papel de protagonista que lhe era característico até meados do século XX. O unificador da ordem jurídica passa a ser a Constituição, inclusive em alguns aspectos tradicionalmente relegados aos institutos de direito privado, bem como na área de direito público. Todavia, o principal doutrinador da tese da descodificação, o jurista italiano Natalino Irti, reviu a sua posição inicial sobre o tema (DELGADO, 2011, p. 245-250). Ele considerou que a instabilidade político-constitucional e uma maior estabilidade da sociedade civil e do próprio código civil permitiam que o *codex* pudesse cumprir em grande medida as suas finalidades, mesmo considerando a diversidade de fontes legislativas com as quais ele ainda hoje deve coexistir. Em verdade, houve um processo de recodificação, a partir do revigoramento dos códigos privados. É exemplo disso o Código Civil brasileiro de 2002, que tratou de temas que estavam em leis esparsas (alienação fiduciária, união estável, condomínio edilício *etc.*), e do Código Civil alemão (BGB) de 1900, renovado no biênio 2001-2002, que, entre outras novidades, regulamentou temas próprios de direito material consumerista (LÓBO, 2008, p. 23). Entretanto, o que importa considerar é que, entre outras coisas, o código civil nos ordenamentos jurídicos de tradição romanista, deve ser considerado como a fonte legislativa da ordem econômica capitalista, sem o qual o circuito de trocas mercantis não pode ser legitimado ou exprimido, notadamente por ser o diploma legal que regula e sistematiza o contrato de compra e venda e a propriedade. Isto é, a economia capitalista tem no contrato e na propriedade os pilares de seu funcionamento, embora ela fosse sistematizada numa Constituição Econômica, portanto pelo direito público. Os fundamentos da economia capitalista, nesses termos, também estão determinados por institutos próprios do direito civil e não somente por elementos do direito público.

O código penal, então, passa a ser uma extensão do código civil, este sim apto a indicar a ordem a ser protegida. Portanto, os crimes contra os particulares são punidos porque fazem referência às relações civis travadas por pessoas livres e iguais que exercem poder sobre os bens que lhes pertencem.

Justamente por isso tais preceitos devem ser protegidos pelo poder público. Destarte, o sistema de referência não está exposto no código penal, porém no código civil. Os preceitos a serem protegidos, nesses termos, seriam aqueles contemplados pelo sistema das Institutas (*personae, res e actiones*), sobre o qual se erigiu o código napoleônico, espalhado por todos os países de tradição jurídica latina ou continental (*civil law*) (CARVALHO, 1981, p. 33). Mesmo os direitos de família e sucessão passaram a girar em torno de questões econômicas entre os seus membros (alimentos, testamento, regime de bens *etc.*).

De modo geral, a própria estrutura da codificação civil expressa tal conceito, conforme lição de Clóvis Beviláqua sobre a experiência brasileira (1955, p. 57). Há uma parte geral que regulamenta: os princípios sobre o sujeito e o objeto do direito, isto é, sobre as pessoas naturais e jurídicas e sobre as coisas; a teoria dos fatos jurídicos, sendo estes elementos de propulsão do direito; e as matérias de aplicação geral a todas as relações jurídicas, como, por exemplo, a questão da prescrição. Quanto à parte especial, trata das relações de direito e os institutos jurídicos que lhes são pertinentes, agrupando-os em classes: direito de família, direito das coisas, direito das obrigações e direito das sucessões.

O direito civil codificado que daí surge assume uma ideologia antropocêntrica bastante definida: “do homem e dos seus direitos partia-se para o modo de realização dos seus direitos” (CARVALHO, 1981, p. 32). Uma visão jusnaturalista-racional, que extrai dos direitos naturais inalienáveis o direito positivo; um direito que viesse a facilitar a propriedade da *res*, bem como sua aquisição e circulação.¹²⁹

Emerge daí o *homo juridicus*, que já não era a pessoa abstrata dos iluministas, porém o burguês “devorado por suas possessões, na expressão de MARCEL, o burguês sedentário e

¹²⁹Sobre a importância da circulação mercantil no âmbito da codificação civil, Andre-Jean Arnaud (1978, p. 67): “*El juego está en la base de los intercambios. (...) Si se admite que el base objetivo del Código civil es establecer una regla de juego de los intercambios entre los individuos, el investigador puede entonces colocarse en una perspectiva semiológica, y considerar su texto como una narración en la cual los personajes se definen por su participación en la acción comunicatoria que es su fundamento.*”

proprietário, um homem que resume todo o seu direito a possuir e saber como possuir” (CARVALHO, 1981, p. 32). A codificação civil desse jaez “foi a epopéia burguesa do direito privado” (CARVALHO, 1981, p. 35), por se revelar um instrumento jurídico dirigido para o burguês, a sua família e seu patrimônio. Ela ainda expressa o primado da pessoa sobre a lei e a imposição que a constrange, o que parece ser uma consequência¹³⁰ da Ilustração ainda hoje plenamente presente.

Mesmo o pensamento jurídico alemão que deu origem a códigos privados menos ideológicos e mais científicos (racional e sistematizado), serviu ao mesmo propósito burguês. Ambos inspiraram um direito fincado na propriedade (*jus utente et abutendi*) e na sua aquisição, o que terminou por consolidar a própria burguesia e o *modus operandi* da sua economia (CARVALHO, 1981, p. 43).

¹³⁰Embora afirme que a Ilustração tenha sido “a proposta mais generosa de emancipação jamais oferecida ao gênero humano”, por ter, entre outras coisas, “mostrado o caminho para que nos libertássemos do reino da necessidade, através do desenvolvimento das forças produtivas”, Sérgio Paulo Rouanet (1987, p. 26-27) reconhece que o Iluminismo, de fato, “expôs o homem a todas as regressões. Seu individualismo estimulou o advento do sujeito egoísta, preocupado unicamente com o ganho e a acumulação. A crença na mudança das relações sociais como forma de implantar o paraíso na Terra levou a uma utopia concentracionária, e resultou na criação de todos os *gulags*. Sua cruzada desmistificadora solapou as bases de todos os valores, deixando o homem solitário, sob um céu deserto, num mundo privado de sentido.”

3. O DANO MORAL: UMA ABORDAGEM CRÍTICA A PARTIR DA EXPERIÊNCIA BRASILEIRA

3.1 O DANO MORAL INDENIZÁVEL E OS FUNDAMENTOS DE SUA ACEITAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Como elemento imprescindível da responsabilidade civil, o dano¹³¹ deve estar presente para a ocorrência do dever de indenizar, além do nexo causal e da culpa (em algumas hipóteses legais). Isto é, “o dano é elemento ou requisito essencial da etiologia da responsabilidade civil”, como sentenciado por Caio Mário da Silva Pereira (1998, p. 37). Isso porque a conduta antijurídica do ofensor tem por consequência sujeitá-lo a reparar o mal causado, sendo que este é justamente o dano sofrido pela vítima, para restauração do equilíbrio social rompido pelo evento danoso.

Mesmo que tenha havido violação de um dever jurídico, que tenha existido dolo por parte do agente, nenhuma indenização será devida se não for verificado o prejuízo. Admitir o contrário seria autorizar a punição objetiva do devedor apenas por sua conduta, o que implicaria invasão na esfera do direito penal pelo direito civil. A partir daí, tira-se uma conclusão primeva da responsabilização civil, assim posta por Sérgio Cavalieri Filho (2008, p. 71): “a de que o ato ilícito nunca será aquilo que os penalistas chamam de crime de mera conduta; será sempre um delito material, com resultado de dano.”

O que está a se especificar aqui é a diferenciação entre responsabilidade civil da responsabilidade penal ou moral, a partir do fenômeno do dano, nos termos sugeridos por José

¹³¹Como lembra Agostinho Alvim (1955, p. 196), há entendimento doutrinário que considera que a multa penal ou as arras penitenciais seriam institutos que admitiriam indenização independentemente da ocorrência do dano. A despeito dessa ilação doutrinária, a tradição jurídica consagrou que ambas têm natureza indenizatória. Assim ocorre porque as arras e as multas têm por escopo justamente a pré-estimativa de perdas e danos, embora tenham, subsidiariamente, a função de reforçar o vínculo obrigacional estabelecido entre os contratantes (PEREIRA, volume 2, 1997, p. 101). Disso decorre a impossibilidade de cumulação de cobrança de multa e indenização por perdas e danos. A parte autora não pode pleitear indenização senão aquela já determinada contratualmente. Corroborando tal assertiva, a seguinte decisão: “Credor não pode cumular a multa penal compensatória, estabelecida em cláusula penal, com indenização por perdas e danos, que compreendem os danos emergentes e lucros cessantes, salvo quando expressamente estipulada” (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 12ª Câmara de Direito Privado, Apelação Cível n. 7.169.954-6, Relator Desembargador Rebello Pinho, julgado em 07/10/2009, votação unânime).

de Aguiar Dias (1983, volume 2, p. 792-793). De certa maneira a responsabilidade penal, como também a moral, caracteriza-se independentemente do resultado, de modo que não há ali um dano no sentido que lhe empresta o direito civil, passível de percepção econômica.

Porém, há certo tipo de dano que atinge a ordem social, como também ocorre na responsabilidade civil, mas não concretizada em prejuízo material, que no crime recai sobre a vítima. O que há, nesse ponto, é a distinção do duplo sentido que carrega o termo *damnum*. Ele pode ser entendido como lesão, mas também como prejuízo, isto é, o resultado dessa lesão. É este sentido que vai importar para fins de imputação da responsabilidade civil.

De modo geral, a responsabilidade civil vai exigir a comprovação do dano (e não necessariamente da sua extensão). Isto é, a prova do dano é indispensável e deve ser feita na ação, sob pena de absolvição do devedor (ALVIM, 1955, p. 200), pois se a responsabilidade civil trata de reparar, é preciso que exista algo que possa ser reparado.

Ou como posto por José de Aguiar Dias (1983, volume 2, p. 792): “resultando a responsabilidade civil em obrigação de ressarcir, logicamente não pode concretizar-se onde nada há que reparar.” O dever de reparar, nesses termos, só tem lugar se o comportamento antijurídico infligir a outrem um prejuízo resultante de lesão a um direito próprio, de modo que “enquanto não se relaciona com uma lesão a um direito alheio, o prejuízo pode se dizer ‘platônico’” (PEREIRA, 1998, p. 38).

Por tal assertiva é possível apreender que a caracterização do dano reclama que a vítima venha a ser atingida em uma situação da qual ela se beneficiava,¹³² portanto lesada em uma vantagem que possuía. Pensar o dano, nesses termos, revela uma situação de interesse oriunda da relação entre o indivíduo e o bem, própria dos direitos patrimoniais, pois capaz de ser aferida economicamente.

¹³²Sobre o assunto, o seguinte texto: “Tradicionalmente, define-se dano patrimonial como a diferença entre o que se tem e o que se teria, não fosse o evento danoso. A assim chamada ‘Teoria da Diferença’, devida à reelaboração de Friedrich MOMMSEN, converteu o dano numa dimensão matemática e, portanto, objetiva e facilmente calculável. A importância dessa construção hoje nos escapa, de tal modo estamos acostumados a pensar o patrimônio como um conceito dado, quase como se fosse proveniente da natureza das coisas. Atribui-se, no entanto, originalmente a F.C. VON SAVIGNY, o precursor da cientificidade do Direito, separação nítida entre a pessoa e seus bens – propriedade e obrigação, integrando esses últimos sob um conceito unitário a fim de construir um ‘objeto’ que pudesse ser protegido contra os atos ilícitos. Foi a partir de então que o Direito Patrimonial foi alçado à categoria de esfera de poder juridicamente consolidada, de uma pessoa sobre o seu meio, projetando-se o seu poder ao externo, para além das fronteiras naturais do seu ser” (MORAES, 2003a, p. 143-144).

Mas ele não se limita somente a isso. O dano, como lesão de interesse, só tem lugar quando o direito insurge-se contra a lesão que, de acordo com o ordenamento jurídico, deve ser evitada ou reparada, isto é, contra o dano antijurídico (ilícito). O ilícito, nesse contexto, vai ser definido em termos de ruptura de um equilíbrio, de uma ordem estabelecida, decorrente de uma lesão ou ofensa a um interesse tutelado juridicamente (REALE, 1992, p. 56), mesmo que não mensurável economicamente.

Isso porque as condutas ilícitas ou antijurídicas contra bens e valores alheios perturbam a tranquilidade das relações sociais, de modo que, quando ocorrem, o direito reage para a restauração do equilíbrio rompido. Isto é, cumpre à ordem jurídica proteger os interesses dos membros da coletividade enquanto dignos de proteção e necessitados dela, nos termos do que colocado por Pontes de Miranda (1972, tomo 53, p. 96).

A responsabilidade civil cumpre assim uma de suas funções que é de preservação da integridade moral e patrimonial das pessoas, com a manutenção do “equilíbrio social e na esfera individual de cada um dos membros da coletividade, em sua busca incessante pela felicidade pessoal” (BITTAR, 1992, p.11).

Logo, o agente do evento danoso assume a obrigação de indenizar danos provocados, *contra ius*, a pessoas, bens ou direitos alheios. Essa é a resposta do direito às ações lesivas, como rejeição à ideia do dano injurioso. Pretende-se, assim, inibir investidas da mesma natureza, ou estimular adoção de técnicas de elisão de acidentes e a formulação de mecanismos de prevenção de eventos danosos.

Embora se possa compreender o dano de maneira vulgar, como prejuízo que alguém sofre na sua alma, corpo ou bens, sem indagações de quem é o autor do evento danoso, há que se considerar, para fins de responsabilidade civil, apenas a concepção jurídica do dano (DIAS, 1983, volume 2, p. 794-795).¹³³ Ou seja, o direito civil parte desta mesma concepção vulgar,

¹³³Pontes de Miranda (1972, tomo 53, p. 213) anota que, em antigo projeto de codificação civil da Alemanha, foi proposto princípio geral de responsabilidade em todos os casos contrários ao direito. Mas dessa forma, observa ele, não seria possível precisar as pessoas que poderiam ter direito à indenização, de modo que qualquer um que alegasse prejuízo, mesmo em consequência de dano sofrido por outrem, teria jus à indenidade. Todavia, exigiu-se que o causador do dano, em dito projeto, pudesse prever a lesividade do seu ato. Nesses termos, seria limitar a indenização aos casos previstos em lei, ou que, de certo modo, fossem capazes de violar o direito.

porém limitada ao dever de indenizar, que é justamente o prejuízo sofrido pelo sujeito de direito decorrente da violação de seus direitos por fato alheio, qualquer que seja a natureza desse direito (material ou moral).

O dano pode ser conceituado, nesses termos, como a subtração ou diminuição de um bem jurídico, “qualquer que seja a sua natureza, quer se trate de um bem patrimonial, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade *etc*” (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 71). Aqui há de ser acrescentado que, quanto ao dano moral, está a se tutelar algo mais amplo, que é justamente a dignidade da pessoa humana, que dá lastro à tutela geral da personalidade, nos termos do que adiante melhor detalhado.

Prevalece assim aquele entendimento de dano como resultado de uma lesão, que implica prejuízo que atinge um bem jurídico¹³⁴ patrimonial ou moral, mesmo que não tenha repercussão patrimonial (direta ou indireta), decorrendo daí a distinção entre dano extrapatrimonial¹³⁵ e dano material.

Isso porque, como já propunha Clóvis Beviláqua na codificação antiga (1979, volume 2, p. 321), “se o *damno moral* é uma lesão do direito, forçosamente provoca a reação, cria a *ratio agentis*”, na medida em que lesão a qualquer direito, não somente aqueles de caráter patrimonial, tem como efeito a obrigação de indenizar, fugindo-se assim da patrimonialidade que sempre caracterizou a responsabilidade civil (PEREIRA, 1998, p. 53-54).

¹³⁴Caio Mario da Silva Pereira (1998, p. 53) dá prevalência ao termo “bem jurídico” por entender que engloba “toda lesão à integridade física ou moral da pessoa; as coisas corpóreas ou incorpóreas que são objeto de relações jurídicas; o direito de propriedade como os direitos de crédito; a própria vida como a honorabilidade e o bom conceito de que alguém desfruta na sociedade.”

¹³⁵Há certa distinção da doutrina entre os termos dano moral e dano extrapatrimonial. Por exemplo, Sérgio Cavalieri Filho (2008, p. 81) vai preferir o termo dano imaterial ou não patrimonial, por entender que o dano moral não é suscetível de avaliação pecuniária, embora sua compensação seja. Nelson Dirceu Fensterseifer (2008, p. 91-98) alerta que o termo extrapatrimonial seria mais abrangente e adequado porque melhor incorporaria inclusive as situações de dano aos interesses difusos e coletivos, enquanto o dano moral seria mais próprio à lesão sofrida pelo indivíduo. Isso porque o termo extrapatrimonial projetaria o dano para além da individualidade da pessoa. A despeito da pertinência da colocação feita por esse autor, neste estudo, trataremos de dano moral como sinônimo de dano extrapatrimonial, por compreender situações que abrangem lesões aos direitos individuais, coletivos ou difusos, ainda que sem expressão econômica, conforme entendimento assentado na doutrina sobre a aceitação do dano moral coletivo. Parece, pois, prevalente a posição de Agostinho Alvim (1955, p. 238) que entendia desnecessária a mudança de uma nomenclatura já consagrada, naquela época, pela doutrina e legislação estrangeira sobre o tema (*dommage moral*, na França, *danno morale*, na Itália, e *dano moral*, na Espanha), ainda que esse termo venha sofrer críticas por implicar uma proximidade conceitual com o dano material (ANDRADE, 2009, p. 42). O debate sobre o tema parece um pouco deslocado se considerar que a legislação brasileira, em especial a codificação civil e a Constituição Federal, optou pelo termo “dano moral”, que abrange todas as concepções aqui referidas.

Nesse sentido, Carlos Alberto Bittar (1992, p. 32-33) observa que os danos materiais e morais são aspectos da categoria dos danos reparáveis, ou seja, dos desequilíbrios ou injustiças que atingem a esfera jurídica de qualquer pessoa titular de direitos (sujeito de direitos), embora possam ser aferidos e analisados separadamente, ainda que oriundos de um mesmo fato.¹³⁶

Com isso pretende-se devolver ao lesado o valor representativo do direito atingido, bem como restabelecê-lo, quando possível, ao estado anterior. Isso demonstra a unicidade na teoria do dano, já que ambos os tipos são voltados para a plena satisfação dos interesses ou direitos violados, quaisquer que sejam eles.

Embora a código civil de 1916 já tivesse previsão de aplicação do dano moral no direito brasileiro, como, por exemplo, nos casos de ofensa à liberdade individual e sexual (artigos 1.547, 1.548, 1.550 e 1.553),¹³⁷ bem como em algumas leis extravagantes (lei n. 4.117/1962 e lei n. 5.250/1967), as hipóteses de sua aplicação não estavam generalizadas, de modo que sua caracterização para outras situações fáticas encontrava forte resistência por parte dos tribunais brasileiros. Isso, mesmo diante do artigo 76¹³⁸ da codificação antiga, que segundo Clóvis Beviláqua (1979, volume 2, p. 321), autorizava a propositura de ação indenizatória de natureza imaterial, ainda que o bem moral não pudesse ser exprimido em dinheiro, tais como aqueles vinculados à honra, à liberdade ou à profissão.

Para além disso, a doutrina passou a considerar que o termo “dano” usado na codificação antiga abrangia todos os tipos de danos, materiais ou morais, tal como defendido por José de Aguiar Dias (1983, volume, 2, p. 852), na medida em que o princípio *neminem laedere* deveria ser aplicado da forma mais ampla possível.

Mas a experiência jurídica caminhou em outro sentido.

¹³⁶Como dado histórico, o próprio Superior Tribunal de Justiça, desde o início de seu funcionamento, vinha admitindo o que se chamava de dano moral puro, mas sem cumular com o dano material, sendo que, em 1992, editou a Súmula 37 assim redigida: “São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato.”

¹³⁷Como observa Pontes de Miranda (1971, tomo 22, p. 216-217), o dano moral nessas hipóteses podia ainda ser “reparado” por ato que pudesse apagá-lo, como a retratação do caluniador ou do injuriante, o casamento da mulher deflorada ou a prestação do que foi considerado como reparador.

¹³⁸Anote o seu inteiro teor: “Art. 76 - Para propor, ou contestar uma ação, é necessário ter legítimo interesse econômico, ou moral. Parágrafo único. O interesse moral só autoriza a ação quando toque diretamente ao autor, ou à sua família.”

Como lembra Ávio Brasil (1944, p. 28), as decisões mais comuns contra a sua aplicação eram de que “os danos morais não são indenizáveis” porque a tradição jurídica, de matriz romano-germânica, não previa o dano extrapatrimonial convertido em pecúnia, em razão de sua natureza não patrimonial, mas em pena (de natureza criminal).

Prevalecia assim a seguinte lógica: aquilo que não pode ser medido não se pode indenizar, visto que a indenização é a medida do dano, que só pode ser mensurado pela unidade dinheiro. Uma vez que observada essa dificuldade, a reparação do dano moral seria impraticável por falta de instrumentos jurídicos disponíveis para atender uma reparação de valor indeterminável (MORAES, 2003a, p. 146).

Isto é, dominava o entendimento, oriundo do direito romano, de não reparação do prejuízo meramente moral, “sob a alegação especiosa de ser o *pretium doloris* - preço da dor - insuscetível de indenização, visto ser este incomensurável e como tal irredutível a valores monetários” (REALE, 1992, p. 21).

Ainda seguindo tal raciocínio, Maria Celina Bodin de Moraes (2003a, p. 321) aponta que, no direito romano, o corpo não admitia nenhuma estimativa pecuniária, de sorte que, quando havia falecimento de alguém em decorrência de um ato ilícito, a condenação não visava uma reparação do dano. Isso porque os romanos consideravam que avaliar em dinheiro a vida de um homem livre, não escravo, implicava diminuição de sua dignidade. Compreendia-se a reparação do dano extrapatrimonial, dessa forma, como contrária à moral, portanto ao direito, especialmente quando vinculada a algum evento que representasse sofrimento das pessoas (MORAES, 2003a, p.145).

Pontes de Miranda (1972, tomo 53, p. 219), nesse sentido, aduz que os partidários da não reparação do dano moral tinham por repugnante a ideia de ressarcimento em dinheiro, o que se consistia em lesão à honra ou à integridade física. Muitos pensavam ser “uma grosseria querer mitigar a dor moral por meio do dinheiro” (ALVIM, 1955, p. 252), por equiparar a natureza humana a um bem inanimado, por sugerir certa reificação do homem.

Demais disso, a própria tradição jurídica vinculava o dano somente à diminuição patrimonial, aferível economicamente, e como o dano moral não podia ser mensurado em dinheiro, entedia-se pela sua não indenização, visto que ambos, para fins reparação, deviam partir das regras comuns da responsabilidade civil. Ou seja, ao tentar aplicar as regras de equiparação do dano moral ao dano material, quanto à valoração, estabelecia-se uma impossibilidade que lhe era intrínseca, na medida em que aquele não podia, *per se*, já vir convertido numa expressão econômica, que só assim viria possibilitar a sua indenização (BRASIL, 1944, p. 29).

A própria noção de indenização dificultava a aceitação e concepção do dano moral. Como lembra Maria Celina Bodin de Moraes (2003a, p.145), indenização é palavra que tem origem no latim *indemne*, significando devolver o patrimônio ao estado anterior, isto é, restabelecer o prejuízo e suas consequências, o que não é possível em relação ao dano extrapatrimonial (daí atualmente a indenização por dano moral ter um cunho compensatório bastante acentuado, embora os textos legislativos prestigiem o termo indenização). Há que se considerar, então, que a reparação do dano moral não pode ser entendida na acepção restrita de refazer o que foi destruído, mas dar à vítima satisfações equivalentes ao que lhe foi lesado (PEREIRA, 1998, p. 56).

Também depunha contra o instituto a percepção de certa transitoriedade do dano, na medida em que, em muitas situações, as dores da alma poderiam ser aplacadas (ou apagadas) no transcurso do tempo. Restaria assim comprometido o requisito certeza do dano. Isto é, a certeza de que o dano possa ser apreciado quando da prolação da sentença judicial, ou seja, a possibilidade da sua avaliação judicial (PEREIRA, 1998, p. 40).

Porém, alguns casos levados aos tribunais, sobretudo aqueles que implicavam patente sofrimento e dor às vítimas (*e.g.*: morte de parentes próximos e deformidades físicas), reclamavam um senso de justiça que teria lugar com a aceitação do dano moral pela teoria da responsabilidade civil.

Como ponderado por Pontes de Miranda (1972, tomo 53, p. 219-221), se negada a reparação do dano extrapatrimonial por não ser possível estimar o seu valor, isso implicaria a não reparação do que precisaria ser indenizado (ou compensado), o que deporia inclusive contra a essência do direito. Isso porque seria mais contra a razão ou sentimento ter como não

ressarcível o que tão fundo feriu o ser humano. Sendo assim, há de se considerar o interesse moral ou intelectual da vítima acima do interesse econômico, ou mais precisamente acima dos conceitos patrimoniais que marcam tão bem os institutos de direito civil.

A reparação pecuniária seria um dos caminhos possíveis para isso, sob pena de eliminar-se a tutela dos interesses mais relevantes do ordenamento jurídico, que é justamente a de proteção à integridade da pessoa humana, visto que não somente o direito penal tem o papel de reagir contra a ofensa à honra, à reputação e à integridade psicológica do indivíduo.

O que guiou tal perspectiva de justiça é que não seria admissível que o agente causador do evento danoso pudesse escapar ileso das consequências do seu ato por não serem direta e exatamente reparáveis. Nesse passo, a recusa de ressarcimento implicaria sentimento de injustiça, sobretudo naquelas hipóteses em que o evento danoso não viesse repercutir na esfera criminal.

Houve, portanto, uma mudança na concepção da própria função da responsabilidade civil. Maria Celina Bodin de Moraes (2003a, p. 147-148) lembra que a responsabilidade civil tem por característica refletir uma concepção filosófica e política de justiça. Admitir a reparação do dano extrapatrimonial, nesses termos, refletiu essa mudança. O que antes era tido como não aceitável pela doutrina e jurisprudência, passou a ser aceitável e, posteriormente, reclamado como imperativo de justiça, de tal sorte que se tornou impossível ignorá-lo como uma possibilidade a ser aceita no ordenamento jurídico brasileiro (e não só neste).

Nesses termos, se antes feria a própria moral aceitar remuneração pela dor sofrida, passou-se a aceitar a ideia de que não era o sofrimento em si que estava a ser compensado (ou reparado), mas sim a vítima, lesada em seu interesse extrapatrimonial, que merecia ser recompensada pecuniariamente para que pudesse desfrutar de outras alegrias e situações de bem-estar psicofísico, a fim de amenizar os efeitos que a lesão deixara em seu espírito.¹³⁹

¹³⁹Nesse sentido, a seguinte ementa: “Indenização por danos morais fixada em 200 (duzentos) salários mínimos – Critérios de cálculo mantidos – Na reparação do dano moral, que tem feição preventiva e punitiva, não se busca atribuir preço à honra, ao afeto à imagem, à vida, mas oferecer uma compensação, um lenitivo à vítima ou a seus familiares, pela dor injustamente infligida. Visa-se mitigar o sofrimento, minimizar os efeitos da lesão e não eliminar o dano, porque uma vez perpetrado não é possível a sua reversão. Em tema de danos morais, a responsabilidade do agente opera-se por força do simples fato da violação, dispensada a prova do prejuízo em concreto” (Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, 2ª Câmara Cível, Apelação Cível 99.002380-0, Relator Desembargador Mazoni Ferreira, julgado em 4/6/2001, votação unânime).

É nesse sentido que Carlos Alberto da Mota Pinto (1999, p. 115) também aborda o tema. Os danos morais decorrem da lesão de bens estranhos ao patrimônio do lesado (integridade física, saúde, bem-estar físico e psíquico, liberdade, honra *etc.*). A sua verificação resulta de sofrimentos físicos ou morais, perdas de consideração social, inibições ou complexos de ordem psicológica, oriundas de lesão aos direitos, máxime de direitos da personalidade.

Não sendo esses prejuízos avaliados em dinheiro, a atribuição de uma soma pecuniária correspondente justifica-se mais como compensação do que indenização ou reconstituição. Isto é, por serem danos imateriais (morais) são infungíveis, não podendo ser reintegrados por equivalente.

Ou como posto por René Savatier (1950, volume 2, p. 93): “*L’une est celle de satisfaction compensatoire. Une souffrance, dit-on, peut être compensée par une joie. La joie de recevoir une indemnité confortable effacera donc la douleur de la victime.*” Por isso contrabalancear o dano, compensá-lo mediante satisfações derivadas da utilização do dinheiro. Trata-se, portanto, de oferecer uma satisfação, proporcionada pelo dinheiro, para realização de uma gama de interesses do lesado.¹⁴⁰

Com o mesmo argumento, Sérgio Cavalieri Filho (2008, p. 81) aponta que o dano moral não vai ter por fundamento a *restitutio in integrum* da lesão sofrida pela vítima, mas uma função satisfatória, que venha a ser suficiente para recompensar, de certo modo, o sofrimento ou humilhação sofrida por ela, o que é, de certa forma, uma proposta doutrinária não alinhada com os fundamentos clássicos da responsabilidade civil, especialmente se considerado o dano como algo passível de avaliação material.

Segundo Caio Mário da Silva Pereira (1998, p. 55), o conceito de ressarcimento é deslocado, assim, para duas forças: o caráter punitivo, para que o causador do dano perceba-se castigado

¹⁴⁰Em conhecido parecer, Galeno Lacerda (1996, p. 94) segue no mesmo argumento: “A doutrina nacional baseada no direito estrangeiro, especialmente o francês, acentua que o sentido da indenização por dano moral não é reparatório, pois ‘a dor não tem preço’. O que se pretende, sob a perspectiva do ofendido, é proporcionar-lhe um *status* material diferenciado de conforto, minimizando a dor que sofreu. Dá-se à vítima, através do que o dinheiro pode comprar uma alegria que contrabalance o sofrimento. Do ponto de vista do ofensor, o ato há de produzir a mesma eficácia de despojamento que, numa sociedade mais espiritualizada sofreria o indivíduo ao pedir desculpas humildemente à vítima. No particular, aliás, este caso é emblemático, pois aqui se trata com um ícone do capitalismo – banco multinacional -, que tem no dinheiro a medida de todas as coisas.”

por sua conduta; e o caráter compensatório, para que a vítima receba uma quantia como satisfação, a ser usada em outras situações que lhe deem prazer, em contrapartida do mal sofrido por ela.

Substituiu-se, desse modo, o conceito de equivalência, próprio do dano material, pela compensação (ou satisfação), que se propõe a atenuar, de maneira indireta, as consequências do sofrimento suportado pela vítima. Isto é, inicialmente, a doutrina admitiu o dano extrapatrimonial não como *pretium doloris*, mas simples compensação pela tristeza injustamente infligida à vítima.

Destarte tornou-se intolerável que, por exemplo, o direito personalíssimo de uma pessoa fosse atingido sem que ela fosse ressarcida (ou compensada), pois criava um desequilíbrio na ordem jurídica, uma vez que presentes o ato ilícito e a lesão a um direito, por um lado, e o risco de impunidade, pelo outro.

Como adiante melhor analisado, aceitar o dano moral como algo possível dentro do sistema civilista, garantiria proteção dos direitos imateriais ou da personalidade, ao lado dos direitos patrimoniais, que encontram a sua expressão genérica no princípio da dignidade da pessoa humana (Constituição Federal, artigo 1º, III). Como sentenciado por André Gustavo de Andrade (2009, p. 7), seria assim a consagração do direito de “ser”, ao invés do ordenamento jurídico privilegiar o direito do “ter”.

Avançando um pouco mais nessa análise, tal mudança indica a própria metamorfose dos papéis da vítima e do agente dentro da estrutura da responsabilidade civil, na medida em que o lesado passa a exercer uma função de protagonista da relação jurídica instaurada a partir do evento danoso, garantindo assim variáveis cada vez mais eficazes para o ressarcimento que lhe seria devido.

Como exemplo, a responsabilidade civil objetiva. Miguel Reale (1992, p. 55) observa que, ao lado da culpa como elemento de imputabilidade, veio prevalecendo também uma inversão no juízo de responsabilidade, no qual se substitui o fundamento da ação aquiliana (“onde há culpa, há reparação”) por outro de caráter objetivo, a fim de atender as necessidades da vítima da lesão.

Houve assim um deslocamento do problema, da pessoa do agente do evento danoso para a pessoa da vítima, o que não era de acordo com a lógica intrinsecamente bilateral da responsabilidade civil. Passou a predominar, desse modo, o outro lado da relação intersubjetiva em termos de obrigatoriedade do ressarcimento, a partir de um princípio geral do direito, de origem romana: *alterum non laedere* (“não causar dano a outrem”).

Abandona-se assim a ideia de punição-sanção em favor da vítima injustamente lesada (SILVA, 2009, p. 296).¹⁴¹ Destarte, o que se estabelece nos processos indenizatórios é se à vítima deve ser negado o direito de ressarcimento, em vez de investigar se houve culpa suficiente na conduta do agente apta a lhe imputar o dever de indenizar (MORAES, 2006, *passim*).

Como se nota, a responsabilidade civil objetiva pretende atenuar a comprovação do elemento culpa, o qual por vezes inviabilizava¹⁴² o dever de reparação do agente, por se entender, nesta hipótese, que o dano é uma realidade direta e objetiva, de modo que a responsabilização dispensaria o elemento anímico para estabelecer o dever de indenizar (PEREIRA, volume 2, p. 16).

Tal percepção da função da responsabilidade civil revela uma mudança cultural-jurídica. Isso porque, diferente da concepção subjetivista, na qual se indaga se ao autor do dano é possível responsabilização pelo prejuízo experimentado pelo lesado, o foco da responsabilidade desloca-se para a tutela garantida à vítima do dano injusto, que merece ser reparada (MORAES, 2008, p. 33), inclusive com a aplicação de instrumentos legais que garantam também a efetiva indenização ao lesado.¹⁴³

¹⁴¹Nesse mesmo argumento, a seguinte afirmação de Maria Celina Bodin de Moraes (2008, p. 33): “Em virtude disso, a responsabilidade civil volta-se para a tutela dos interesses da vítima, independentemente de qualquer critério de reprovabilidade em relação ao ato do agente ofensor.”

¹⁴²Vale destacar aqui que muitas vezes, no modelo subjetivo de responsabilidade, a produção de provas para aferição da conduta culposa do agente, em especial quanto à investigação psicológica do seu *animus* no momento de realizá-la, é inviável dentro do processo judicial, revelando-se uma grande injustiça para o lesado, não ressarcido pelo dano injusto sofrido (SILVA, 1974, p. 164 et seq.).

¹⁴³Mas não basta somente a imputação do agente, há que se garantir a indenização. Com lastro no princípio da solidariedade (Constituição Federal, artigo 3º, inciso I), por exemplo, a responsabilidade civil objetiva terá como finalidade a transferência para outrem (indivíduo ou coletividade), com maior capacidade econômica, o dever de reparação (SILVA, 2009, p. 299-300). A partir do solidarismo, concebem-se mecanismos jurídicos para que outras pessoas, mesmo que não envolvidas diretamente com a conduta lesiva, sejam impelidas a ressarcir os prejuízos apurados a fim de não desamparar o lesado, que poderá ter o socorro financeiro em momento de apuro, habitualmente verificado quando alguém é surpreendido pelos acidentes. Aqui se sobrepõe a ideia da

A positivação do dano moral no direito brasileiro incorporou tais acepções. Com o advento da Constituição Federal de 1988 (art. 5º, V e X) e do Código Civil de 2002 (art. 186), sepultou-se qualquer discussão sobre a impossibilidade e, sobretudo, a impertinência da aplicação desse instituto no ordenamento jurídico pátrio. Parece assim que resta preenchido um espaço em que a sociedade reclamava uma resposta mais contundente por parte do direito, sendo que o ordenamento jurídico apresentou mecanismo indenizatório que atendeu às expectativas, sobretudo da doutrina, como forma de proteção integral do ser humano naquilo que lhe é mais caro: a sua dignidade.

Todavia, como ponderado por Maria Celina Bodin de Moraes (2011, p. 361), em várias décadas de intenso debate sobre o dano moral, “e apesar do exponencial crescimento e da atual notabilidade do tema, não se pode dizer que as coisas tenham ficado muito mais fáceis.” A assertiva dessa autora é feita muito em função da dificuldade de valoração do dano moral, de conceituá-lo e de definir se, preponderantemente, o instituto teria função reparadora ou indenizatória.

Ou seja, resente-se da correta aplicação do dano moral frente ao caso concreto, dado a falta de critérios objetivos para sua configuração, o que torna possível a indenização por aborrecimento banal ou mera sensibilidade exacerbada da suposta vítima. Isso porque, se é certo que o dano moral revela-se como instrumento de proteção aos direitos fundamentais e individuais, especialmente da dignidade humana, também se apresenta como campo fértil para arbitrariedade judicial e enriquecimento indevido, em razão da falta de parâmetros legais para sua aplicação.

socialização dos riscos (SILVA, 1974, p. 169). O que importa é que o dano sofrido injustamente pelo lesado seja de plano reparado, sendo certo que tal ressarcimento será mais fácil e eficientemente alcançável se a repartição do prejuízo também for direcionada para outrem ou para a coletividade, como se dá, por exemplo, com a responsabilização do empregador pelos atos do empregado ou dos pais pelos atos dos filhos (Código Civil, artigo 932). O deslocamento do dever de indenizar também se mostra importante para o próprio agente da conduta ilícita, visto que a reparação do dano somente pelo ofensor se mostra economicamente inviável, na medida em que o prejuízo a ser reparado pode ser insuportável para as possibilidades do ofensor, inviabilizando assim a reparação civil (MORAES, 2006, p. 19). Isto é, responder pela indenização poderia acarretar a ruína financeira do ofensor, vinculando os esforços de uma vida inteira para a reparação do prejuízo, por vezes, com o comprometimento da realização pessoal e familiar do autor do dano, o que não se mostra socialmente adequado (SILVA, 1974, p. 170). Por tal princípio constitucional, crê-se na compensação do dano como um valor em si e de *per se*, decorrente da visão democrática do Estado do bem-estar social no qual os interesses sociais devem preponderar sobre os individuais, abandonando-se assim “a primitiva equação, própria da primeira fase do capitalismo, entre a livre iniciativa econômica e o bem-estar coletivo” (REALE, 1992, p. 55).

Mas ainda assim um ponto que se evidencia como remansoso e inexorável é do ressarcimento do dano moral como um dado objetivo de justiça, realizável pela responsabilidade civil. Mas se adotada a premissa de que o direito civil é um direito capitalista, como instrumentalizar essa percepção de justiça advinda da reparação do dano moral?

3.2 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO CONCEITO JURÍDICO: CONSIDERAÇÕES A PARTIR DA FILOSOFIA KANTISTA

José Afonso da Silva (1998, p. 89-90) rememora que a dignidade da pessoa humana, como princípio jurídico, foi acolhida inicialmente nos países europeus¹⁴⁴ que passaram por períodos de exceção democrática e de perseguição política, que vulneraram em demasia a dignidade de seus nacionais, com a prática de crimes políticos sob a evocação de razões de Estado.

Também os desastres humanos das guerras do século XX, sobretudo da Segunda Guerra Mundial, fizeram introduzir no direito o conceito filosófico da dignidade da pessoa humana, “como uma contingência que marcava a essência do próprio sistema sócio-político a ser traduzido no sistema jurídico” (ROCHA, 2001, p. 52).

Segundo Carmen Lúcia Antunes Rocha (2001, p.51-52), a introjeção do princípio da dignidade nos sistemas constitucionais positivos toma um significado próprio, de respeito, por parte de entes estatais e privados, à integridade e à inviolabilidade do homem; não se limitam tais atributos a sua dimensão física, mas em todas as dimensões existenciais nas quais se contém a sua humanidade, de modo a projetá-lo para além da integridade física do ser humano. E isso engloba também, especialmente por parte do Estado, proporcionar condições

¹⁴⁴A lei fundamental da República Federal da Alemanha, por primeiro, tornou como direito fundamental a dignidade da pessoa humana, logo na sua abertura (artigo 1º, n.1). Também no artigo 1º da Constituição portuguesa de 1976 dispõe que a República de Portugal está fundamentada no princípio da dignidade, no que foi seguida pelo texto constitucional espanhol de 1978 (MORAES, 2003b, p. 115), ambas advindas após as experiências dos governos autoritários de António de Oliveira Salazar e Francisco Franco, respectivamente. Ainda sob o impacto da Segunda Guerra Mundial, a Organização das Nações Unidas (ONU) incorporou como fundamento da humanidade o princípio da dignidade, inicialmente no preâmbulo da Carta das Nações Unidas de 1945, e, posteriormente, no preâmbulo da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1948). O caso brasileiro teve motivações históricas semelhantes. Ainda sob os efeitos dos crimes praticados pela ditadura militar, a última Constituinte fez incluir a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado da República Federativa do Brasil (artigo 1º, inciso III).

materiais mínimas de sobrevivência, ou seja, não apenas garantir que o ser humano permaneça vivo, mas que mantenha respeitado e garantido o ato de viver com dignidade.

Nesse sentido, a dignidade da pessoa humana reclama, para a sua plena ocorrência, que as pessoas tenham uma existência digna conforme os preceitos constitucionais da justiça social, que é justamente o fim almejado pela ordem econômica. Por isso José Afonso da Silva (1998, p. 93) lembra que constitui desrespeito à dignidade humana um sistema não capaz de eliminar desigualdades, mantendo parte da população na fome, na miséria, na incultura.

A etimologia da palavra dignidade tem origem no termo latino *dignitas*, que desde a antiguidade traz consigo o significado de cargo, honra (ou honraria), título, isto é, o grau de reconhecimento de um indivíduo pelos demais membros da sociedade, a percepção deles sobre o espaço social (distinção) conquistado por ele.¹⁴⁵ Tal reconhecimento expressaria assim “uma qualificação e modulação da dignidade” (SARLET, 2011, p. 34), o que implicaria admitir a existência de pessoas mais dignas e outras com menos dignidade.

Todavia, dignidade vai ter outro sentido e motivação, mais abrangente quanto ao respeito que é merecedor qualquer ser humano, a despeito do *status* que goza na sociedade. Dito respeito é intrínseco a todos, independentemente de posições sociais, de partidarismos políticos e de considerações de outrem ou mesmo do Estado.

E mais: tal consideração e respeito seriam imanentes e indissociáveis do gênero humano. Todo ser humano deve ser assim reconhecido independentemente das relações insaturadas por ele no seio da sociedade, na medida em que a capacidade jurídica (a competência de ser sujeito de direitos) é igual em e para todas as pessoas (SARLET, 2011, p. 46).

O fundamento filosófico da dignidade que dá substrato ao entendimento do princípio nos ordenamentos jurídicos modernos decorre muito da filosofia kantiana (SARLET, 2011, p. 48).

Segundo Immanuel Kant (2007, p. 68) o homem (pessoa humana), por ser racional, existe como fim em si mesmo e não simplesmente como meio, como ocorre em relação aos seres

¹⁴⁵É nesse sentido que a percepção da dignidade inicialmente ingressou no mundo jurídico positivado (ROCHA, 2001, p. 52-53). A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, da Revolução Liberal, estabelecia que os cidadãos deveriam ser igualmente admissíveis em todas as dignidades, cargos e empregos públicos.

não dotados de razão; estes têm um valor relativo e condicionado, de meio, como instrumento para se alcançar uma finalidade, como uma qualidade que lhes é própria, que é de justamente estar disponível às necessidades do gênero humano.

Diante da premissa antropocêntrica kantiana, Eduardo Rabelo Rabenhorst (2010, p. 22) aponta que, desde então, a construção do conceito do ser humano dá-se a partir da maneira como ele se distingue do animal, isto é, a falta de razão (racionalidade) dos seres da natureza é que serve para demonstrar a dignidade do homem.¹⁴⁶ O que se afirma com isso é que a dignidade humana constrói-se a partir da suposição de uma irreduzibilidade do homem à natureza; não como um ser integrado à natureza, mas como alguém destinado a reinar sobre ela.¹⁴⁷

Por isso se considera que, se o mundo fosse composto somente por seres não racionais, a existência deles não teria qualquer valor (*Weirt*), por não haver qualquer ser possuindo o conceito de valor. Isso porque eles não têm a percepção do conceito de autonomia para se autodeterminarem, de serem os senhores do seu destino, visto que submetidos à vontade humana (RABENHORST, 2010, p. 30-31).

Dai concluir-se que a filosofia kantiana toma como elemento nuclear da dignidade humana na autonomia e no direito de autodeterminação¹⁴⁸ de cada pessoa (SARLET, 2011, p. 56). Dignidade da pessoa humana, nesse contexto, tem por fundamento a ideia de *dignitas-hominis*, que é justamente a capacidade do indivíduo ser conformador de si próprio, ou seja, de agir de acordo com o projeto espiritual definido por ele mesmo.

¹⁴⁶Eduardo Ramalho Rabenhorst (2010, p. 30) ainda prossegue no tema: “Entende Kant que os animais não são máquinas, pois, assim como os humanos, eles agem segundo representações. Contudo, ao contrário do animal, que está submetido ao instinto, isto é, à faculdade que deseja possuir seu objeto antes mesmo de conhecê-lo, o homem pode ultrapassar sua condição natural, submetendo suas pulsões aos fins que ele próprio se atribui. Através da educação, o homem supera sua animalidade e ascende a uma ‘segunda natureza’, assumindo, assim, sua condição humana. Tal concepção acerca da perfectibilidade do gênero humano faz com que Kant renuncie às teorias tradicionais sobre a natureza humana. Com efeito, a escolha moral humana é livre e racional exatamente porque não decorre dos desejos e inclinações naturais do homem, mas da razão.”

¹⁴⁷Além de Ingo Wolfgang Sarlet (2011), Eduardo Ramalho Rabenhorst (2007) e Antônio Junqueira de Azevedo (2002) também apontam as deficiências de uma postura filosófica essencialmente antropocêntrica, sem considerar as consequências ecológicas da interferência do homem no mundo natural para o próprio gênero humano. Porém, para a finalidade deste estudo, será considerada a proposta antropocêntrica de Kant, de oposição do homem à natureza (*res*), uma relação de domínio sobre bens naturais para servir às necessidades humanas, que é como ela foi assimilada, em grande parte, pelo direito.

¹⁴⁸Como também posto por Ingo Wolfgang Sarlet (2011, p. 56), a autodeterminação deve ser tomada no sentido abstrato, como sendo a capacidade potencial que cada ser humano tem de se autodeterminar. Por isso são igualmente dignas as pessoas com deficiência mental ou em estado comatoso, como se dá em relação aos de mente sadia.

Ou como ainda insistido por Ingo Wolfgang Sarlet (2011, p. 62), a dignidade, como valor intrínseco do ser humano, gera para o indivíduo o direito de decidir de forma autônoma sobre os seus projetos existenciais e de felicidade. Isso expressa a ideia de uma liberdade positiva (de autoafirmação interna), no sentido do indivíduo ser o seu próprio amo e senhor, de tal sorte que somente a ele caiba definir a sua conduta pessoal.

Ou seja, “significa que a decisão entre duas possibilidades opostas pertence, exclusivamente, à vontade do indivíduo” (SILVA, 2001, p. 234). E assim deve ser mesmo nas pessoas em que a autonomia faltar ou não puder ser atualizada; em relação a esses indivíduos deve prosseguir o respeito pela sua condição humana. Também por isso se afirma que toda pessoa humana é digna na medida em que todos estão irmanados na mesma condição humana, de forma que qualificá-lo nessa categoria é colocá-lo acima de qualquer indagação.¹⁴⁹

Conclui-se também que o gênero humano, por sua racionalidade, tem a capacidade de determinar a si mesmo (autonomia da vontade), portanto, não como meio para o uso arbitrário de uma vontade alheia (SARLET, 2011, p. 40-41).¹⁵⁰ Isso porque o fundamento do princípio da dignidade decorre da natureza racional do homem, que existe como fim em si, de modo que não pode servir de meio ou instrumento. Não pode, assim, ser tido como um objeto, isto é, vir a ser reificado, do mesmo modo que se dá com as coisas e outros seres da natureza. Ou na explicação de Plínio Melgaré (2010, p. 157):

Dignidade que impõe a inaceitabilidade da instrumentalização humana, do homem como objeto. Eleva-se o homem como um fim em si mesmo, não sendo visto e utilizado como um meio, mas como fundamento homogêneo, com fundamento-identidade presente na multiplicidade existencial.

¹⁴⁹Ou na melhor escrita de Carmen Lúcia Antunes Rocha (2001, p. 54): “A interpretação haverá de ser no sentido de que todos são igualmente dignos porque iguais em sua humanidade, em virtude da qual não se admitem preconceitos que degradem, aviltem ou asservissem homens em benefício indébito de outros, que homens não são vassallos ou objetos em proveito de outros.”

¹⁵⁰Ou nas palavras de Immanuel Kant (2007, p. 68): “Ora digo eu: — O homem, e, duma maneira geral, todo o ser racional, existe como fim em si mesmo, não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas acções, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem a outros seres racionais, ele tem sempre de ser considerado simultaneamente como fim. Todos os objectos das inclinações têm somente um valor condicional, pois, se não existissem as inclinações e as necessidades que nelas se baseiam, o seu objecto seria sem valor.”

No mesmo argumento, Ingo Wolfgang Sarlet (2011, p. 70) também conclui que a dignidade resta maculada sempre que a pessoa concreta (indivíduo) for diminuída à condição de objeto (coisa), tratada como mero instrumento, isto é, “sempre que a pessoa venha a ser descaracterizada como sujeito de direitos.”

Aprofundando na análise da questão “dos meios” e “dos fins” proposta por Immanuel Kant, Leonardo Agostini (2007, p. 71) revela que o fim – *Zweck* - é aquilo que serve à vontade como fundamento objetivo da própria determinação. De sua parte, aquilo que tem valor condicionado (ou seja, o objeto das inclinações), serve como meio – *Mittel* - para se atingir qualquer outra coisa que se quer, sendo que Kant vai denominar isso “coisa” (*res*).

Com efeito, a distinção (oposição) entre pessoa e coisa vai permitir que esta possa ser comprada, vendida, utilizada e usufruída por aquela; ao passo que a pessoa deve ser considerada sempre e simultaneamente como fim em si mesmo, o que não permite que o gênero humano possa ser quantificado como um valor econômico (*preis*).

Vale ressaltar aqui o que esclarecido por Ingo Wolfgang Sarlet (2011, p. 41): *dignitas* (ou *Würde*, termo alemão usado por Immanuel Kant) significa justamente algo que não tem valor economicamente mensurável. Isto é, como “um valor intrínseco, infungível, próprio de cada ser humano”, de modo que a palavra dignidade implica “o reconhecimento de que os seres humanos possuem um valor com certo caráter normativo, mas não utilitário.”¹⁵¹ “E um ser digno,” acrescenta, “deve ser tratado pelos outros, mas também por ele próprio, sempre com respeito (*Achtung*), isto é, como um fim em si mesmo e não como meio para obtenção de alguma coisa” (RABENHORST, 2007, p. 221).

Daí Immanuel Kant (2007, p. 77) afirmar que, no “Reino dos Fins”, tudo tem um preço ou uma dignidade. Portanto, quando uma coisa tem um preço de mercado, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente, tornado assim a *res* substituível porque dispensável.

¹⁵¹Sobre o tema, Eduardo Ramalho Rabenhorst (2007, p. 221): “Ao contrário de Hobbes, que definia o valor (*value*) como o preço que se atribui a um homem em função do juízo ou da necessidade de outro (por exemplo, em virtude de sua competência), Kant estabelece uma distinção, inexistente na língua portuguesa, entre *Wert* (valor em alemão) e *valor* (valor em latim). Para Kant, aquilo que pode ser comparado ou substituído por algo equivalente, tem um preço. Em contrapartida, aquilo que é incomparável e insubstituível, encontra-se acima de qualquer preço. Dessa forma, o homem pode ser avaliado sob dois prismas distintos: em função de suas habilidades, méritos ou competências, ele tem um valor (*valor*); entretanto, enquanto pessoa moral, ele é portador de um valor (*Wert*) incalculável, que recebe o nome de dignidade (*würdigkeit*).”

Porém, quando uma coisa está acima de todo o preço, e portanto não permite equivalente, tem ela dignidade, o que é justamente o que se passa com o ser humano em toda sua especificidade.¹⁵²

É a partir disso que se reconhece a dignidade da pessoa humana como valor absoluto, de tal disposição de espírito que a põe infinitamente acima de todo o preço. Ou seja, a dignidade é algo que não tem equivalência, de modo a tornar o ser humano insubstituível por conta de suas qualidades intrínsecas.¹⁵³ Sendo assim, a concepção kantiana da dignidade vai considerar a pessoa como fim, e não como meio, de tal modo que é repelida “qualquer espécie de coisificação [reificação] e instrumentalização do ser humano” (SARLET, 2011, p. 45).

Por isso, ainda segundo Immanuel Kant (2007, p. 77), a dignidade jamais ser posta em cálculo ou confronto com qualquer coisa que tivesse um preço, sem que isso não pudesse ferir profundamente a santidade do homem,¹⁵⁴ aquilo que lhe torna único em suas qualidades quando comparado com os seres da natureza. Ou na lição de José Afonso da Silva (1998, p. 91): “dignidade é um atributo intrínseco, da essência, da pessoa humana, único ser que compreende um valor interno, superior a qualquer preço,” que justamente por isso não admite substituição equivalente, o que implica reconhecer “que a dignidade entranha e se confunde com a própria natureza do ser humano.”

¹⁵²Continuando no tema, Immanuel Kant (2007, p. 77) se pronunciou da seguinte forma: “O que se relaciona com as inclinações e necessidades gerais do homem tem um preço venal; aquilo que, mesmo sem pressupor uma necessidade, é conforme a um certo gosto, isto é a uma satisfação no jogo livre e sem finalidade das nossas faculdades anímicas, tem um preço de afeição ou de sentimento (*Affektionspreis*); aquilo porém que constitui a condição só graças à qual qualquer coisa pode ser um fim em si mesma, não tem somente um valor relativo, isto é um preço, mas um valor íntimo, isto é dignidade.”

¹⁵³No mesmo raciocínio. Carmen Lúcia Antunes Rocha (2001, p. 51-52): “O que é uma dignidade não tem valoração e figura, assim, valor absoluto. Pela sua condição sobrepõe à mensuração, não se dá a ser meio, porque não é substituível, dispondo de uma qualidade intrínseca que o faz sobrepor-se a qualquer medida ou critério de fixação de preço.”

¹⁵⁴Pode-se, assim, deduzir que Immanuel Kant seculariza certa percepção bíblica do homem como senhor da natureza, como aquele que reina sobre as coisas feitas por Deus, como uma dádiva concedida pelo Divino ao seu filho dileto. É como se o homem fosse um “intermediário” entre a natureza e Deus. Nessa perspectiva é o Salmo 8 (2007, p. 10): “Ó Eterno, nosso Deus! Quão majestoso é o Teu Nome em toda terra, Tu que estendeste Teu esplendor sobre os céus! Até do baluciar das crianças e lactentes crias força contra Teus detratores, para destruir inimigos e malévolos. Quando contemplo Teus céus, obra dos Teus próprios dedos, vejo a lua e as estrelas que criaste, e me pergunto: o que é o ser humano para que dele Te lembres? E o filho do homem, para que o consideres? Entretanto, pouco menos que os anjos o fizeste e de glória e esplendor o coroaste. Tu o puseste como soberano sobre as obras de Tuas mãos, tudo puseste a seus pés: ovelhas e gado, todos eles, e também os animais do campo, os pássaros do céu, os peixes do oceano e tudo o que se move sobre os caminhos dos mares. Ó Eterno, nosso Deus! Quão majestoso é o Teu Nome em toda a terra.”

Isso também não escapa às relações interpessoais. Se o homem (racional) representa assim a sua existência, em respeito à mesma premissa, o que vale para um também deve valer para o outro. A dignidade, nesse sentido, vai significar o reconhecimento recíproco do outro quanto às suas peculiaridades e características como indivíduo (SILVA, 1998, p. 90). Com o mesmo propósito as seguintes premissas dadas por Immanuel Kant (2007, p. 69):

A natureza racional existe como fim em si. É assim que o homem se representa necessariamente a sua própria existência; e, neste sentido, este princípio é um princípio subjectivo das acções humanas. Mas é também assim que qualquer outro ser racional se representa a sua existência, em virtude exactamente do mesmo princípio racional que é válido também para mim; é portanto simultaneamente um princípio objectivo, do qual como princípio prático supremo se têm de poder derivar todas as leis da vontade. O imperativo prático será pois o seguinte: Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio.

Tais premissas, portanto, orientam-se pelo valor absoluto e universal da promoção e protecção da dignidade humana, que inspira uma regra ética maior que é justamente o respeito pela integridade do outro (MORAES, 2003b, p. 113). Daí considerar o ser humano, sem exceção, como pessoa, isto é, um ser espiritual que ao mesmo tempo fonte e destinação de valores.

Por isso a pessoa ser o centro da imputação¹⁵⁵ do direito, porque ele existe em função dela, para fins de proporcionar seu desenvolvimento. Nesse ponto é que a dignidade se manifesta como um atributo da racionalidade humana, visto que o indivíduo não obedece outra lei senão àquela que ele próprio instituiu.

¹⁵⁵Aqui é pertinente registrar que o direito não revela ao mundo o que é a dignidade da pessoa humana. Ele apenas a reconhece como valor essencial da construção jurídico-normativa (SARLET, 2011, p. 84). Carmen Lúcia Antunes Rocha (2001, p. 51) também aborda o tema, da seguinte forma: “A justiça humana, aquela que se manifesta no sistema de Direito e por ele se dá à concretude, emana e se fundamenta na dignidade da pessoa humana. Essa não se funda naquela, antes é dela fundante. Dignidade é o pressuposto da idéia da justiça humana, porque ela é que dita a condição superior do homem como ser de razão e sentimento. Por isso é que a dignidade humana independe de merecimento pessoal ou social. Não se há de ser mister ter de fazer por merecê-la, pois ela é inerente à vida e, nessa contingência, é um direito pré-estatal. O sistema normativo de direito não constitui, pois, por óbvio, a dignidade da pessoa humana. O que ele pode é tão somente reconhecê-la como dado essencial da construção jurídico-normativa, princípio do ordenamento e matriz de toda organização social, protegendo o homem e criando garantias institucionais postas à disposição de pessoas a fim de que elas possam garantir a sua eficácia e o respeito à sua estatuição. A dignidade é mais um dado jurídico que uma construção acabada no direito, porque se firma e se afirma no sentimento de justiça que domina o pensamento e a busca de cada povo em sua busca de realizar as suas vocações e necessidades.”

Isto é, se o ser humano não pode ser visto ou usado como meio para atingir outras finalidades, tal implica reconhecer que “todas as normas decorrentes da vontade legisladora dos homens precisam ter como finalidade o homem, a espécie humana como tal” (MORAES, 2003b, p. 113). É nesse sentido que o princípio da dignidade é assimilado pela Constituição Federal de 1988 (ROCHA, 2001, p. 53-55).

3.3 DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO DIREITO BRASILEIRO: APLICAÇÃO NO ÂMBITO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Se no campo da moral Immanuel Kant considera o ser humano, por sua dignidade, um valor absoluto, no âmbito jurídico ela é transformada em princípio de direito, passando a integrar, sobre tudo, os sistemas constitucionais modernos, também de forma absoluta, de modo que é ao seu redor que devem circular todos os demais textos legais.

A dignidade da pessoa humana torna-se, então, a espinha dorsal da elaboração normativa. Sendo assim, a constitucionalização da dignidade da pessoa humana, na experiência brasileira, não retrata apenas mera modificação do texto constitucional, mas nova concepção de Constituição Federal, sem precedentes anteriores. A constitucionalização do princípio da dignidade¹⁵⁶ modifica em sua raiz toda a construção jurídica, influenciando diretamente em toda elaboração do direito, na medida em que é o elemento fundante da ordem constitucionalizada.

Daí afirmar-se que, no sistema constitucional brasileiro, a dignidade da pessoa humana é tida como um “superprincípio constitucional” (ROCHA, 2001, p. 55), ou princípio matriz, pois é a partir dele que se fundam todas as escolhas políticas plasmadas no texto constitucional. Mais

¹⁵⁶Luiz Edson Fachin (2006, p. 118) observa que a dignidade da pessoa humana tem teor fluido, o que dificulta deduzi-la a uma fórmula genérica. Com efeito, a aplicação do princípio da dignidade deve ser analisada caso a caso, dado as infinitas situações em que ele pode ser invocado. Mesmo ciente de tal embaraço, Ingo Wolfgang Sarlet (2011, p. 73) sugere o seguinte conceito de dignidade da pessoa humana, para fins de sua aplicação: “a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.”

do que isso: toda a legislação infraconstitucional deve ser interpretada¹⁵⁷ de acordo com tal princípio, portanto de acordo com as premissas filosóficas que lhe dão fundamento.

Como apontado por Arnaldo Rizzardo (2005, p. 33), o Código Civil brasileiro em vigor tem como principais fundamentos filosóficos: a socialidade,¹⁵⁸ em contraposição ao espírito liberal-individualista do Código Civil de 1916; a eticidade, correspondente ao realce dado aos princípios¹⁵⁹ da boa-fé, equidade, função social; e operabilidade, que implica a simplificação do texto codificado, com redação mais objetiva, a fim de facilitar o entendimento do texto pelas pessoas mais simples e a sua aplicação pelos atores jurídicos.

O que está a se especificar aqui é que a atual codificação não tratou explicitamente da dignidade como um de seus fundamentos filosóficos. Ao menos Miguel Reale, coordenador do anteprojeto do Código Civil de 2002, não tratou dele sistematicamente como fez em relação àqueles outros princípios, quando discorreu sobre a sua *Visão geral do Projeto de Código Civil* (2008), embora tenha deixado registrado ali que é “o valor da pessoa humana a fonte de todos os valores”, portanto a fonte do *codex* vigente.

Ou seja, dito princípio permeia a estrutura da atual codificação (cf. BRANCO; MARTINS-COSTA, 2002). Sendo assim, é a Constituição Federal de 1988 que vai emprestar à codificação privada os fundamentos necessários para aplicar o princípio da dignidade aos seus institutos. À codificação vigente, portanto, também são aplicados os fundamentos da filosofia kantista.

¹⁵⁷Ingo Wolfgang Sarlet (2011, p. 86-87) defende que a dignidade da pessoa humana, no sistema constitucional brasileiro, tem plena eficácia, justamente por se apresentar como princípio e regra constitucional fundamental que impregna toda a ordem jurídica, conferindo, assim, maior eficácia e efetividade na sua aplicação. Nessa perspectiva principiológica, a dignidade da pessoa humana, como norma-princípio, atua como mandado de otimização, na medida em que ordena algo a ser feito, no caso, a promoção e proteção da dignidade.

¹⁵⁸Sobre o princípio da socialidade, Miguel Reale (2008): “O ‘sentido social’ é uma das características mais marcantes do projeto, em contraste com o sentido individualista que condiciona o Código Civil ainda em vigor. Seria absurdo negar os altos méritos da obra do insigne Clóvis Bevilácqua, mas é preciso lembrar que ele redigiu sua proposta em fins do século passado, não sendo segredo para ninguém que o mundo nunca mudou tanto como no decorrer do presente século, assolado por profundos conflitos sociais e militares. Se não houve a vitória do socialismo, houve o triunfo da ‘socialidade’, fazendo prevalecer os valores coletivos sobre os individuais, sem perda, porém, do valor fundante da pessoa humana”

¹⁵⁹Importante destacar que o Código Civil de 2002 adotou princípios e conceitos abertos (v.g., boa-fé objetiva) justamente para que ele não pereça pelo transcurso do tempo ante a evolução e modernização da sociedade, a fim de que venha a ser permanentemente atualizado pela jurisprudência. Nesse mesmo argumento, Miguel Reale (2008): “Não acreditamos na geral plenitude da norma jurídica positiva, sendo preferível, em certos casos, prever o recurso a critérios ético-jurídicos que permita chegar-se à ‘concreção jurídica’, conferindo-se maior poder ao juiz para encontrar-se a solução mais justa ou equitativa. O novo Código, por conseguinte, confere ao juiz não só poder para suprir lacunas, mas também para resolver, onde e quando previsto, de conformidade com valores éticos, ou se a regra jurídica for deficiente ou injustável à especificidade do caso concreto.”

Uma vez caracterizada a dignidade humana como princípio matriz da constituição, a pessoa torna-se o bem supremo da ordem jurídica, o seu fundamento e o seu fim. Portanto, a estrutura e a ação do poder político, bem como a organização da vida econômica, cultural e social, estão subordinadas ao respeito da dignidade e desenvolvimento da pessoa humana. Outrossim, vincula os direitos da personalidade¹⁶⁰ como inerentes à dignidade e ao desenvolvimento da pessoa humana (SOUSA, 1995, p. 619-620).

Portanto, sem os direitos da personalidade (vida, intimidade, honra, integridade psíquica) não se concretiza a dignidade humana. O princípio da dignidade sintetiza,¹⁶¹ pois, os atributos que compõem a pessoa e que apela ao respeito ao indivíduo nas diversas manifestações de sua personalidade (ANDRADE, 2009, p. 21). Com efeito, a dignidade do homem e o direito ao livre desdobramento de sua personalidade¹⁶² são garantidos como um direito subjetivo imanente a todas as pessoas (SZANIAWSKI, 1993, p. 56), sendo que tais direitos previstos (e protegidos) no Código Civil brasileiro¹⁶³ em vigência (artigo 11 e seguintes).

¹⁶⁰Os direitos da personalidade fazem referência a um conjunto de bens que são tão próprios do indivíduo, que chegam a se confundir com ele mesmo e constituem manifestações da personalidade do próprio sujeito. Daí Silvio Romero Beltrão (2013, p. 209) asseverar que “os Direitos da personalidade vêm tradicionalmente definidos como direitos essenciais do ser humano, os quais funcionam como o conteúdo mínimo necessário e imprescindível da personalidade humana. A justificativa teórica para atribuir o caráter de direitos inatos aos direitos da personalidade, volta-se à circunstância de se tratarem de direitos essenciais, naturais à pessoa humana que remetem a sua existência ao mesmo momento e ao mesmo fato da existência da própria pessoa.”

¹⁶¹Conforme explicação de Francisco Amaral (2003, p. 253): “Esse complexo unitário da natureza física, psíquica e moral vem a justificar um direito geral de personalidade que se constrói a partir do princípio fundamental da pessoa humana, base legítima dos direitos especiais da personalidade que o sistema jurídico brasileiro já reconhece. Temos, assim, um direito geral da personalidade que a considera um bem objeto da tutela jurídica geral, e defende a inviolabilidade da pessoa humana, nos seus aspectos físico, moral e intelectual (...). O princípio da dignidade da pessoa humana é um valor jurídico no núcleo fundamental do sistema brasileiro dos direitos da personalidade como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais. Significa que ele ser humano é um valor em si mesmo, e não um meio para os fins dos outros. Assim entendido, o princípio da dignidade da pessoa humana traduz o reconhecimento do valor da pessoa como entidade e independentemente e preexistente ao ordenamento mesmo, dotada de direitos invioláveis que lhe são inerentes.”

¹⁶²A afirmação dos direitos da personalidade tem conotação política bem definida que é a de não submissão ao poder estatal, de modo que tidos como direitos da personalidade inatos ao homem, a despeito do reconhecimento deles por parte do ordenamento jurídico, como se direito natural fossem (cf. BITTAR, 2000). Sobre o tema, Silvio Romero Beltrão (2013, p. 206): “Na contradição de uma sociedade que lutava contra o privilégio de classe e, que todavia, teorizava o privilégio do Rei, não se visualizava espaço para colocar a tutela da personalidade em termos completos, como valor absoluto. Somente mais tarde começa a prosperar a possibilidade de estruturar a sociedade sobre a base da reciprocidade entre indivíduo e soberano (com obrigações e direitos recíprocos), a qual é concebida com a teorização da divisão dos poderes. O reconhecimento da existência de um direito natural do homem, une-se à Declaração solene com a qual se proclamava na França revolucionária o Direito do Cidadão e a liberdade e igualdade de todos os ‘homens’. Com a Revolução Francesa, portanto, obtém-se a afirmação da existência de um direito inato ao homem, inserido no contexto histórico de contraposição ao Estado.”

¹⁶³Silvio Romero Beltrão (2013, p. 209) afirma que uma das principais inovações do Código Civil (artigos 11 a 21), em relação à codificação anterior, é a regulamentação dos direitos da personalidade, por seguir “uma fórmula antes apresentada pelo Código Civil italiano e português, com a valorização da pessoa e suas conquistas.”

É desse modo que o ordenamento jurídico vai conceder proteção, absoluta e irrestrita, a certos direitos que permanentemente gravitam em torno da pessoa durante a sua existência, notadamente nos seus aspectos físico, moral e intelectual, bem como nas suas relações com outras pessoas e a sociedade.

Em outros termos: proteção¹⁶⁴ aos direitos da personalidade, sendo estes imanentes a cada pessoa “em razão da sua própria existência e em resguardo à sua privativa dignidade” (MONTEIRO *et al.*, 2010, volume 1, p. 125-126). Segundo Carlos Alberto Bittar (2000, p. 30), tais direitos abrangem assim o complexo valorativo intrínseco (intelectual e moral) e extrínseco (físico) do ser humano, compreendendo os atributos ou dotes próprios de sua individualidade.

O sistema jurídico, nesse contexto, reconhece os direitos e deveres próprios da personalidade, tais como são os direitos à vida, saúde, liberdade, nome, propriedade, honra, reputação, autoria de obras *etc.* Destarte, o objeto¹⁶⁵ dos direitos da personalidade é a faculdade jurídica¹⁶⁶ que se situa no âmbito da própria pessoa, sobretudo nos seus aspectos físico, moral e intelectual (DUARTE, 2007, p. 25).

¹⁶⁴Os bens da personalidade protegidos são os “elementos físicos agrupados na ideia do *homo phenomenon* como se as componentes espirituais ou morais decorrentes da racionalidade e da liberdade reflectidas na concepção do *homo noumenon*. Do mesmo modo, a nossa lei civil tutela em cada homem, quer a sua humanidade ou repositório dos caracteres comuns a todos os homens, quer a sua individualidade ou complexo dos caracteres próprios de cada homem, que lhe atribuem originalidade e irrepetibilidade, quer ainda a sua pessoalidade ou dimensão pessoalizada a sua existência em relação aos demais indivíduos humanos e, até, com certas coisas” (SOUSA, 1995, p. 152).

¹⁶⁵Quanto às características essenciais dos direitos da personalidade, Paulo Lôbo (2008, p. 7-8): “A natureza não patrimonial dos direitos da personalidade e a circunstância de serem inatos e essenciais à realização da pessoa resultam em características que os singularizam, a saber: intransmissibilidade, indisponibilidade, irrenunciabilidade, inexpropriabilidade, imprescritibilidade e vitaliciedade. O novo Código Civil brasileiro refere à intransmissibilidade, à irrenunciabilidade e à impossibilidade de limitação voluntária, que pode ser entendida como indisponibilidade, pois a limitação apenas pode ocorrer por ato de disposição. A titularidade dos direitos da personalidade é única e exclusiva, não podendo ser transferida para terceiros, herdeiros ou sucessores. Por não serem objetos externos à pessoa, não podem ser disponíveis, inclusive quanto ao exercício deles, ainda que gratuito. O Poder Público não pode desapropriar qualquer direito da personalidade, porque ele não pode ser domínio público ou coletivo. A pretensão ou exigência para o cumprimento do dever e da obrigação de abstenção ou de fazer, como na hipótese do direito de resposta, ou da indenização compensatória por dano moral, jamais prescreve. Os direitos da personalidade extinguem-se com a pessoa; pode haver a transeficácia deles, *post mortem*, de modo a que a defesa seja atribuída a familiares, como no caso da lesão à honra do morto.”

¹⁶⁶Silvio Romero Beltrão conclui (2013, p. 209) que os direitos da personalidade são definidos como uma “categoria especial de direitos subjetivos que, fundados na dignidade da pessoa humana garantem o gozo e o respeito ao seu próprio ser, em todas as suas manifestações espirituais ou físicas.”

Seguindo essas premissas, Arnaldo Rizzardo (2005, p. 140) argumenta que os direitos da personalidade podem ser agrupados¹⁶⁷ nos direitos à integridade patrimonial (conjunto de situações jurídicas derivadas de relações patrimoniais e econômicas); à integridade política (direito ao voto, ao exercício da política); à integridade física (vida e a integridade do corpo); à integridade intelectual (liberdade de pensamento, autoria de obras e inventos *etc*); à integridade moral (honra, dignidade, imagem, privacidade, intimidade *etc*).

Ante tais ponderações, o dano moral vai se caracterizar pela ofensa à dignidade humana, tal como ela é proposta no texto constitucional,¹⁶⁸ eis que tal princípio representa a base de todos os valores morais, a essência de todos os direitos da personalidade (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 80).¹⁶⁹ O dano moral relaciona-se, assim, diretamente com a violação de uma classe especial de direitos fundamentais, que são justamente os direitos da personalidade (ANDRADE, 2009, p. 38).¹⁷⁰

Pode-se precisar, então, o conteúdo da dignidade da pessoa humana, para fins de responsabilização civil por danos morais, como uma proteção¹⁷¹ aos direitos da personalidade

¹⁶⁷Os direitos da personalidade indicados pelo direito positivo são apenas enunciativos, não esgotando as possibilidades de proteção da personalidade humana, visto que impossível conter em tipos normativos todas as hipóteses de manifestação da dignidade humana. Daí a doutrina adotar a tipicidade aberta dos direitos da personalidade: “Perfilho a orientação, que me parece majoritária, da tipicidade aberta, ou seja, os tipos previstos na Constituição e na legislação civil são apenas enunciativos, não esgotando as situações suscetíveis de tutela jurídica à personalidade. O tipo, conquanto menos abstrato que o conceito, é dotado de certa abstração, pois se encontra em plano menos concreto que os fatos da vida. Os fatos concretos, que ocorrem na vida, para serem enquadrados em determinado tipo, necessitam de reconhecimento social, de uma certa tipicidade social. Desse modo, são apreensíveis pelo intérprete, reduzindo-se o juízo de valor subjetivo. A tipicidade aberta não é incompatível com uma cláusula geral de tutela, que, ao lado da tipicidade social reconhecida, estabelece os limites mais amplos da consideração dos tipos. Significa dizer que são tipos de direitos da personalidade: a) os tipos previstos na Constituição e na legislação civil; b) os tipos reconhecidos socialmente e conformes com a cláusula geral” (LÔBO, 2001, p. 9).

¹⁶⁸Tais considerações também devem ser aplicadas ao atual Código Civil, que prevê expressamente a reparação (indenização) do dano moral, tal como regulamentado pelo artigo 186 e pelo Livro I, Título IX, sendo certo que ali a proteção da dignidade humana também encontra lugar de destaque (ANDRADE, 2009, p. 28).

¹⁶⁹Com mesmo pensamento, Paulo Lôbo (2008, p. 5) assevera que “os direitos da personalidade, por serem não patrimoniais, encontram excelente campo de aplicação nos danos morais, que têm a mesma natureza não patrimonial. Ambos têm por objeto bens integrantes da interioridade da pessoa, que não dependem da relação com os essenciais à realização da pessoa, ou seja, aquilo que é inato à pessoa e deve ser tutelado pelo direito.”

¹⁷⁰Ou seja, a violação de um dos aspectos da dignidade humana constitui ilícito civil, expressado no desrespeito a um direito da personalidade, ensejando assim a responsabilização do infrator (SOUSA, 1995, p. 457). Sendo assim: “O fundamento da reparabilidade pelo dano moral está em que, a par do patrimônio em sentido técnico, o indivíduo é titular de direitos integrantes de sua personalidade, não podendo conformar-se a ordem jurídica em que sejam impunemente atingidos” (PEREIRA, 1998, p. 54).

¹⁷¹Sobre o caráter protetório do dano moral, conquanto indubitável a sua qualificação como meio de defesa da pessoa, na condição de ente dotado de dignidade, a seguinte afirmativa: “a ordem jurídica reconhece às pessoas direitos denominados de personalidade, descritos por Limongi França, os quais incidem sobre elementos materiais e imateriais que compõem a respectiva estrutura, a fim de possibilitar-lhes a individuação e a indenização no meio social, permitindo-lhes o conseqüente alcance das metas visadas. Através desses direitos é,

do indivíduo, na medida em que o dano imaterial tem um caráter atentatório à personalidade, por proporcionar lesões a elementos essenciais da personalidade (BITTAR, 1992, p. 53).¹⁷²

O dano moral vai ter como causa, portanto, uma violação injusta de uma situação subjetiva extrapatrimonial, protegida pelo ordenamento jurídico por meio de uma cláusula geral de tutela da personalidade, que tem como fonte justamente a Constituição Federal de 1988, “diretamente decorrente do princípio (fundante) da dignidade da pessoa humana” (MORAES, 2003a, p. 132-133).

Por tal perspectiva, perde força argumento que foi recorrente na doutrina, que trata o dano moral com origem em conceito negativo, de ser aquilo que não afeta a bens materiais, como observa Sérgio Cavalieri Filho (2008, p. 79), seguindo lição direta de René Savatier.¹⁷³ José de Aguiar Dias (1983, volume 2, p. 812) abraçou esse entendimento da seguinte maneira:

Quando ao dano não correspondem as características do dano patrimonial, dizemos que estamos em presença do dano moral. A distinção, ao contrário do que parece, não decorre da natureza do direito, bem ou interesse lesado, mas do efeito da lesão, do caráter da sua repercussão sobre o lesado.

pois, que as pessoas se apresentam, se movimentam e se afirmam no convívio social, perseguindo os objetivos eleitos na realização de sua missão na órbita terrestre. Para a tutela correspondente, conta a ordem jurídica com mecanismos de prevenção e de reparação de danos a que se podem submeter, diante dos diversos fatores de causação e presentes os limites expostos. Nesse sentido é que a técnica de reparação se qualifica como meio de defesa da personalidade, como salienta Bonilini, na trilha, aliás, da melhor doutrina.” (BITTAR, 1992, p. 53-54).

¹⁷²Exemplificando a assertiva, a seguinte decisão do Superior Tribunal de Justiça: “Não há como considerar mero inadimplemento contratual não indenizável, o fato de uma pessoa, que mora em casa de parentes, comprar a casa própria e, ao constatar a não execução do contrato, deparar com a filial da construtora fechada, não mais estabelecida no Estado onde mora. Agregue-se ainda que a conduta do recorrido vulnera o direito constitucional à moradia, consubstanciado no princípio da dignidade da pessoa humana, cuja tutela consiste em promover o desenvolvimento do ser humano sob todos os aspectos, garantindo que ele não seja desrespeitado tampouco violentado em sua integridade moral. Com efeito, o direito de moradia, entre outros direitos sociais, visa à promoção de cada um dos componentes do Estado, com o insigne propósito instrumental de torná-los aptos de realizar os atributos de sua personalidade e afirmar a sua dignidade como pessoa humana. Dessarte, diante dessas circunstâncias que envolveram o inadimplemento contratual, é de se reconhecer, excepcionalmente, a ocorrência de danos morais” (Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma, Recurso Especial n. 1.025.665/RJ, Relatora Ministra Nancy Andrighi, julgado em 23/3/2010, votação unânime).

¹⁷³O jurista francês (1951, volume 2, p. 92) assim se manifestou sobre o tema: “*Nous entendons par dommage moral toute souffrance humaine ne résultant pas d'une perte pécuniaire.*” Ainda como exemplo disso, Pontes de Miranda (1971, tomo 26, p. 30): “Dano patrimonial é o dano que atinge o patrimônio do ofendido; dano não patrimonial é o que, só atingindo o devedor como ser humano, não lhe atinge o patrimônio.” Com a mesma perspectiva negativista, Agostinho Alvim (1955, p. 236-237) aponta, num retrospecto da doutrina da época, que dano moral seria o dano causado injustamente a outrem que não implica a diminuição do seu patrimônio, embora afirme que, na sua opinião pessoal, o dano moral é caracterizado pela dor moral ou física, ou seja, os efeitos do ato lesivo.

Afirmar que dano moral seria aquele que não tem caráter patrimonial não esclarece a questão porque não delinea o seu conteúdo, não afirmando assim o que ele é a partir de suas peculiaridades próprias. Igualmente é insubsistente a tese do conceito positivo, que conceitua o dano moral como dor, vexame, sofrimento, desconforto, humilhação, isto é, a “dor da alma”, o que também não explica o fenômeno na medida em que pode haver dano extrapatrimonial sem reação psíquica da vítima.

Isso porque a alteração no estado da alma da vítima do evento danoso não caracteriza o próprio dano, mas, sim, os efeitos ou resultados do dano. Ou seja, “esses efeitos ou resultados seriam decorrência do dano moral, que lhe é antecedente” (ANDRADE, 2009, p. 38). Sendo assim, o dano moral resta caracterizado pela ofensa a certa categoria de interesses ou direitos, que comumente provocam resultados negativos para os lesados, mas que não podem se confundir com o próprio dano.

Daí afirmar-se que o dano moral vai ser determinado pela natureza do direito violado, do bem jurídico tutelado. O que se propõe, nesse contexto, é diferenciar a atividade lesiva e o resultado da atividade lesiva, tal como proposto por André Gustavo de Andrade (2009, p. 39-42), numa crítica direta ao posicionamento de José de Aguiar Dias.

Como afirmado há pouco, José de Aguiar Dias entende que o dano moral não decorre da natureza ou índole dos direitos violados, mas, sim, em razão da impressão que a lesão deixa na alma da vítima, nos mesmos termos em que se dá em relação ao dano material, que seria medido pela extensão do prejuízo que afeta o patrimônio do lesado. Sendo assim, se o dano implica em diminuição patrimonial, dano material é, independentemente da natureza do direito violado; porém, se a lesão causa sofrimento, atingindo a dignidade da vítima, ao violar os seus direitos da personalidade, resta caracterizado o dano moral.

Por esse argumento, tem-se que o dano é o resultado provocado pelo ato lesivo (atividade lesiva). Isto é, o que é indenizável é o dano (resultado danoso), não a lesão, a atividade lesiva do responsável. Dano moral não seria, por exemplo, a ofensa à honra em si (atividade lesiva ou danosa), mas na impressão que essa ofensa tenha causado no espírito do ofendido (resultado da atividade lesiva: dor, sofrimento, humilhação).

O argumento faz analogia entre o dano moral e o dano patrimonial quando, segundo a doutrina corrente, a diversidade de natureza dos bens atingidos impossibilitaria a aproximação das duas espécies de dano. Associar o dano a algum acontecimento físico é adequado quando se pretende identificar uma espécie de dano que é justamente o dano patrimonial, que tem na sua caracterização a mensuração da avaria causada em algum bem material do lesado.

Daí afirmar que o dano material nunca é irreparável porque é aferível objetivamente, de tal sorte que a sua ocorrência implica a possibilidade de restauração a uma situação anterior, ou então a chance de integrar o patrimônio da vítima mediante o equivalente pecuniário do desfalque.

Tal raciocínio, todavia, não seria possível em relação ao dano moral visto que não pode ser objetivamente medido no plano sensível, constituindo-se assim mais como um dano normativo, expresso na própria atividade lesiva. Assim ocorre porque os bens patrimoniais são “meios” econômicos que o homem lança mão para satisfazer seus interesses; de sua parte, a dignidade, na expressão de direitos da personalidade, são “fins” em si mesmos.

A partir dessa diferença pode-se imaginar um homem com mais fortuna econômica que outro, contudo não é possível comparar um homem com mais direito à “integridade pessoal”, ou com mais “honra”, mais “vida”, mais “imagem” do que outro. Aqui se retoma a máxima da filosofia kantiana, que trata o homem como fim em si mesmo, de forma que não pode ser mensurável economicamente.

Os bens patrimoniais podem ser quantificados, podem ser medidos ou avaliados, a fim de que se recomponha o prejuízo experimentado pelo lesado. Porém, os bens morais (direitos da personalidade violados) são expressões do próprio homem, de modo que não podem ser quantificados pela regra do “mais” ou “menos”. Por essa razão, uma vez atingida a dignidade humana, está caracterizado o dano moral, a despeito de qualquer impressão psíquica ou dor espiritual.

Destarte, para a caracterização do dano moral não é suficiente um comportamento potencialmente lesivo em si. É imprescindível que a ofensa se concretize, por exemplo, com

uma agressão à liberdade, à integridade física, sendo dispensável, entretanto, o detrimento anímico do lesado, que é meramente contingente.

No rastro de tal raciocínio, Sérgio Cavalieri Filho (2008, p. 80). Para ele, o dano moral também não está necessariamente vinculado à reação psíquica da vítima. Pode haver ofensa à dignidade da pessoa humana sem “dor da alma”, do mesmo modo que pode haver dor e sofrimento sem violação da dignidade. Assim se dá justamente porque dor, vexame, sofrimento e humilhação são consequências e não causas do dano moral.

É por isso que se pode indenizar pessoas que estão em situação em que não é possível o detrimento anímico, tal como ocorre com os doentes mentais, doentes em estado comatoso e recém-nascidos, exatamente por serem os bens integrantes da personalidade mais precioso que bens patrimoniais, na medida em que a dignidade da pessoa humana alcança a todas as pessoas, indistintamente, como potência que lhes é imanente.

Com tais ponderações, poder-se-ia imaginar que as premissas filosóficas da dignidade humana estariam a salvo de quaisquer críticas porque tutela os interesses mais valiosos do ser humano. Mas isso não é adequado afirmar porque elas vão representar certo modo de fazer justiça que considera o tipo humano de acordo com a própria lógica capitalista.

3.4 DIREITO DA PERSONALIDADE COMO DIREITO PATRIMONIAL: COMENTÁRIOS SOBRE O SUJEITO DE DIREITO

A duplicidade do sujeito (sujeito/objeto) reflete o modo de conceber o ser humano na visão “civilística”, nos termos propostos por Henrique da Silva Seixas Meireles (1990, p. 302-311). Ele lembra que a doutrina civilista alemã operou¹⁷⁴ uma distinção entre direitos patrimoniais,

¹⁷⁴A categoria econômica do direito subjetivo, proposta por Caio Mario da Silva Pereira (2000, volume 1, p. 31) traz essa mesma divisão, nos seguintes termos: “Economicamente considerados, os direitos chamam-se patrimoniais e não-patrimoniais. Patrimoniais os que têm um objeto avaliável pecuniariamente, e não-patrimoniais os que escapam à possibilidade de avaliação econômica, como os direitos da personalidade e os de família puros. Os patrimoniais compõem o que se diz o patrimônio do indivíduo, caracterizado como o complexo de relações jurídicas economicamente apreciáveis, a que desenvolvidamente nos referimos no n° 67, *infra*.”

aqueles passíveis de serem convertidos em dinheiro, e os direitos da personalidade ou direitos individuais (direito civil não patrimonial), que regulam o *status* do indivíduo.

Ou seja, os direitos não patrimoniais vão ser definidos de uma forma negativa: se patrimoniais são todos aqueles direitos que recaem sobre os bens ou relações patrimoniais, tudo o mais pode ser considerado como direito não patrimonial, o que compreende os direitos de família e de personalidade (LOPES, 1971, p. 220).

Isso porque os direitos não patrimoniais não poderiam ser reduzidos a um equivalente pecuniário, visto que os temas a ele relacionados não seriam mensuráveis em dinheiro, embora especialmente no direito de família alguns deles apresentem um traço patrimonial bem acentuado, como ocorre, por exemplo, com o instituto do matrimônio¹⁷⁵ (regime de bens), ou ainda nas relações de pátrio poder ou de parentesco (alimentos).

Os direitos da personalidade representariam bem essa irredutibilidade ao assegurar aos indivíduos os seus valores estritamente pessoais, próprios da natureza humana, a partir dos quais se pode tutelar o direito à vida, à integridade física e psíquica. O direito civil estaria assim observando aquela oposição entre homem e coisa (*res*), sendo este submetido ao senhorio daquele, porque suscetível de apropriação por ter uma utilidade econômica, como um prolongamento da personalidade do indivíduo sobre o bem.

¹⁷⁵Caio Mario da Silva Pereira (1999, volume 5, p. 35-36), sobre o casamento pela teoria contratualista: “Para outros, o casamento é um contrato, tendo em vista a indispensável declaração convergente de vontades livremente manifestadas e tendentes à obtenção de finalidades jurídicas. A concepção contratualista originou-se no Direito Canônico (Cânon 1.012: *Christus Dominus ad sacramenti dignitate mevexit ipsum contractum matrimonialem inter baptizatos*). Adotou-a o racionalismo jusnaturalista do século XVIII. Penetrou no Código Francês em 1804, seduziu a Escola Exegética do século XIX, e sobrevive na doutrina civilista do século XX, disputando com certa vantagem as palmas com as demais concepções. O que no matrimônio deve ser primordialmente considerado é o paralelismo com os contratos em geral, que nascem de um acordo de vontade, e realizam os objetivos que cada um tem em vista, segundo a motivação inspiradora dos declarantes e os efeitos assegurados pela ordem jurídica. A natureza contratual do casamento não é contrariada pela exigência legal de forma especial e solene da manifestação volitiva, que obedece à padronização prefixada e ao ritual específico da celebração. Não é igualmente negada pela participação direta do Estado no ato constitutivo, pois que o princípio da ordem pública também costuma estar presente em numerosos outros contratos de direito comum. Não é contraditada ainda pelo fato de se não admitir acordo liberatório que, no campo contratual, via de regra, concede às mesmas vontades geradoras da avença o poder de resolvê-la (distrato). O que se deve entender, ao assegurar a natureza do matrimônio, é que se trata de um contrato especial dotado de consequências peculiares, mais profundas e extensas do que as convenções de efeitos puramente econômicos, ou contrato de Direito de Família, em razão das relações específicas por ele criadas.”

Mas Henrique da Silva Seixas Meireles (1990, p. 302-311) pondera que, no capitalismo, as pessoas funcionam na sua vida cotidiana como objetos¹⁷⁶ (instrumentos) de disposição de outros indivíduos. Daí surge, no direito civil, uma contradição, um paradoxo, decorrente da “mercadorização” (reificação) do homem, já que, por esse mesmo direito civil, o homem deveria ser justamente oposto ao objeto (*res*), visto que seria unicamente sobre este que aquele deveria exercer o seu domínio, seu poder de senhorio.

Vale lembrar que o direito civil não admite o corpo humano como objeto de relações patrimoniais.¹⁷⁷ Por exemplo, o direito civil moderno não autoriza mais o princípio da noxalidade, que autorizava a sanções jurídicas, por parte do credor, na pessoa do devedor, ou mesmo a subordinação e a submissão física deste em favor daquele.¹⁷⁸ A relação capital/trabalho (contrato de natureza civil) não poderia ter por objeto a pessoa na sua totalidade, porém apenas num ato seu, que é justamente a prestação obrigacional que expressa a força de trabalho.

¹⁷⁶E tal não passa despercebido pelo direito civil, conforme ensina Andre-Jean Arnaud (1973, p. 81-82), ao comentar os “jogadores” na origem da codificação civil: *“Entant que telles, les personnes ne figurent pas au Code civil comme objets de droits. On sait que, au contraire, Portalis, à la suite des jusnaturalistes rationalistes axiomatiques modernes, disait que le Droit était fait pour les personnes, et qu’il comprenait des règles concernant les personnes (en tant que sujets de droits), les biens (objets de droits) et les biens pour l’utilité commune des personnes (le Droit des « obligations »). D’ailleurs, l’esclavage est aboli en France, à cette époque, et il serait fantaisiste de prétendre que le législateur de l’an XII ait voulu remettre en cause un principe essentiel de la Déclaration des droits de l’homme. Et cependant, il est bien tentant de voir, sous nombre de dispositions, des restes d’une véritable réification de certaines personnes. Cette considération est encore plus flagrante si l’on situe le Code dans une perspective communicatoire. En effet, pour éviter à tout prix la rupture de la chaîne communicatoire, il faut assurer le renouvellement des individus de la classe A, ce qui entraîne une nécessaire possession de l’instrument de procréation : la femme-épouse-et-mère, et de son fruit, jusqu’à la période de son accession juridique à la vie adulte: l’enfant. Ce dernier, d’ailleurs, demeure pratiquement – dans la conception du Code – le bien du père jusqu’au décès de celui-ci. Dans cette réponse particulière que constitue le Code, au problème de l’angoisse, il est « moyen de survie ». Le classement du Droit des « successions » parmi les moyens d’acquérir la propriété, atteste ce rôle. Laisser un bien à sa descendance devient le but de la vie. L’enfant permet au père de surmonter sa propre peur de la mort ; à ce titre, le père fait sien l’enfant ; il se l’incorpore autant que possible à lui-même, tout comme il avait, de sa mère, fait sa « chose ».”*

¹⁷⁷Com a mesma conclusão, José de Aguiar Dias ao tratar do dano moral (1983, volume 2, p. 825): “O corpo humano, por exemplo, não faz parte integrante do patrimônio do indivíduo. É um bem inalienável e, no entanto, as lesões a ele causadas podem inferir dano ao patrimônio, quando redundam em detrimento da atividade. Não podem tais danos serem confundidos com os danos morais.”

¹⁷⁸A ideia de sanção corporal, decorrente do ilícito civil, foi sempre presente no direito. Como norma a ser observada pelos envolvidos nos litígios, com crueldade para com o devedor, a Lei de Talião, o Código de Manu e a Lei das XII Tábuas. Todavia, a *Lex Poetelia Papiria* (428 a.C.) aboliu a sanção pessoal do devedor, sendo que a responsabilidade passou a recair sobre seu bens (*pecuniae creditae bona debitoris, non corpus abnoxium esse*), tendo seu conceito alcançado o direito moderno (PEREIRA, 1996, volume 2, p. 8). Sobre o assunto, San Tiago Dantas (1977, p. 242-243): “Tem o seguinte endereço: a execução deixa de recair sobre a personalidade e passa a recair sobre o patrimônio, que é uma projeção da personalidade. Em vez de constranger-se o homem a cumprir a obrigação, impondo-lhe sanções pessoais, constrange-se, impondo-lhe sanções patrimoniais.”

Considerando que o direito civil deveria ser, por excelência, um direito da pessoa e da sua autonomia, o trabalhador não teria relevo imediato para as leis civis, visto que não surge perante o direito privado na totalidade da sua personalidade, na plenitude da sua existência e da sua dignidade, mas apenas em um único aspecto: quando da prestação da atividade laboral, isto é, no momento da venda da mercadoria força de trabalho.

Embora se possa reconhecer o exercício dos direitos da personalidade¹⁷⁹ no âmbito das relações trabalhistas, o empregado surge também para o direito civil, especialmente para o direito das obrigações e reais, como um sujeito de direito, que, no processo de troca mercantil, coloca-se no mercado ofertando a sua capacidade de trabalho, isto é, a si mesmo no circuito de trocas mercantis.

Nesse sentido, o direito civil vai considerar o trabalhador como proprietário que transaciona livremente no mercado um aspecto da sua propriedade (ou da sua pessoa), que é justamente a força de trabalho. Porém, para o direito civil não patrimonial, o direito civil das pessoas, o trabalhador não manifesta a sua *persona in totum* (a sua essência), mas apenas um aspecto especial e limitado da sua personalidade.

¹⁷⁹A economia e o direito também se baseiam no valor do trabalho, por perceber neste uma condição imanente ao ser humano. Dessa forma, a Constituição Federal brasileira estabelece o valor do trabalho como fundamento do Estado Democrático de Direito, ao lado da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, incisos III e IV), como direito fundamental individualmente exercitável (artigo 6º), bem como alicerce da ordem econômica (artigo 170, VIII) (ROCHA, 2001, p. 61). A ordem econômica, nesse contexto, é compreendida como instrumento à disposição do ser humano para alcançar a existência digna, de tal sorte que este prevalece ou precede aos interesses puramente econômico-financeiros (NUNES, 2010, p. 363). Ou seja, também por intermédio do trabalho ocorre a realização da dignidade humana. É nesse sentido, por exemplo, que deve atuar o Estado na formulação de políticas públicas contra o desemprego. Isso porque o desemprego é uma negativa do trabalho, por negar o direito ao trabalho àqueles que, dispondo de vontade e aptidão, não têm como acessá-lo porque dependentes de uma estrutura que possibilita prestá-lo, mas sobre a qual nenhum tem controle (ROCHA, 2001, p. 61). É nesses termos que o trabalho é tido como direito à vida (direito da personalidade inerente à dignidade humana), visto que é o direito da pessoa existir materialmente, de subsistência, tal como posto por Henrique da Silva Seixas Meireles (1990, p. 311-315). O direito ao trabalho é, pois, um interesse individual juridicamente protegido, haja vista que não é apenas uma possibilidade de ação, porém um agir que decorre, por essência, da obtenção de uma soma em dinheiro (salário) mediante a venda da mercadoria força de trabalho, pela qual a pessoa deveria ter meios de uma existência digna. É, pois, o direito da pessoa à sua existência e, sobretudo, às condições estruturais que tornam isso possível. Daí tal direito não ser um direito à liberdade de trabalhar ou à escolha da profissão. Ele é, fundamentalmente, uma forma de tutela civil do direito à vida, do mesmo modo que são os alimentos (Código Civil, artigo 1.694), tendo a sua consagração na Constituição Federal (artigo 170, inciso VIII). Por tudo isso que se afirma o trabalho como uma projeção indissociável da personalidade do trabalhador, identificando-se, assim, com as condições existenciais necessárias ao desenvolvimento físico, psíquico e social do indivíduo, o que está em harmonia com o fundamento dos direitos da personalidade, sustentado no princípio da dignidade humana. Mesmo consideradas as relações de produção, o texto constitucional (artigo 1º, IV) vai afirmar como fundamento do Estado brasileiro os valores sociais do trabalho, ao lado da livre iniciativa, elevando, pois, ao patamar de direitos fundamentais os direitos sociais e os da personalidade dos trabalhadores (cf. GEDIEL, 2003). O que se pretende salientar aqui, portanto, é a essencialidade da força de trabalho como fundamento da humanidade da pessoa, constituindo, por isso, um direito da personalidade pelo qual ele alcança a realização de sua dignidade.

Tem-se, pois, duas ideias antiéticas: o trabalho objetivamente considerado como um bem de troca; e o trabalho como manifestação da personalidade do empregado. Nesses termos, o trabalhador é apreendido pelo direito civil, simultaneamente, como pessoa e proprietário de mercadoria, que é ele próprio. Contudo, para sua sobrevivência, para poder existir com direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, tem que trocar por dinheiro a sua principal mercadoria que, por sua vez, é inerente à integridade psíquica e física do seu proprietário. Mais do que isso: é indissociável do indivíduo.

Não é possível, dessa forma, compreender como o trabalhador, ao alienar a outrem a disponibilidade da sua força de trabalho, não possa alienar a si próprio no mesmo ato, na medida em que o direito do empregador sobre o trabalhador é um *jus ad corpus*, uma *locatio hominis*, cuja energia laboral (essência) se identifica a uma *res*.

Assim ocorre porque, no capitalismo, a prestação obrigacional trabalho não é mais do que o uso produtivo da mercadoria força de trabalho na esfera de produção. Não se trata, pois, de alienar apenas um aspecto limitado da sua personalidade, como posto na teoria dos direitos não patrimoniais, mas, sim, toda a sua integralidade, aquilo que traz toda a sua identificação humana que é justamente a sua realização pessoal pelo trabalho.

Isso vai demonstrar que o direito civil é mais um direito dos bens do que das pessoas, visto que tem por objeto representar a esfera de circulação e descrever a relação de troca fundamental (compra e venda da força de trabalho), na qual a pessoa humana, preponderante, deve ser tomada na forma sujeito de direito, que, no mesmo ato, coloca seus atributos (ou seja, a si mesmo) à venda.

Tal implica reconhecer que o direito civil, por sua essência, desloca a relação capital e trabalho da esfera da produção para a esfera da circulação, inclusive com a ocultação do *dominium*. Por conseguinte, torna essa relação uma relação jurídica, remetendo-a para as regras do direito das obrigações. Isto é, converte a relação social de produção em relação abstrata, concretizada mediante um contrato firmado por sujeitos de direito (proprietários) formalmente iguais. É essa a visão do ser humano na visão “civilística”.

Embora tenha sido incorporada na ordem jurídica a tutela do ser humano, da sua dignidade, inclusive com o direito de reivindicar um direito à dignidade (SOUSA, 1995, *passim*), isso não foi capaz de sobrepujar as práticas burguesas que terminam por reificar o ser humano decorrente da dubiedade deste no direito civil.

Os direitos da personalidade têm outro caráter, mais convergente com os direitos patrimoniais, que não seriam suficientes para escapar da lógica imanente às regras obrigacionais. Ou seja, os direitos da personalidade, como forma de realização da dignidade humana, estariam limitados às próprias incongruências de um ordenamento jurídico que é reflexo da ordem econômica capitalista.

A propriedade burguesa, como visto, domina os indivíduos, suas relações sociais e a natureza, sendo todos opostos ao ser humano (MEIRELES, 1990, p. 258), de tal sorte que os próprios atributos humanos que formam a sua dignidade, por serem tidos como mercadorias, são também opostos a ele mesmo, uma vez que sujeitos à vontade de outrem, como instrumentos para a consecução de objetivos e interesses destes.

Portanto, ao vender a sua mercadoria força de trabalho, termina por vender a si próprio uma vez que a “força de trabalho é algo incindível da personalidade do trabalhador” (MEIRELES, 1990, p. 362). Nessa oportunidade, realiza em si mesmo a qualidade de sujeito de direito e objeto de direito, de modo que, concomitantemente, torna-se sujeito e objeto.

Se a atividade laboral é determinada como mercadoria, e não como elemento ontológico da dignidade humana, a pessoa viva, então, é reificada¹⁸⁰ porque transformada em coisa, em propriedade. O trabalhador coloca-se, assim, em relação consigo mesmo para que possa alienar o seu foro íntimo, que é também o seu próprio mercado. Dessa forma, o trabalhador deve levar ao mercado os seus atributos, na qualidade de proprietário e, ao mesmo tempo, mercadoria (propriedade) a ser adquirida por outrem.

¹⁸⁰Confirmando esse argumento, Edmilson Ferreira Marques (2010, p. 26): “Nesse sentido o ser humano do capitalismo passa a ser uma expressão das relações de produção e distribuição de mercadorias. Com o processo de mercantilização e burocratização das relações sociais os indivíduos vão sendo educados e moldados pela ação do capital e do Estado; a existir consequentemente de forma mercadológica e burocrática, formando assim, o caráter do ser humano desta sociedade. Nesse sentido, Fromm expressa que ‘nosso caráter é engrenado para trocar e receber, para transacionar e consumir: tudo, os objetos espirituais como os materiais, torna-se objeto de troca e de consumo.’”

De acordo com Bernard Edelman (1976, p. 93-96), tal capacidade do ser humano produzir a sua própria forma revela que investe a sua vontade no objeto em que ele se constituiu, que é para ele próprio um produto das relações sociais. Isso implica a necessidade da pessoa humana ser transformada na forma sujeito de direito, isto é, de ser reduzida à forma mercantil (forma geral de mercadoria¹⁸¹).

A estrutura da forma sujeito de direito passa a ser analisada, nesses termos, como a decomposição mercantil do ser humano em sujeitos-atributos, isto é, naquelas características íntimas próprias que lhe conferem dignidade, tuteladas, paradoxalmente, pelo direito geral de personalidade. Sendo assim, o direito passa a afirmar que o ser humano existe apenas a título de representante da mercadoria que ele possui, ou seja, de si próprio enquanto coisa vendável.

Não à toa que a doutrina civilista vai compreender o patrimônio (bens) como um prolongamento¹⁸² da personalidade humana sobre as coisas, já que, com isso, reconhece “a irradiação do agente do direito na esfera dos bens” (BEVILÁQUA, 1955, p. 153). O que se pretende esclarecer aqui é que até as atividades espirituais do ser humano (bens incorpóreos) podem ter valor patrimonial, nos termos em que são regrados pelo direito privado, sobretudo os direitos autorais e propriedade intelectual (PINTO, 1999, p. 335-336).

A atividade laboral é capaz de construir produtos da inteligência e da sensibilidade humana, de modo a produzir obras artísticas, literárias, científicas, invenções industriais *etc.* Tais bens têm valores patrimoniais autônomos, visto que podem ser explorados economicamente. Eles também se ligam intimamente à personalidade do seu criador, pois este está refletido na obra criada, de tal sorte que o direito reconhece e tutela esses bens também no aspecto pessoal.

¹⁸¹Como consequência disso, há um processo de quantificação e abstratificação do ser humano, conforme lição de Edmilson Ferreira Marques (2010, p. 27): “O processo de quantificação e abstratificação para Fromm perpassa o que Nildo Viana denominou de mercantilização e burocratização das relações sociais; nesse processo o ser humano passa a ser equiparado e transformado, ao mesmo tempo, numa mercadoria. As relações sociais passam a ser determinadas pela transformação do concreto em abstrato, mais especificamente pela coisificação do trabalho, da sua conversão em dinheiro (que representa a qualidade abstrata do trabalho concreto). Transforma o homem em uma coisa semelhante ao dinheiro, perdendo assim as suas qualidades humanas. E nesse sentido ‘cada homem pode ser representado por uma entidade abstrata, por cifras, e sobre essa base se calculamos incidentes econômicos, se preveem as tendências e se tomam as decisões’. Esse processo vai ocorrer no capitalismo e formar o caráter social do ser humano do capitalismo.”

¹⁸²Como ressaltado por Caio Mário da Silva Pereira (2000, volume 1, p. 247-248), corrente doutrinária importante chegou a afirmar que o patrimônio seria a própria personalidade do homem, dado as suas relações com os objetos que lhes são exteriores. Em verdade, a crítica principal da doutrina tradicional a tal argumento decorre do fato de conceber o patrimônio, nessas condições, como entidade destacada do homem, o que implicaria reconhecê-lo como algo que venha a ter personalidade jurídica própria.

Outrossim, o conteúdo do direito do autor compreende poderes concernentes à utilização econômica¹⁸³ da obra criada, naquilo que é chamado direito patrimonial do autor, o que lhe autoriza a exploração exclusiva dela. Também há a tutela da personalidade (direitos moral ou pessoal de autor), que lhe permite, como exemplo, manter a obra inédita ou se opor a sua publicação com aditamentos, supressões ou modificações.

Tal separação entre pessoal e patrimonial, portanto, reflete a filosofia kantiana de oposição entre pessoa e o seu patrimônio (*res*) (KANT, 2007, *passim*), justificando assim, na esfera jurídica do ser humano, a dicotomia entre hemisfério pessoal e hemisfério patrimonial (SOUSA, 1995, p. 576).

A violação desses direitos da personalidade, de cunho econômico, vai caracterizar dano material, consoante disposição constitucional expressa (artigos 5º, V e X). Isso justamente porque esses direitos ou bens da personalidade podem ter valor econômico, tendo em vista que “podem constituir instrumento gerador de lucro ou vantagem econômica para seu titular” (ANDRADE, 2009, p. 46).

Mas a doutrina civilista não admite que aquilo que venha a dar caráter ao direito de personalidade, *per se*, como patrimônio, como bem aferível economicamente.

Ainda na seara da responsabilidade civil, inclusive a brasileira, a imagem, por exemplo, pode ser utilizada com finalidade econômica, bem como o nome, a voz e o próprio corpo (se fundamental para exercício da profissão, como, por exemplo, são as mãos para um cirurgião plástico).

¹⁸³Num resumo sobre essa questão, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de Sousa (1995, p. 577-578): “São indiscutivelmente direitos patrimoniais os direitos sobre coisas corpóreas, isto é, que incidem sobre coisas em sentido físico, exteriores à pessoa humana e com ela indissolavelmente ligadas. Já têm uma estrutura mais complexa os direitos sobre coisas incorpóreas, ou seja, os direitos que têm por objecto a obra na sua forma ideal, na sua concepção intelectual, independentemente das suas encarnações materiais, e que são, fundamentalmente, o direito do autor e o direito da propriedade industrial. Há, nestes casos, que distinguir os direitos morais de autoria das obras artísticas, literárias, científicas e intelectuais bem como de autoria das invenções, modelos, desenhos e marcas industriais, que são autênticos direitos da personalidade, dos direitos patrimoniais de autor ou dos direitos patrimoniais de propriedade industrial, que, diferentemente, têm um valor patrimonial autônomo e são direitos reais, embora sujeitos a um regime especial.”

Se a imagem de uma modelo é usada sem o seu consentimento em peça publicitária, há dano material evidente.¹⁸⁴ O mesmo ocorre com motorista profissional que vem a ficar cego num acidente em que não deu causa. A lesão no seu corpo implica indenização material por todo o período em que ficar inativo para o trabalho. Sendo assim, o dano material decorre de uma ofensa a um direito da personalidade, “enquanto o dano moral sempre consistirá na própria ofensa a um bem dessa natureza” (ANDRADE, 2009, p. 47), ou seja, como violação de direito.

Na crítica de Bernard Edelman (1976, p. 101), o que essa doutrina pretende “é legitimar um sujeito que seja simultaneamente livre da sua alma e de seu corpo, isto é que possa vender o seu corpo conservando a sua alma” – conservando a sua dignidade, acrescenta-se. Isso porque haveria dois tipos de valores: o valor patrimonial e o valor humano, sendo que este, segundo vaticínio da filosofia kantiana,¹⁸⁵ não se vende.

¹⁸⁴No mesmo argumento, a seguinte ementa: “Danos morais. Uso da imagem contratada em revista mensal do México, sem o respectivo pagamento. Dano moral configurado e fixado em R\$ 8.000,00. Dano material de R\$ 8.639,40, com cômputo de juros legais a partir da citação e não da publicação da revista. Honorários advocatícios fixados em 15% sobre o valor da condenação e mantidos. Recurso parcialmente provido da Ré e não provido da Autora” (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 3ª Câmara de Direito Privado, Apelação n. 0329005-82.2009.8.26.0000, Relator João Pazine Neto, julgado em 15/1/2013, votação unânime).

¹⁸⁵Immanuel Kant (2007) entende que o homem não pode ser proprietário de si mesmo, como algo oposto a ele mesmo. Como não pode ser proprietário de si mesmo (de seus atributos), o sujeito de direito não pode alienar-se, ou seja, não pode dispor comercialmente da sua força de trabalho, do mesmo modo que faz em relação a qualquer outra coisa. Por conseguinte, não pode ser adquirido por outro sujeito de direito, tal como ocorria em relação ao escravo em relação ao seu senhor, bem como a condição de submissão do servo em relação ao seu senhor da terra. Ou seja, “não pode dispor ‘em parte’ de si próprio sem perder por inteiro a sua dignidade de ser racional. A circulação da força de trabalho não pode ser, portanto, objeto do direito contratual” (KASHIURA JÚNIOR, 2012, p. 42). Também Immanuel Kant (2007, p. 121-128) vai (tentar) propor uma solução para a questão da relação de trabalho com o conceito de *ius realiter personale* (ou direito pessoal de modo real), como rememora Celso Naoto Kashiura Júnior (2012, p. 42-56). Isto é, o modo como uma pessoa vende a sua força de trabalho para outrem, ou nos termos kantianos: o consentimento que se dá para que outro possa usar as suas forças (TERRA, 1995, p. 109). O *ius realiter personale* (ou também direito pessoal-real) é a combinação de elemento do direito pessoal e do direito real, que autoriza a posse de uma pessoa, porém sem reduzi-la totalmente a condição de coisa, embora possa ser tratada como tal em muitas situações. Dessa forma, esse direito pessoal-real é aquele que dá posse de um objeto exterior como uma coisa e do seu uso como uma pessoa (KANT, 2007, p.121). “Assim, Kant pode defini-lo precisamente como o direito de ‘possuir um objeto exterior como uma coisa e de o usar como uma pessoa’” (KASHIURA JÚNIOR, 2012, p. 43). Ou seja, essa noção de direito pessoal-real, na qual se aproximam e se distinguem a pessoa e a coisa, apresenta uma questão subjacente que é justamente de usar uma pessoa que é livre, porém, sem ferir essa liberdade (TERRA, 1995, p. 106). No vínculo trabalhista, Immanuel Kant reconhece que o empregado não pode renunciar aos seus atributos, especialmente a sua liberdade, em benefício do empregador, porque, se assim fosse, seria igual a um semovente ou uma coisa inanimada. Contudo, o filósofo pondera que o propósito da relação capital/trabalho (ou senhor/criado, na linguagem do modo de produção do seu tempo) não é adquirir a propriedade de outra pessoa, como uma coisa com todas as suas características. Porque isso autorizaria a manutenção do esquema vassalagem/suserania do medievalismo, ou, então, o retorno à escravidão, o que depunha contra o escopo da filosofia kantiana, que propunha uma nova postura filosófica como ruptura do passado. O que o empregador menciona é somente o seu usufruto (*ius fruendi*), isto é, fazer uso imediato do empregado como uma coisa, como meio para alcançar o seu fim, mas sem prejuízo da sua personalidade (novamente Bernard Edelman se faz pertinente: pretende-se comprar o corpo do homem, mas não a sua “alma”). Entretanto, imaginar que a relação

Ou seja, dividiram os valores em humanos (pessoais) e patrimoniais, de modo que a partir desta divisão moralizadora, deduziu-se que a “alma” não se vende. Por essa mesma doutrina tradicional, o direito, notadamente o direito civil, veio a se estruturar como sendo impossível a ideia do indivíduo como proprietário (*homo oeconomicus*) do seu corpo, pois isso implicaria uma confusão inadmissível entre o objeto e o sujeito de direito, isto é, o ser humano como objeto¹⁸⁶ jurídico.

Porém, tem-se uma realidade diversa disso. Na sociedade capitalista, o ser humano deixa de ser um fim em si mesmo e torna-se um meio para fins econômicos, tanto de outros homens como para si mesmo (MARQUES, 2010, p. 28). Isso só é possível porque aquelas qualidades humanas que lhe conferem dignidade são postas no circuito de trocas como mercadoria, como outra qualquer.

Atente-se.

Se tomada a perspectiva marxista, os atributos (morais, intelectuais e físicos) do ser humano são para ele um patrimônio (moral), no qual o homem para si mesmo é o seu próprio objeto, na medida em que leva ao mercado as suas qualidades, a sua “alma”. E elas, quando consideradas em si mesmas, passam então a ser reificadas (coisificadas), uma vez que só podem ser transacionadas se assumirem a forma mercantil.

de trabalho se passa nesses termos não é exato. O empregado (criado) é subjugado, amplamente, à vontade do empregador (senhor), uma vez que aquele é que se submete às condições de trabalho que são impostas por este. Isto é, a liberdade, o ato volitivo do contratante (senhor) é “quantitativamente” superior à do contratado (criado), que pouco pode perante o detentor dos meios de produção. Daí a desigualdade da vontade de um em relação à do outro. Em suma, os atributos do empregado passam a ser do empregador, porque submetidos à vontade deste; o ser humano é submetido assim ao arbítrio e vontade de outro, como instrumento para satisfação de necessidades e interesses de outrem. Como se nota, o *ius realiter personale* contradiz todo o conjunto da filosofia moral kantiana, visto que, sim, a relação capital/trabalho (senhor/criado) é inconciliável com a ideia da personalidade autônoma. Dentro da filosofia kantiana, portanto, não é possível conciliar questão do trabalho humano, pois reificado, com a imposição moral absoluta da personalidade como fim em si mesmo, na medida em que o direito pessoal-real “procura conciliar elementos dificilmente conciliáveis: pessoa, coisa, liberdade e uso” (TERRA, 1995, p. 110).

¹⁸⁶Sobre o tema, Caio Mário da Silva Pereira (2000, volume 1, p. 27): “Indaga-se se o homem pode ser objeto de direito. No direito romano fixou-se o conceito de que o escravo era objeto de direito. Nos povos que têm admitido a escravidão, também. Mas, abolida esta, não se tolera seja o homem objeto de direito; o homem como bem jurídico sobre o qual outro homem exerça a senhoria. Objeto de direito poderá ser apenas uma prestação de fato que o sujeito passivo da relação jurídica deve. O credor tem o poder de ação para obter aquela prestação, que é o objeto. Não sobre a pessoa do devedor, que é insuscetível de apropriação.”

Trata-se, pois, de prestação do indivíduo que tem exatamente ele próprio como objeto, que vai ser tutelada pelas regras do direito obrigacional, e não naquilo que é tutelado pelos direitos da personalidade. Portanto, na relação fundamental capital/trabalho os atributos do ser humano não são mais do que uma mercadoria, de tal sorte que devem ser regidos pelas regras obrigacionais, não segundo os direitos da personalidade, embora o que esteja em jogo é a própria essência do ser humano, a sua dignidade.

Ainda de acordo com Bernard Edelman (1976, p. 96-98), o capital-sujeito é constituído pelos atributos da sua personalidade, que lhe conferem sua existência social e sua identidade pessoal (nome, moral, imagem, vida privada, corpo *etc.*). Uma vez constituído este capital, estão produzidas as condições de sua circulação mercantil (transação comercial), de tal sorte que o ser humano torna-se proprietário (*homo oeconomicus*) dele próprio e de seus atributos.

Exemplifica-se. Se um destes atributos lhe é arrancado sem o seu consentimento, como se dá no uso indevido da imagem, resta, então, a descoberta de que foi esbulhado (roubado) da utilização que faz de si mesmo. E só pode se sentir esbulhado porque ele é absolutamente livre para decidir se pode ou não alienar as suas mercadorias ou reivindicá-las, por ser isso um ato de vontade que lhe é intrínseco, justamente por ser proprietário desses atributos. Por ser proprietário de si mesmo, portanto dispõe de seus predicados como melhor lhe convier.

O ser humano, nesse contexto, vai ao mercado justamente para vender a sua mercadoria força de trabalho, esta reduzida à forma mercantil, ou seja, vender os seus atributos. Se assim não fosse, se não fosse possível ao ser humano vender a sua “alma”, capitalismo não haveria porque impossível a própria apropriação do sobretrabalho (mais-valia).

As posições da doutrina civilista tradicional, nessas circunstâncias, são solapadas pela prática ordinária do direito (EDELMAN, 1976, p. 105). Por exemplo, se a imagem de um indivíduo é violada, ele tem o direito de reivindicá-la, porque utilizada sem seu consentimento, o que implica reconhecer a existência de um prejuízo (material ou moral).

Com efeito, se o ser humano não pudesse ser proprietário de si mesmo, não haveria sentido de ele ir ao Poder Judiciário reclamar um prejuízo que lesionou a sua imagem, a representação de si próprio. A prática forense, então, torna evidente uma máxima jurídica indelével em sua

natureza: a de que todos os direitos da personalidade são passíveis de serem contratualmente¹⁸⁷ protegidos (direito obrigacional). Daí afirmar-se que o ser humano, tomado como sujeito de direito, torna-se o seu produto principal, isto é, objeto de direito.

Se corretas as ponderações feitas por Bernard Edelman (1976, p. 120-122), pode-se inferir que os direitos da personalidade oportunizaram novas possibilidades de compreensão do fenômeno jurídico que, ao final, confirmamos argumentos marxistas de reificação das pessoas.

Como a seguir se demonstrará, especialmente em relação ao dano moral, há uma articulação concreta entre o jurídico e a infraestrutura, isto é, a determinação econômica sobre os direitos da personalidade, que deverão seguir as mesmas imposições legais e doutrinárias ao que cabe em relação aos direitos patrimoniais. Isso porque a apreensão desses direitos pela ordem jurídica capitalista aponta que o objeto que lhes são afetos (*ius in se ipsum*) desvela que todo o processo econômico está centrado no sujeito de direito.

3.5 A NATUREZA DO DIREITO SUBJETIVO: DIREITO DA PERSONALIDADE COMO EXEMPLO DE REIFICAÇÃO DO HOMEM

Prima facie, é preciso pontuar a natureza dos direitos da personalidade, para identificar o modo como a ordem jurídica autoriza o lesado a proteger seus interesses não-patrimoniais que venham a ser desrespeitados, bem como identificar se a leitura que o direito civil faz sobre os atributos do ser humano é feita nos mesmos termos em que se tutela o direito patrimonial.

Conforme argumento de Sérgio Cavalieri Filho (cf. 1999), se o princípio da dignidade é elemento fundamental do Estado brasileiro e, por conseguinte, de sua sociedade, tem-se, então, direito subjetivo constitucional à dignidade como forma de proteção e, principalmente, de reparação do direito geral da personalidade, que lhe é intrínseco.

¹⁸⁷Todas as relações obrigacionais têm, no objeto, um caráter necessariamente patrimonial. Se assim não fosse, se “a obrigação pudesse ter por objeto prestação não-econômica, faltaria uma separação nítida entre ela e aqueles atos indiferentes, e é precisamente a pecuniaridade que extrema a obrigação em sentido técnico daqueles deveres que o direito institui, numa órbita diferente, como, *exempli gratia*, a fidelidade recíproca dos cônjuges, imposta pela lei, porém exorbitante da noção de obrigação” (PEREIRA, 1996, volume 2, p. 16-17).

Nesse ponto adota-se a posição do direito da personalidade como sendo um direito subjetivo, nos termos do que proposto por Elimar Szaniawski (1993, *passim*). Isto é, direito subjetivo, como *facultas agendi*,¹⁸⁸ é a prerrogativa de agir dirigida à satisfação dos interesses humanos, em conformidade com a ordem jurídica” (MONTEIRO *et al.*, 2010, volume 1, p. 4).

Direito subjetivo, assim, é “um poder da vontade, para a satisfação dos interesses humanos, em conformidade com a norma jurídica” (PEREIRA 2000, volume 1, p. 23); um direito que autoriza alguém a submeter algo que é usado como instrumento para suprir as necessidades e interesses das pessoas, nos termos do que previsto e autorizado pelo ordenamento jurídico.

Isso revela que é a partir do direito objetivo que se põe em movimento o direito subjetivo, ou seja, é somente dentro dos quadros do direito objetivo que se pode falar em direito subjetivo. Sendo assim, quando o direito objetivo permite a uma pessoa a fazer algo, ela tem o direito subjetivo de fazê-lo, consoante lição de Michael Mialle (1994, p. 141).

Nesse contexto, o direito subjetivo reivindica a ideia de um dever a ser prestado por outra pessoa, como se dá na “fórmula *poder-dever*: poder do titular do direito exigível de outrem; dever de alguém para com o titular do direito” (PEREIRA, 2000, volume 1, p. 23).

Com efeito, trata-se de um direito de ação oponível a outrem, tal como se dá numa relação jurídica determinada (v.g.: relação contratual), ou indeterminada, oponível *erga omnes*, como acontece nas hipóteses tuteladas pelo direito real. Ou seja, o direito subjetivo é o conjunto de poderes que os indivíduos têm em relação a outras pessoas (direitos pessoais) ou coisas (direitos reais), de tal modo que aqui reina a vontade humana (autonomia da vontade) de exigir algo de alguém para satisfação de um interesse próprio (MIAILLE, 1994, p. 143).

O direito subjetivo, nesses termos, tem por objeto o bem jurídico sobre o qual o titular tem assegurado o direito de exercer o poder garantido pela ordem legal, isto é, “tudo que tenha existência fora do homem ainda que independente de materialização; todo bem jurídico que recaia o poder de ação individual”, conforme lição de Caio Mário da Silva Pereira (2000,

¹⁸⁸Sendo assim, como ensina Caio Mário da Silva Pereira (2000, volume 1, p. 23), a *facultas agendi* revela a expressão de uma vontade que traduz um poder de querer, que não se realiza no vazio, porém para perseguir um resultado ou a realização de um interesse. É nesse sentido que o direito subjetivo é um poder da vontade direcionada para a satisfação dos interesses humanos em conformidade com a ordem jurídica.

volume 1, p. 27). Por tal corrente doutrinária, o objeto pode ter um valor econômico, mas pode também representar apenas um valor moral para o titular do direito, inapreciável economicamente.

Inicialmente, concebia-se o direito da personalidade como o direito de alguém sobre sua própria pessoa (*ius in se ipsum*), de forma que os direitos da personalidade não se constituíam em direitos subjetivos, mas, sim, em reflexos dos direitos objetivos, concedendo-se assim certa proteção de determinadas radiações da personalidade. Dessa forma, se direito subjetivo fosse, aqueles direitos teriam como objeto a própria pessoa, de tal sorte que não seria possível à pessoa humana dispor de si mesma e de qualquer forma, na medida em que tem por objeto uma coisa que é justamente ela mesma.

Ante tal argumento, Carlos Alberto da Mota Pinto (1999, p. 337) pondera que, se isso ocorresse, tal categoria jurídica seria logicamente absurda e moralmente insustentável. Isso porque se admitiria, nessas condições, a cisão do homem em duas entidades, quais sejam, sujeito e o objeto, sendo este objeto o seu direito da personalidade. Por conseguinte, haveria a possibilidade de “reconhecimento da legitimidade do suicídio, da automutilação, da escravidão consentida, *etc.*”

O ser humano como objeto de direito era típico dos sistemas jurídicos em que se admitia a escravidão. Entretanto, uma vez que ela é abolida, não seria mais possível o indivíduo ser objeto de direito. Quer-se dizer com isso que não é mais autorizado que um homem venha a ser um bem jurídico sobre o qual outro homem exerça o seu poder, a sua vontade.

Entretanto, Elimar Szaniawski (1993, p. 42-43) vai ponderar que o direito subjetivo não tem por escopo somente os interesses materiais, mas a proteção de quaisquer interesses da pessoa, materiais ou morais. Por conseguinte, o poder que é reconhecido a uma pessoa para assegurar a proteção de seus interesses morais, é justamente o direito subjetivo.

Isso é particularmente relevante, prossegue ele, se considerado que o direito subjetivo nada mais é do que o interesse adaptado à vida em comunidade. Dessa forma, direito subjetivo é aquele direito que respeita a incidência da vontade do sujeito sobre a tutela dos interesses, de modo que o mecanismo jurídico de proteção do direito da personalidade é posto à disposição

do titular, sendo da sua conveniência utilizá-lo quando lhe for mais apropriado, ou mesmo não utilizá-lo.

Torna-se, pois, uma prerrogativa do indivíduo querer reivindicar a proteção ou reparação do seu direito, do bem jurídico que venha a ser violado; e isso vale para uma situação de dano moral, na hipótese de violação do direito à vida, ou de responsabilidade patrimonial, como no caso de um veículo batido na traseira, num acidente de trânsito.¹⁸⁹ A lógica civilista, nesse ponto, não vê diferença entre um ou outro direito.

Nem poderia ser de outro modo. Mas essa aproximação entre um e outro termina por ser amainada, abrandada, porque não seria moralmente correto tomar direito patrimonial como assemelhado ao direito da personalidade. Daí Carlos Alberto da Mota Pinto (1999, p. 338) ponderar como possibilidade de existirem direitos subjetivos sobre “certos modos de ser da pessoa”, isto é, “direitos sobre distintos modos de ser físicos ou morais da pessoa, ou bens da personalidade”, na medida em que “o objeto da relação jurídica deve ser sempre um bem”, que pode ser moral ou material.

Conclui-se, pois, que o poder material da vontade humana se estende tanto ao mundo exterior e também sobre a pessoa, que é justamente o sujeito dessa vontade, mas não exatamente do modo que se dá em relação à coisa; não se consideram aqui os atributos humanos como destacados do sujeito de direito, mas como direitos pessoais a serem tutelados por serem assimilados como bens da personalidade, de modo que o seu exercício não pode ser contra a ordem pública, a moral e a ordem jurídica.

Também Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de Sousa (1995, p. 612) assume essa posição doutrinária. Ele reafirma o direito de personalidade como um direito subjetivo. O seu titular detém uma posição pessoal de vantagem, advinda da disposição de diversos meios jurídicos para tutelar os interesses dele e de sua personalidade. Sendo assim, o direito geral de

¹⁸⁹A prática forense apresenta inúmeros exemplos disso: “RESPONSABILIDADE CIVIL - Tentativa de homicídio - Disparos de arma de fogo - Lesões corporais de natureza parcial permanente - Ação de indenização por danos materiais e morais proposta pela vítima - Sentença de procedência parcial - Danos comprovados e exigíveis - Decisão condenatória no juízo criminal - Indenização por dano moral arbitrada em harmonia com o disposto no artigo 944 do Código Civil - Sentença mantida - Apelação desprovida” (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 4ª Câmara de Direito Privado, Apelação n. 0014544-50.2009.8.26.0269, Desembargador Relator Carlos Henrique Miguel Trevisan, julgado em 1/3/2012, votação unânime).

personalidade persegue finalidades do seu titular, dentro de uma autonomia que lhe é concedida juridicamente.

O titular de direito tem, dessa forma, uma posição de vantagem mediante a afetação de garantias jurídicas, tais como poder de exigir comportamento ou de reclamar imposição de sanções. De acordo com esse autor, isso não implicaria reconhecer o indesejável desdobramento do ser humano em sujeito e seu próprio objeto, na medida em que o direito subjetivo não toma a personalidade como um *quid* que lhe é exterior, como oposto ao titular de direito.

Conclui-se, pois, que os próprios “bens da personalidade” satisfazem fins da própria pessoa, tornando-se, desse modo, os seus bens mais preciosos. Sendo assim, a vontade que anima o direito subjetivo pode versar sobre a própria pessoa do titular. Ou nas exatas palavras de Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de Sousa (1995, p. 613):

Por outro lado, como já salientou MANUEL DE ANDRADE, se o próprio poder material da vontade humana não se estende apenas ao mundo exterior, mas abrange a própria pessoa do homem que é sujeito dessa ‘vontade’, por maioria de razão o direito subjectivo, que ‘consiste num poder ideal de vontade, reconhecido pela ordem jurídica ao respectivo titular’ pode versar sobre a própria pessoa do titular. A subjectivação do direito geral de personalidade é sim um instrumento de autonomia do homem e de reforço da sua dignidade, tornando-o plenamente dono de si próprio, nas relações com as demais pessoas jurídicas e perante a distribuição e representação dos papéis sociais.

A palavra “dono”, na citação acima, é bem reveladora. Ser “dono de si próprio” é ser proprietário de alguma coisa, é subjugar algo à sua esfera de poder; é direccionar a sua vontade a algo que lhe deve ser submetido, que no caso são justamente os seus atributos, como se fossem opostos ao titular do direito. A solução proposta, ao que parece, não resolve a questão do ser humano ser tomado também como objeto de direito, como se uma coisa fosse.

Mas Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de Sousa (1995, p. 613) prossegue no seu raciocínio lembrando que Orlando de Carvalho apresenta argumento semelhante ao seu, nos seguintes termos:

Também Orlando de Carvalho (...) sustenta que ‘a pessoa é, ao mesmo tempo, sujeito e objecto de direitos’, acrescentando, ‘sem que esta objectivação episódica contraste com a subjectividade permanente de que a pessoa usufrui, pois, tal como a subjectividade, essa objectivação serve os interesses mais íntimos da pessoa, ordena-se ao desenvolvimento da pessoa e, portanto, em último termo, à sua *dignitas humana*’ (embora não se esqueça que há sempre um risco nesta técnica de tutela da pessoa através da sua objectivação e por isso ao direito só seja lícito admiti-la dentro de limites rígidos: só nos casos indicados na lei, só em benefício da pessoa sujeita e só quando não haja outra forma de assegurar essa tutela).

Esse discurso também soa inconsistente porque a *facultas agendi* do titular do direito continua a entender o atributo da pessoa como um *quid* que lhe é exterior sobre o qual atua a sua vontade. Para o autor em apreço, tal possibilidade é tomada como exceção, mas desnecessariamente. É reivindicada a proteção do direito da personalidade porque ela é passível de apreensão como se fosse uma coisa, o que, segundo Karl Marx, é algo plenamente possível visto que a ordem capitalista assim autoriza, ao cindir o trabalho do ser humano.

Sendo assim, não seriam necessários “limites rígidos” para tomá-la como juridicamente possível. O excesso de zelo do autor, assim, parece exagerado porque a conformação do direito na ordem capitalista não faz diferenciação entre pessoa e objeto, ou seja, a pessoa é “permanentemente objectivada”, e não “episodicamente”.

Destarte, mesmo se considerado que os atributos humanos venham a ser mais importantes do que um bem material, e nisso não há nenhuma dúvida, o direito subjetivo atua sobre um e outro da mesma maneira, sobretudo se considerar que a forma mercantil do direito é radicada na predominância do direito subjetivo.¹⁹⁰ Desse modo ocorre porque a ordem capitalista assim permite, já que autoriza a reificação do homem, tomando-o seus atributos como externos a ele mesmo, como seu próprio objeto, visto que assemelhados às mercadorias.

¹⁹⁰Confirmando esse argumento, anote-se a seguinte passagem: “Na realidade, os direitos subjetivos se sobrepõem porque a própria forma jurídica está radicada na predominância do aspecto subjetivo sobre o objetivo. É o aspecto subjetivo da relação de troca de mercadorias, isto é, a relação de troca vista como relação entre sujeitos de direito, que dá origem à forma jurídica, de modo que, para o direito em geral, as faculdades do sujeito importam mais do que a objetividade da norma. ‘O direito subjetivo – afirma Pachukanis – é o fato primário, pois assenta-se, em última instância, sobre os interesses materiais que existem independentemente de regulamentação externa, consciente, da vida social’. Se a norma é apenas um derivado da forma da relação entre sujeitos de direito, forma inicialmente subjetiva, a completa objectivação do direito acaba, ao tomar o derivado por original, por apresentar o direito de cabeça para baixo: os direitos subjetivos não nascem da determinação da norma objetiva, é a norma objetiva que nasce, como abstração, dos direitos subjetivos (KASHIURA JÚNIOR, 2009a, p. 85).

Na seara do direito subjetivo, não se trata, pois, de considerar o atributo como “bem da personalidade”, mas antes tomá-lo por ser aquilo o que ele é: uma mercadoria, uma coisa, regulamentada pelo direito das obrigações cuja tutela que lhes é concedida pelo ordenamento jurídico é resolvida, necessariamente, em perdas e danos.¹⁹¹

O direito subjetivo regrado pelo direito civil, nesse ponto, não vê diferença tutelar um direito da personalidade ou um direito obrigacional. Isso porque o direito subjetivo não é mais do que uma técnica jurídica do sistema capitalista que tem por escopo permitir um tipo de troca que é justamente a comercialização da mercadoria força de trabalho por salário (MIAILLE, 1994, p. 151).¹⁹² Todas as demais formas de pleitear direitos, então, vão seguir essa forma mercantil de fazê-lo, visto que em forma mercantil o próprio direito se equiparou.

Se certo considerar que o direito subjetivo atua sobre “tudo que tenha existência fora do homem” (PEREIRA, 2000, volume 1, p. 27), isso implica reconhecer que atua inclusive sobre os atributos humanos, porque reificados, ainda que a doutrina corrente tente, a todo custo, teorizar o direito subjetivo como não sendo aplicável ao “objeto-ser humano”.

Vê-se, pois, que a *intelligentsia* civilista¹⁹³ reitera a desconfiança de Bernard Edelman: a todo custo cria subterfúgios e ficções na compreensão do ser humano, a fim de não se encarar a

¹⁹¹Um caso de proteção da dignidade humana convertido em perdas e danos. Tratava-se de ação de obrigação de fazer para que o serviço funerário municipal localizasse os restos mortais da mãe da autora. Embora ela tivesse adquirido túmulo no cemitério, restou impossível a localização da ossada, de modo que a obrigação de fazer converteu-se em perdas e danos (danos morais e materiais). Inicialmente o juízo singular determinou a condenação da ré ao pagamento de R\$2.503,32, por danos materiais, e de R\$50.000,00, por danos morais, sendo este reduzido pelo juízo *ad quem* para R\$10.000,00. Assim foi redigida a ementa do caso: “LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA - Obrigação de Fazer convertida em Perdas e Danos (art. 461, §1º, do CPC) - Pretensão de reforma de decisão que declarou líquida a condenação da agravante ao pagamento da importância de R\$50.000,00 a título de perdas e danos (danos morais) - Excessiva a fixação dos danos morais, considerando as circunstâncias do caso concreto - (...) Recurso provido” (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 11ª Câmara de Direito Público, Agravo de Instrumento n. 0122069-54.2011.8.26.0000, Relator Desembargador Oscild de Lima Júnior, julgado em 15/11/2011, votação unânime).

¹⁹²Direito subjetivo é uma inovação em relação ao direito antigo, sendo próprio do capitalismo, como ensina novamente Michael Míaille (1994, p. 150): “Alguns autores mostram com pertinência que o pensamento jurídico antigo não conhece a noção de direitos subjectivos. Para os clássicos como Aristóteles, o direito é um conjunto de relações objectivas entre homens, um equilíbrio entre os homens e as coisas. Assim, a formulação, para nós hoje habitual, ‘tenho o direito de...’ é impossível, impensada no direito antigo. O cidadão romano dirá ‘as regras de direito permitem-me...’. Desde logo o que nós chamamos um direito subjectivo não existe enquanto tal: ele é confundido com a acção, ou melhor, apenas a acção perante o juiz é reconhecida.”

¹⁹³Não desconhece a posição majoritária da doutrina, sobretudo o argumento de Pietro Perlingieri (2007, p. 154-156), que entende que os direitos da personalidade estão além do esquema doutrinário do direito subjetivo, típico do patrimonialismo civilista. Entretanto, a posição aqui indicada volta-se mais contra a possibilidade de não ser reconhecido um direito de personalidade porque não tipificado na legislação, ou por não encontrar na doutrina

coisificação do homem, amparada e legitimada pelo direito. Daí essa doutrina não ser capaz de admitir que o bem jurídico na ordem civilista é tanto uma coisa como também o próprio homem, porque reificado na sua essência (transformada em mercadoria), visto que é sobre ambos que sua vontade atua. Encarar tal possibilidade demonstraria a iniquidade da própria ordem capitalista e, por conseguinte, do próprio direito, notadamente do direito civil.

A própria questão da alienação proposta por Karl Marx (2008) mostra a essência do homem, representada pelo seu trabalho (elemento ontológico), como apartada dele mesmo. Para que assim ocorra, a relação capital/trabalho só pode existir se o trabalhador tiver um direito sobre si mesmo (*ius in se ipsum*), tal como se dava no período escravagista,¹⁹⁴ uma vez que os atributos que compõem o seu direito da personalidade são um *quid* em relação a ele próprio.

3.6 O DANO MORAL EM XEQUE: A REPARAÇÃO NA LÓGICA CAPITALISTA

espaço adequado para sua tutela e proteção. Afora isso, Pietro Perlingieri (2007) não desenvolve adequadamente o que poderia vir a substituir o direito subjetivo na proteção e reparação de um direito. Ele até menciona possibilidades como poder jurídico (*potestà*), interesse legítimo, mesmo o direito subjetivo em certas situações, faculdade, poderes, tudo com o propósito de romper a tradição patrimonialista do direito civil. Segundo ele, não se pode conceber o direito subjetivo a partir da categoria do "ter", visto que na categoria do "ser" não existe a dualidade entre sujeito e objeto, porque ambos representam o "ser", devendo prevalecer assim a unidade do ser humano. Todavia, não progride no tema da ruptura do "ter" sobre o "ser", os termos em que isso poderia ser efetivamente concretizado. Afirmar que a pessoa humana deve ser tutelada fora das regras do direito patrimonial é adequado e pertinente. Porém, não se consegue alcançar o modo em que isso poderia estar introjetado efetivamente no ordenamento jurídico, consideradas as estruturas vigentes do direito civil. Sobretudo, não se divisa como isso pode ser aplicado dentro das estruturas normativas postas pelo direito civil, a partir da sua perspectiva capitalista, senão pela própria eliminação do direito civil. Atente-se. Na experiência brasileira, quando a Constituição Federal vigente instituiu o direito de tutela da dignidade humana como princípio, não estipulou o modo que se deva dar a sua aplicação, o modo em que seria instrumentalizada a aplicação desse direito. No âmbito do direito privado, o instrumento apropriado para isso é justamente código civil, onde sistematizado os temas relativos aos direitos da personalidade. E a codificação civil vai determinar que isso ocorra nos termos do que previsto por ela própria, quando trata do direito subjetivo. Destarte, no direito brasileiro, a indenização por dano moral deve ser aplicada a partir das regras próprias da sua codificação, portanto, segundo a sistematização do direito subjetivo, de caráter patrimonialista.

¹⁹⁴Tal aproximação entre um modo de produção e outro não é estranha para a doutrina marxista. A diferença entre os modos de produção capitalista e escravagista, quanto à apreensão do sobretrabalho, é que neste a apropriação é feita de forma direta, pela força física, enquanto naquele outro, dá-se de forma indireta, que é justamente pelo contrato de trabalho, pela mediação do direito. Assim foi a manifestação de Karl Marx (1996, volume 1, 1996, p. 331-332) sobre o tema: "O segundo período do processo de trabalho, em que o trabalhador labuta além dos limites do trabalho necessário, embora lhe custe trabalho, dispêndio de força de trabalho, não cria para ele nenhum valor. Ela gera a mais-valia, que sorri ao capitalista com todo o encanto de uma criação do nada. Essa parte da jornada de trabalho chamo de tempo de trabalho excedente, e o trabalho despendido nela: mais-trabalho (*surplus labour*). Assim como, para a noção do valor em geral, é essencial concebê-lo como mero coágulo de tempo de trabalho, como simples trabalho objetivado, é igualmente essencial para a noção demais-valia concebê-la como mero coágulo de tempo de trabalho excedente, como simples mais-trabalho objetivado. Apenas a forma pela qual esse mais-trabalho é extorquido do produtor direto, do trabalhador, diferencia as formações socioeconômicas, por exemplo a sociedade da escravidão da do trabalho assalariado."

Tal dubiedade do direito civil em relação ao ser humano permeia também os institutos de direito privado, especialmente o instituto do dano moral, que, para sua aplicação, considera a dignidade apenas como um dado pecuniário.

Como afirmado antes, a compensação do dano moral revela-se como um direito subjetivo constitucional, que visa a proteção da dignidade humana pela identificação com os direitos da personalidade, assim tutelada constitucionalmente. Destarte, caracterizado o ato que provoca o dano a um direito da personalidade, nasce assim o direito do lesado de reclamar a indenização cabível (patrimonial ou extrapatrimonial),

Com efeito, o artigo 11 e seguintes do Código Civil de 2002 (referendados pela Constituição Federal de 1988, artigo 1º, inciso III) autorizam uma pessoa exigir de outra (humana ou coletiva) o respeito a sua própria personalidade, especialmente o poder de gerir a sua esfera de interesses sob a tutela do ordenamento jurídico.

O titular desse direito pode exigir (direito subjetivo) providências jurídicas para que terceiros se abstenham de realizar atos que ofendam ou ameacem ofender a sua dignidade, ou mesmo que assumam comportamentos positivos a fim de salvaguardar os direitos da personalidade desse mesmo titular (SOUSA, 1995, p. 612-613). Por óbvio, também pode exigir reparação (compensação) no caso em que violada a sua dignidade.

A reparação do dano extrapatrimonial, nesses termos, deve seguir a mesma lógica subjacente aos danos patrimoniais: um direito subjetivo que autoriza alguém a pleitear reparação por violação de um direito que implica a ocorrência de um dano, de uma lesão que, se não pode ser reparada (*indemne*), deve ser compensada.

A reivindicação de compensação do dano moral deve seguir a patrimonialidade inerente aos direitos da obrigação, na medida em que o princípio da responsabilidade decorre diretamente do direito obrigacional (CAVALIERI, 2008, p. 2-3), considerando ainda que é o próprio patrimônio do agente que deve garantir a reparação (*Haftung*).

Ou seja, a reparação civil, necessariamente, opera na linguagem pecuniária, sobretudo se também considerar que é o patrimônio do devedor, e não a pessoa dele, que garante a indenização ou compensação. Sendo assim, como ensina Manuel A. Domingues de Andrade (1966, p. 337), a reparação civil do lesado deve ocorrer por meio da entrega de uma quantia em dinheiro, reputada equivalente ou compensatória do prejuízo causado (indenização por perdas e danos).

Está a se afirmar aqui que a violação do direito (pessoal ou patrimonial) que enseja a reparação (extrapatrimonial ou material) não distingue a natureza patrimonial de um e a natureza pessoal do outro, haja vista que os atributos humanos são equivalentes às coisas, de tal sorte que sobre eles devem incidir as regras próprias do direito patrimonial.

Daí Henrique da Silva Seixas Meireles (1990, p. 381) asseverar que a dignidade humana, no modo de produção capitalista, acaba por ser a susceptibilidade de o interesse jurídico ser redutível a um equivalente pecuniário, notadamente quando for incumprida a obrigação. Logo, a solução frente à violação da dignidade humana que acarreta dano moral não pode ocorrer por regras de direito pessoal, mas conforme as regras do direito obrigacional, de caráter patrimonialista, pois aí reside toda a estrutura da responsabilidade civil.

Justificada assim a reparação, por dinheiro (equivalente geral), do dano moral, assemelhado ao que acontece com o dano material. Isso porque a solução pecuniária para ambas as situações litigiosas deve ser, necessariamente, a mesma, pois dignidade (mercantilizada) e *res* somente podem ser apreciadas objetivamente pelo valor, visto que, no capitalismo, seres humanos, coisas e relações sociais só podem ser considerados pelo *quantum* que representam.

Sendo assim, parecem excessivos os pruridos de certa parte da doutrina que tinha como absurda a ideia de saldar com dinheiro os valores morais da vítima que foram sacrificados, de se apresentar uma conta ao ofensor, por se entender que “o dinheiro e os danos morais são entidades absolutamente heterogêneas” (ANDRADE, 1966, p. 165).

Contudo, eles não heterogêneos porque a dignidade humana não está posta fora do mercado, já que os atributos do indivíduo são elementos que também integram à ordem econômica

capitalista, de tal sorte que a pessoa e os bens da pessoa (*bens in persona*) podem ser reduzidos a um equivalente pecuniário.

Isso contradiz, pois, toda a lógica kantiana que sustenta o ser humano em oposição à natureza; o ser humano em oposição ao seu patrimônio; o ser humano como não equivalente a uma coisa porque não podendo ser reduzido a uma expressão econômica ou servindo de instrumento a outro (MEIRELES, 1990, p. 357-358).

Henrique da Silva Seixas Meireles (1990, p. 345-348) afirma, nesse contexto, que o sistema jurídico representa a contradição entre a lógica dos princípios de direito civil patrimonial, que expressam as relações de troca entre indivíduos livres e independentes, e a lógica dos princípios de direito civil pessoal (direitos da personalidade e dignidade humana).

Isso porque o direito pessoal concretiza os valores ideais do direito, que compreende o ser humano com valor espiritual que é, ao mesmo tempo, fonte e destinação de todo o direito. Essa contradição histórica não pode ser resolvida pelo sujeito de direito, pois ele mesmo uma contradição (eis que sujeito e objeto de direito); tampouco vai ser resolvida no interior do direito civil na medida em que é uma contradição entre os seus próprios princípios.

E aqui residem os problemas do dano moral, ele também contraditório em si. A falta de patrimonialidade¹⁹⁵ que se tenta imputar à dignidade humana revela uma incongruência que torna tormentosa a questão da aplicação do dano extrapatrimonial, até hoje não resolvida adequadamente pela doutrina. Por não assumir os atributos da personalidade como algo apreciável economicamente,¹⁹⁶ se está em confronto com as regras de direito patrimonial que exigem um valor econômico em relação ao prejuízo experimentado pelo lesado.

¹⁹⁵Como ponderado por Manuel A. Domingues de Andrade (1966, p. 164), a questão do *quantum* indenizatório é também importante para orientar a ação do lesado frente ao autor do ilícito civil. Ele argumenta que o dano deve ser reduzido a um valor econômico justamente para que a vítima possa ter a possibilidade de agir contra o autor do evento danoso, no sentido de poder agir contra o patrimônio dele e não contra a sua pessoa.

¹⁹⁶Afasta-se, assim, a ideia de reconstituição (indenização) natural visto que a reparação vai ser operada prioritariamente em termos pecuniários, uma vez que “a reconstituição natural tem fortes limitações, que tornam, na maior parte das vezes, necessário o recurso, total ou complementar, à indemnização em dinheiro” (SOUZA, 1995, p. 464). Desse modo ocorre porque a reconstituição natural pode ter-se tornado impossível (material ou juridicamente), como se dá em caso de morte, em que não é possível a restituição da vida; às vezes, pode não ser possível reparar integralmente o dano, como se dá em eventual retratação do injuriante, por não ser capaz de compensar os vexames e desgostos por que teve que passar o injuriado; ela também pode não ser mais exigível, como na hipótese de imprecisões que tornam inexata certa informação posta em uma obra (livro, filme, música), já que não seria mais possível destruição ou recolhimento das cópias já lançadas.

Afora isso, a reivindicação (direito subjetivo: eu tenho direito de...) do direito pessoal revela certa perplexidade, segundo a percepção crítica de Michael Miaille (1994, p. 149-150). Isso porque se alguém tem direito à vida, por exemplo, caso venha a perdê-la, não pode recuperar o exercício desse direito, tal como lhe faculta a ordem jurídica. Isto é, se uma pessoa perde o direito à vida numa contenda, quem lhe devolverá esse direito?

Superada essa questão volta-se para as implicações da indenização (compensação) pecuniária aplicada ao dano moral. Considerada como certa aquela posição de José de Aguiar Dias (1983, volume 2, p. 812) que entende o dano como uno, como já exposto antes, não se distinguindo assim a natureza do direito e do interesse violados (moral ou patrimonial), o que importa para a aferição do dano é o efeito da lesão, a extensão e repercussão dela na vítima.¹⁹⁷

O dano é, nesses termos, o resultado provocado pelo ato lesivo, de forma que o que deve ser indenizável é o *quantum* do dano, e não a lesão em si (violação do direito). Isso porque, de alguma forma, há que se ter algum critério de medição do dano, visto que ele consagra a ideia do ato que deixa a sua marca nas coisas e nas pessoas, sendo que tal marca só é possível de medição pelo valor do dinheiro, conforme regras do direito das obrigações.

Por isso a jurisprudência¹⁹⁸ comumente, na avaliação do *quantum* indenizatório, busca no “tamanho” da dor, vexame, sofrimento ou humilhação os critérios para a quantificação do dano moral, mesmo reconhecendo de antemão a impossibilidade de fazê-lo. Desse modo

¹⁹⁷Cita-se literalmente o argumento de José de Aguiar Dias (1983, volume 2, p. 822-823) sobre o tema: “Ora, o dano moral é o efeito não patrimonial da lesão do direito e não a própria lesão, abstratamente considerada. O conceito de dano é único, e corresponde a lesão de direito. Os efeitos da injúria podem ser patrimoniais ou não, e acarretam, assim, a divisão dos danos em patrimoniais e não patrimoniais. Os efeitos não patrimoniais da injúria constituem os danos não materiais. (...) Pode ser discutida, portanto, a questão da ressarcibilidade em face da inestimabilidade, não, porém, com base na experiência jurídica do direito violado. Não há distinção entre injúria material e moral, porque a causa do dano é uma. A consequência, isto é, a repercussão da injúria, é que pode revestir caráter patrimonial ou não patrimonial.”

¹⁹⁸Como exemplo, a seguinte decisão: “Com essas considerações, pode-se inferir que é devida a condenação cumulativa do Município à reparação dos danos moral e estético causados à vítima, na medida em que o recém-nascido obteve grave deformidade - prejuízo de caráter estético - e teve seu direito a uma vida digna seriamente atingido - prejuízo de caráter moral. Inclusive, a partir do momento em que a vítima adquirir plena consciência de sua condição, a dor, o vexame, o sofrimento e a humilhação certamente serão sentimentos com os quais ela terá de conviver ao longo de sua vida, o que confirma ainda mais a efetiva existência do dano moral. Desse modo, é plenamente cabível a cumulação dos danos moral e estético nos termos em que fixados na sentença, ou seja, conjuntamente o quantum indenizatório deve somar o total de trezentos mil reais (R\$ 300.000,00)” (Superior Tribunal de Justiça, 1ª Turma, Recurso Especial n. 910794/RJ, Relatora Ministra Denise Arruda, julgado em 21/10/2008, votação unânime). Por tal posição da jurisprudência, Maria Celina Bodin de Moraes (2011, p. 363) comenta que “não se concede indenização (*rectus*: compensação) de dano moral, se o fato em que se funda a pretensão não acarretou, para quem a pede, aquilo que é da sua natureza e essência: o sofrimento, o vexame, a humilhação, o constrangimento, a mágoa, a tristeza.”

ocorre porque não há dano se não possível investigar a extensão dele, e o dano moral se ressentido disso, porque não há como se mensurar economicamente a extensão do ferimento da “alma”, por ser essa uma exigência intrínseca à responsabilidade civil.

O artigo 944 do Código Civil brasileiro determina que a indenização (moral ou material) deve ser fixada pela extensão do dano. Entretanto, a indenização que se tem no dano moral concretiza-se pela compensação pecuniária, e não reparação, pois ela é tida como forma de remediar os sofrimentos sofridos pela vítima (RIZZARDO, 2007, p. 267). Em tais termos, poderia concluir-se que há certa contradição entre o dano extrapatrimonial e a exigência legal de sua efetiva reparação, como sugerido por Claudio Luiz Bueno de Godoy (2010, p. 23).

A despeito disso, insiste-se que averiguar a extensão econômica do dano moral não é necessário porque impossível a medição da dignidade¹⁹⁹ violada, bastando assim constatar a violação do direito de personalidade (ANDRADE, 2009, p. 39-42), uma vez que alheio ou imiscível o direito pessoal com o direito patrimonial.

Ora, se o dano moral não pode ser medido economicamente, porque inseri-lo dentro dos direitos da obrigação, que, por essência, trata de assuntos patrimoniais? Ou, então, qual o motivo para aplicar-lhe uma solução de direito patrimonial, quando violada a dignidade? É como se fosse pecaminoso²⁰⁰ tomar uma coisa pela outra, num moralismo²⁰¹ que esconde o *modus operandi* capitalista quanto ao trato da dignidade humana.

¹⁹⁹Como já afirmado, a posição de André Gustavo Corrêa de Andrade sobre o tema também se preocupa com a premissa kantiana de impossibilidade de “pôr preço” no homem. Logo, basta a violação do direito da personalidade para caracterizar o dano moral, já que não seria possível pôr em medição econômica o sofrimento, porque não é possível aferir economicamente a dignidade humana. Tal entendimento apenas reforça a posição aqui exposta de não se imiscuir direito pessoal e direito patrimonial, embora ambas sejam equivalentes na ordem econômica capitalista, a exigir, inclusive a mesma solução pecuniária.

²⁰⁰Ávio Brasil (1944, p. 36) argumenta que o dinheiro é um conceito subjetivo, que não é o dinheiro objetivamente considerado que interessa no caso de indenização (compensação) por dano moral, mas a possibilidade de dispor dele para se ter a sensação de prazer como forma de se amenizar os efeitos do evento danoso que macula a dignidade humana. Isto é, tira-se do dinheiro o caráter objetivo que tem de enriquecimento patrimonial só porque cuida de indenização por dano moral, o que é uma incongruência visto que o dinheiro, na prática, vai ter como objetivo justamente adquirir coisas (patrimônio) para satisfação pessoal do lesado.

²⁰¹Como exemplo, a Súmula 498 do Superior Tribunal de Justiça, que afirma: “não incide imposto de renda sobre a indenização por danos morais.” Segundo precedentes sobre o tema (Superior Tribunal de Justiça, 1ª Turma, Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 1.021.368/RS, Relator Ministro Luiz Fux, julgado em 21/5/2009, votação unânime), a verba decorrente “de dano moral tem a natureza jurídica de indenização cujo objetivo precípua é a reparação do sofrimento e da dor da vítima ou de seus parentes, causados pela lesão de direito, razão pela qual torna-se infensa à incidência do imposto de renda, porquanto inexistente qualquer acréscimo patrimonial.” Ainda segundo esse aresto “se a reposição patrimonial goza dessa não incidência fiscal, *a fortiori*, a indenização com o escopo de reparação imaterial deve subsumir-se ao mesmo regime, porquanto *ubie adem ratio, ibie adem legis dispositio*.” O dano moral é tratado como dano material porque serviria para

Se assim não se puder fazer (apurar a extensão do dano), está rompida a própria ideia do dano. Isso porque não haveria o que pudesse ser reparado, no sentido patrimonial que é atribuído ao direito pessoal neste estudo, de modo que se teria somente a punição²⁰² de uma conduta antijurídica. Entretanto, isso não é a função principal (e primordial) da responsabilidade civil, que é justamente a de restabelecer o equilíbrio de uma relação ou situação rompida pelo evento danoso.

Parece não resolver a questão o argumento da doutrina que pondera que a exatidão do valor do dano patrimonial também não seria sempre possível, de modo que se contentaria com um valor aproximado do ideal, ou ainda com a substituição de uma situação desagradável e penosa por outra situação, essa agradável, por conta da indenização recebida, tal como existia antes da lesão à dignidade da vítima (DIAS, 1983, volume 2, p. 823).

Isso porque seria igualmente impossível concluir qual seria o valor ideal de uma indenização por dano moral; substituir uma situação “ruim” por outra “boa”, também não seria possível em relação aos direitos da personalidade (novamente: quem poderia restituir o direito à vida? ou a honra violada? ou respeito maculado?).

Apesar de todo esforço em construir um sistema lógico e coerente para aplicação do dano moral, José de Aguiar Dias (1983, volume 2, p. 814) reconhece, ao final, a própria

recompor uma situação anterior ao dano, porém sem caráter patrimonial. Mas isso é impossível. É como se o dinheiro advindo da indenização por dano imaterial - que não recompõe, mas compensa, necessariamente, com acréscimo no patrimônio da vítima - fosse uma entidade fantasmagórica, não capaz de adentrar ao patrimônio da vítima; como se não suficiente para adquirir bens em seu proveito para “aliviar” o sofrimento por qual passou; é como se o valor do dinheiro não existisse porque o dano pessoal não é equivalente ao dano patrimonial. Mais uma vez os estudiosos do direito civil não podem encarar aquilo que a ordem econômica fez em relação à dignidade humana, que é justamente de pôr valor em tudo e todos, inclusive nos atributos pessoais.

²⁰²Sobre o tema, novamente Claudio Luiz Bueno de Godoy (2010, p. 23): “Tal referência, é bem de ver, remete a uma terceira e controvertida função que ocasionalmente se reconhece à responsabilidade civil, de sancionar, de punir condutas lesivas, espaço que, na prática, não raro se preenche no arbitramento do dano moral, e repita-se, não sem candente crítica.” Segundo Fernando Noronha (2003, p. 437-436) o propósito primeiro da responsabilidade civil “é o de reparar um dano: apagar o prejuízo econômico causado (indenização por dano material), minorar o sofrimento infligido (satisfação compensatória do dano moral puro) ou compensar pela ofensa à vida ou à integridade física de outrem, considerada em si mesma (satisfação compensatória do dano puramente corporal).” Daí afirmar-se que a censurabilidade da conduta, em princípio, não deve se refletir na determinação do montante indenizatório, justamente porque a indenização deve ser medida pela extensão do prejuízo. Por isso, pertinente Fernando Noronha (2003, p. 440) afirmar que “não se deve exagerar na ideia de punição através da responsabilidade civil: a função dissuasora desta tem sempre um papel acessório”, servindo mais como satisfação proporcionada aos lesados. Outrossim, a tal finalidade dissuasora, portanto, “não deve ser erigida em substitutivo das multas e outras sanções que devem ser impostas no âmbito da responsabilidade penal (incluindo a contravencional)” (NORONHA, 2003, p. 442).

incongruência do dano moral dentro da estrutura da responsabilidade civil, ante a impossibilidade de se estimar seu valor:

A satisfação por que ansiamos, quando animados pela reprovação à ofensa, não será completa, se se resumir na indenização dos danos patrimoniais. O desgosto, a aflição, a humilhação sofridos pela vítima ficam sem compensação, sem satisfação, se nos limitamos a indenizar os danos meramente patrimoniais. E isso preocupa os que têm sentimento de justiça, fazendo com que se transija com a fórmula de reparação pecuniária, ao menos até que se estabeleça processo mais idôneo de reparar o dano moral, que lhe assegure equivalente adequado.²⁰³

Embora esse autor entenda que o dano é o efeito da violação do direito, do *quantum* em que ele pode ser aferido economicamente, também não escapa do Nó Górdio que é justamente a impossibilidade de apuração do valor a ser indenizado (compensado), porque ausente um parâmetro preciso que o quantifique.

A falta de um critério para determinação do *quantum*, inclusive, é algo estranho à sistemática do atual Código Civil brasileiro. Afora exigir critério objetivo para a indenização dos danos materiais (lucro cessante e dano emergente), outras situações de fixação de indenização e multa não são aleatórias e arbitrárias.

No caso de cláusula penal, a multa a ser imposta nunca pode exceder o valor da obrigação principal (artigo 412), de forma que o juízo tem critério para impor a redução da penalidade, ainda que não muito preciso, ao menos não arbitrário, se ela for excessiva ante a natureza e finalidade do negócio. Já o artigo 940 determina que aquele que demandar por dívida já quitada está sujeito a devolver, em favor do pretense devedor, o dobro do valor pleiteado judicialmente.

²⁰³ Importante notar que, quando dada essa assertiva por José de Aguiar Dias, ainda não tinha ingressado o dano moral no ordenamento jurídico brasileiro, ao menos no modo amplo reclamado pela doutrina, e não apenas para situações pontuais e específicas. Embora hoje o instituto seja uma realidade, a sistematização reclamada por ele ainda não foi concretizada. Como lembra Maria Celina Bodin de Moraes (2003, p. 7-12), há vários projetos de lei que tratam da regulamentação do dano não patrimonial, inclusive com a possibilidade de tabelamento dos danos morais (Projeto de Lei n. 334, de 2008), de modo a estabelecer uma equivalência entre o dano e a dignidade humana, o que está de acordo com o caráter patrimonial da codificação civil que permeia todos os seus institutos.

Ao que parece, a fixação de um critério legal para se estimar o *quantum* indenizatório poderia resolver a questão. Entretanto, surge outra dificuldade, que é justamente a de se definir, objetivamente, os eventos que poderiam ensejar indenização por dano moral, dada a própria amplitude do conceito de dignidade humana e os inúmeros direitos da personalidade passíveis de reparação (compensação).

Aliás, a padronização do *quantum* indenizatório depõe contra o próprio conceito corrente de dignidade, dada a própria singularidade de cada ser humano, que é único em sua existência (RIZZARDO, 2007, p. 269); sua história de vida, seu caráter, seu posicionamento perante a sociedade, seus sonhos e desejos, suas ambições, compõem um mosaico que não pode ser estendido para nenhuma outra pessoa. Embora fosse uma possibilidade, tal hipótese feriria a suscetibilidade²⁰⁴ da doutrina e dos tribunais, que entendem que a singularidade de cada pessoa e a particularidade de cada caso concreto devem ser respeitadas quando da fixação do *quantum* indenizatório (cf. KERN, 2000).

Outrossim, considerar que o dano moral serve de instrumento para se combater injustiças, portanto, de promoção de justiça, na medida em que não ficaria sem punição o autor do ato ilícito, também não parece ser exatamente correto, ao menos no sentido de “Justiça” que a situação aparentemente reclama. Sobretudo se considerar, como já posto antes, que a responsabilidade civil tem por função restabelecer um equilíbrio rompido, equilíbrio que não é possível de ser restabelecido na violação da dignidade humana (insiste-se: quem poderá recompôr a honra, a vida e a privacidade maculadas?).

Será feita posteriormente a análise do caráter punitivo do dano moral, o que justificaria a aplicação desse instituto como instrumento de justiça, no mesmo sentido sancionador do direito penal. Por ora, será feita a análise de alguns casos de busca de “Justiça”, nos quais, invariavelmente, há um interesse patrimonial envolvido.

²⁰⁴ Mas isso nem sempre é verdadeiro. Em sede de recurso repetitivo, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que a ausência de prévia comunicação ao consumidor da inscrição do seu nome em órgão de proteção ao crédito enseja a indenização por danos morais (Superior Tribunal de Justiça, 2ª Seção, Recurso Especial Repetitivo n. 1.061.134/RS, Relatora Ministra Nancy Andrighi, julgado em 10/12/2008). Para esse tipo de situação, tem-se entendido que o valor indenizatório de R\$5.000,00 é suficiente, como reiteradamente tem sido decidido nesse sentido por essa Corte (Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma, Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 88.859/RS, Ministro Relator Antonio Carlos Ferreira, julgado em 3/5/2012, votação unânime). Ou seja, como essa Corte tem função política de uniformizar entendimento jurisprudencial dos demais tribunais sobre determinado tema, para todos os casos análogos deve ser considerado esse valor, de modo que todas as pessoas inscritas indevidamente no cadastro de inadimplentes, necessariamente, são iguais para fins de indenização por dano moral.

Ovídio A. Baptista da Silva (2004, p. 13-14) trata criticamente da coisa julgada relativa, especialmente nos casos de investigação de paternidade, mesmo nas hipóteses em que, à época, não se tinha o exame de DNA para identificação segura da filiação de uma pessoa.

Ele aponta que há um argumento corrente que entende que o afastamento da coisa julgada asseguraria o direito constitucional de se conhecer a identidade pessoal e a filiação de quem, por deficiência probatória decorrente da falta de tecnologia da época, não tinha como demonstrar quem poderia ser seu pai. Tal pretensão está de acordo com os propósitos da dignidade humana.

Ovídio A. Baptista da Silva (2004, p. 14) reconhece que “o argumento, sem dúvida, impressiona”, porém não intimida. Isso porque, segundo ele, “sob o aparente desinteresse econômico que essa intenção possa transmitir, os olhos do filho natural estarão invariavelmente voltados para a herança paterna”²⁰⁵; para concluir: “em minha longa experiência forense, nunca encontrei uma ação desta espécie proposta por um filho abastado contra um pai miserável.”

Corte para o tema deste estudo.

Perseguidas políticas da última ditadura militar no Brasil propuseram ação declaratória para que fosse reconhecida, na esfera cível, que elas foram torturadas sob ordem do Major Carlos Alberto Brilhante Ustra, conhecido militar do Destacamento de Operações de Informações do Centro de Operações e Defesa Interna (DOI/CODI), do II Exército, sediado em São Paulo, braço repressor do governo ditatorial. Acusam-no também pela morte de Luiz Eduardo da Rocha Merlino, irmão e companheiro das autoras da ação.

O pedido feito nessa ação pelas autoras era para declarar, e apenas isso, que o réu agiu com dolo, causando-lhes danos morais. Não foi pleiteada indenização por danos morais. Numa

²⁰⁵O Tribunal de Justiça de São Paulo concedeu indenização por danos morais decorrente de abandono material e afetivo do pai em relação à filha, durante sua infância e adolescência. Ali ficou registrado expressamente que o pai era “abastado e próspero”, de modo que lhe foi imposta a obrigação de indenizar sua filha no valor de R\$415.000,00 (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 7ª Câmara de Direito Privado “B”, Apelação Cível n. 361.389-4/2-00, Relatora Desembargadora Daise Fajardo Jacot, julgado em 26/8/2008). A questão que fica é: se pobre o pai, haveria indenização? Ou melhor, se pobre o pai, a ação teria sido proposta?

decisão bastante controvertida, já que forte o argumento de falta de interesse de agir, foi acolhido o pleito, sendo a sentença confirmada pela segunda instância (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 1ª Câmara de Direito Privado Apelação n. 0347718-08.2009.8.26.0000, Relator Desembargador Rui Cascaldi, julgado em 14/8/2012, maioria de votos).

Ao que parece, a ação declaratória tinha como propósito impor uma vitória moral ao referido militar na medida em que a Lei de Anistia, referendada pelo Supremo Tribunal Federal, impede a condenação criminal dos agentes públicos que teriam praticado atos de tortura e assassinatos contra dissidentes políticos e opositores do regime. Contudo, há notícia que as mesmas autoras dessa ação propuseram posteriormente, contra aquele militar, ação indenizatória por dano extrapatrimonial, sendo vitoriosas em primeira instância, consoante relato do desembargador Elliot Akel, vencido na decisão que acolheu o pleito declaratório.

O que se pretende afirmar com tais exemplos é que a indenização por dano moral traz sempre uma vantagem material para a vítima do evento danoso; e, ao que parece, isso se torna o principal objetivo desse tipo de ação indenizatória, especialmente se considerar, repita-se, que a violação da dignidade humana é um evento que nunca pode ser restabelecido.

Daí, na experiência brasileira, quase sempre haver pedidos de indenização por danos morais que acompanham ações por danos materiais, mesmo que decorrente de descumprimento contratual, embora a posição unânime da jurisprudência²⁰⁶ é pela impossibilidade de indenização desse tipo, evidenciando-se, assim, a busca por vantagem econômica.

Ou seja, “encaixa-se” um pedido de indenização por dano imaterial na lide, com a esperança que venha a ser acolhido o seu pleito. Isso é especialmente verdadeiro se forem consideradas as ações que tramitam perante os Juizados Especiais, onde não é necessário o recolhimento de custas iniciais e despesas processuais e não há condenação ao ônus de sucumbência.

²⁰⁶A jurisprudência entende que “o inadimplemento de contrato, por si só, não acarreta dano moral, que pressupõe ofensa anormal à personalidade. É certo que a inobservância de cláusulas contratuais pode gerar frustração na parte inocente, mas não se apresenta como suficiente para produzir dano na esfera íntima do indivíduo, até porque o descumprimento de obrigações contratuais não é de todo imprevisível” (Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial. n. 876.527/RJ, Relator Ministro João Otávio de Noronha, publicado no Diário de Justiça em. 28/4/2008).

Sem mencionar os pedidos indenizatórios esdrúxulos,²⁰⁷ que não raro são acolhidos.

O Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, por exemplo, impôs condenação²⁰⁸ à editora por vender dicionário que não estava atualizado de acordo com a última reforma ortográfica, sendo que a mensagem publicitária afirmava que ele estava devidamente atualizado. A indenização foi arbitrada em R\$4.000,00. Não há notícia que o consumidor tenha pleiteado a devolução do dicionário, com a restituição do valor da compra. Ou seja, apesar de ter sido violada a sua dignidade, preferiu ficar com o livro, mesmo que desatualizado.

Mesmo no Superior Tribunal de Justiça a situação não melhora. Foi imposta condenação²⁰⁹ ao Departamento Autônomo de Estradas de Rodagem do Rio Grande do Sul (DAER/RS) por ter violado a dignidade de motorista que teve que pagar indevidamente uma multa de trânsito para poder licenciar o seu veículo. O valor da indenização foi de dez vezes o valor da multa.

Conforme denúncia de Maria Celina Bodin de Moraes (2011, p. 362-363), isso ocorre pela própria tutela jurídica da dignidade humana, como interesse existencial protegido legalmente, acrescidos de outros dois elementos: a amplitude do conceito de sofrimento, bem como outros sentimentos negativos decorrentes do evento danoso, e a desnecessidade de qualquer comprovação dos danos morais, já que consagrado na jurisprudência que ele é *in re ipsa*,²¹⁰ de modo que não é necessária a sua comprovação, pois presumido.

²⁰⁷Como exemplo do que afirmado aqui, o caso de indenização por dano moral concedida em favor de consumidor que comprou uma peça de carne *in natura*, ainda dentro do invólucro, que continha inseto. Embora não tenha ingerido o produto, o consumidor foi indenizado em R\$5.000,00, pela sensação de nojo experimentado por ele. O aresto foi assim ementado: “Indenização por danos morais. Aquisição de carne em supermercado. Produto que continha inseto em seu invólucro. Presunção de veracidade da matéria fática, ante a revelia do polo passivo. Reconhecimento dos fatos narrados na inicial deve prevalecer. Razões do recurso dissociadas do conteúdo da sentença. Presença de sujidade ocasiona repulsa, ou mesmo nojo ao consumidor. Danos morais se fazem presentes. Relação consumerista configurada. Verba reparatória compatível com as peculiaridades da demanda. Apelo desprovido” (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 4ª Câmara de Direito Privado, Apelação n.º 0000264-33.2011.8.26.0066, Relator Desembargador Natan Zelinski de Arruda, julgado em 2/2/2012, votação unânime).

²⁰⁸Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão, 4ª Câmara Cível, Apelação Cível 0007211-22.2009.8.10.0001, Relator Desembargador Paulo Sérgio Velten Pereira, julgado em 21/08/2012, votação unânime.

²⁰⁹Superior Tribunal de Justiça, 1ª Turma, Recurso Especial n. 608.918/RS, Relator Ministro José Delgado.

²¹⁰Nesse sentido, a seguinte decisão: “(...) III - ‘Sobrevindo, em razão de ato ilícito, perturbação nas relações psíquicas, na tranquilidade, nos sentimentos e nos afetos de uma pessoa, configura-se o dano moral, passível de indenização’. Precedentes do STJ. O dano moral opera-se *in re ipsa* (...)” (Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, 14ª Câmara Cível, Apelação Cível 3442/2000, Relator Desembargador Ademar Pimentel, julgado em 27/6/2000).

Têm-se com isso, não raro, arbitrariedades judiciais, senão considerar a própria fixação, sem parâmetro legal, a própria arbitrariedade. O magistrado é absolutamente livre para decidir se o caso é de indenização e, se for, qual o valor a ser fixado como indenização, sem que precise justificar, do ponto de vista da racionalidade, os critérios para fixação do *quantum* indenizatório; sobretudo porque invariavelmente calcadas nos princípios (fluidos) da proporcionalidade e razoabilidade; como se isso fosse fazer justiça, inclusive por implicar certo caráter de sanção ao agente do evento danoso. Diante disso, ela conclui:

O sistema tal como é, não apenas permite, mas incentiva fortemente a má-fé e o lucro fácil: se não se sane, nem se tem como ter ideia de quanto se irá receber, e se se sabe que, considerando o que normalmente acontece, se ganhará alguma coisa, talvez até, com sorte, uma quantia significativa, por que não ingressar com a ação, principalmente quando se usufrui, como ocorre na maioria dos casos, do benefício da justiça gratuita? As vítimas e seus advogados só têm a ganhar, enquanto os juízos e os tribunais se abarrotam, vindo assim a prejudicar a prestação jurisdicional oferecida à sociedade como um todo (MORAES, 2011, p. 364).

Não à toa o sucesso desse tipo de ação, que aumenta exponencialmente, como forma de se fazer certo tipo de justiça;²¹¹ uma justiça que se faz segundo o *quantum* indenizatório, a vantagem que se pode receber, embora se coisificando a dignidade humana. Situações mais graves, como violação do direito à vida, ou não tão complexas, como pode ser um dano à imagem, dão no mesmo quanto à indenização pecuniária pleiteada judicialmente, da mesma forma que indiferente à indenização decorrente de avarias causadas em carro de luxo ou numa bicicleta.

O horror do evento danoso, a tragédia que impacta na vida da vítima e de seus familiares, para o direito civil, não é mais do que uma conta aritmética. Os atributos humanos, a sua “alma” é tão “quantificável” como qualquer outra coisa, pois os institutos do *codex*, incluso a responsabilidade civil, só podem ser invocados se em termos pecuniários, visto que é a linguagem em que pode ser operada.

²¹¹Em 2000, o Superior Tribunal de Justiça julgava 1.421 ações desse tipo; em 2010, foram 10.018 (cf. JUSTIÇA reage a pedidos infundados, 2011).

O problema do dano moral, portanto, não é o de se estabelecer parâmetro²¹² seguro para a fixação do *quantum* indenizatório, a partir de critérios racionais,²¹³ porque não se chegará a solução do problema da quantificação.²¹⁴ O que é tormentoso é cogitá-lo como instrumento de proteção da dignidade humana.

Isso porque ao se estimar um valor para uma violação da dignidade humana nada mais é do que tomar o ser humano como uma coisa, como é próprio da ordem capitalista, por tornar possível a reificação do homem. Desse modo parece pertinente, de novo, a lição de Bernard Edelman (1976, p. 101-106): é por ser proprietário (*homo oeconomicus*) de si mesmo que o prejuízo que o indivíduo sofre em relação a um de seus atributos é que ele o impulsiona a ir ao Poder Judiciário reclamar uma indenização ou compensação pecuniária.

Assim ocorre porque todos os seus direitos da personalidade não são mais do que coisas protegidas contratualmente, então passíveis de avaliação pecuniária, porque sujeitas às regras patrimoniais do direito obrigacional. Portanto, pensar o dano moral é também tomá-lo como um instituto jurídico que reflete a forma jurídica capitalista, de modo que “fazer justiça”, no sentido de proteção da dignidade da pessoa humana, é fazer a justiça que é possível dentro da ordem capitalista, na qual “o conceito de justiça deriva da relação de troca e fora dela não tem sentido” (PACHUKANIS, 1988, p. 112).

²¹²Eis alguns critérios usualmente utilizados para quantificar o dano moral: “Sobre a questão posta o Colendo Superior Tribunal de Justiça, em voto condutor do eminente Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira deixou disposto que ‘Na fixação da indenização por danos morais, recomendável que o arbitramento seja feito com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível sócio econômico dos autores, e, ainda, ao porte da empresa recorrida, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso’ (RSTJ 112/216)” (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 30ª Câmara de Direito Privado, Apelação n. 0004938-69.2012.8.26.0664, Relator Desembargador Orlando Pistorosi, 6/3/2013, votação unânime).

²¹³Pugnando pela racionalidade das decisões judiciais na fixação do *quantum* do dano moral, Maria Celina Bodin de Moraes (2011, p. 376): “Disto tudo resulta a estrutural importância da minuciosa fundamentação da decisão judicial. Não se trata de saber o que juiz pensou ao prolatar a decisão, mas sim de examinar a ‘razoabilidade das razões’ apontadas para justificar o que decidiu. Sua racionalidade deve ser objeto de controle e verificação externos, para que se possam analisar os motivos sobre os quais o seu juízo (racional) se formou. Daí ser requisito constitucional (art. 93, inc. IX) da exigência da fundamentação da sentença, cabendo ao juiz, segundo a letra do art. 131 do Código de Processo Civil, ‘indicar os motivos que lhe formaram o convencimento’”.

²¹⁴Maria Celina Bodin de Moraes (2011, p. 376) defende que maior racionalidade nas decisões implicaria menos ações aventureiras: “Tampouco se trata, pois, de inventar ou descobrir fórmulas ou equações que possam ser aplicadas em todos os casos, como alguns têm procurado fazer. O problema é encontrar os meios de individualizar, adequadamente, os danos sofridos e valorá-los sempre em relação à pessoa da vítima. Se assim se fizer, os valores continuarão, evidentemente, díspares, mas agora em bases racionais, e certamente não se poderá comparar os tribunais a cassinos ou a loterias, onde o azar prevalece.” Todavia, os critérios usuais para quantificação do dano moral não são capazes de retirar a arbitrariedade desse tipo de decisão.

Considerar o homem como a “fonte e valor” de todo direito soa sem sentido na medida em que não considera o próprio sentido histórico do capitalismo e sua influência sobre o direito. Ou seja, tal assertiva não considera o destino do ser humano dentro da estrutura capitalista, que o toma não mais do que um dado econômico, um instrumento a serviço de uma relação econômica de exploração que, necessariamente, lhe retira a dignidade.

Em certo sentido também é esse o argumento de Evgeni B. Pachukanis (1988, p. 109). Para ele, a moral está indissociavelmente vinculada às práticas sociais e delas se nutre. Se assim é, as doutrinas morais que pretendem melhorar o mundo e aperfeiçoá-lo são pedantes porque um reflexo deformado do mundo verdadeiro, de modo que esse reflexo é um aspecto da realidade que é justamente a das relações humanas submissas à lei do valor.

É nesse sentido que se coloca o dano moral da forma aqui proposta, pois se apresenta como meio de promoção de justiça que só pode ser realizada se tomada a dignidade humana como mercadoria, que quando violada é atribuível determinado valor. E a responsabilidade que é imputada ao agente do evento danoso, o “ser obrigado” somente faz sentido se ele puder responder com seus bens mediante a via processual, sob a forma da execução forçada (PACHUKANIS, 1988, p. 114).

Portanto, a contradição aqui apontada do dano moral decorre da própria “contradição das relações reais dos homens, que não podem considerar as suas atividades privadas como atividades sociais a não ser sob a forma absurda e mistificada do valor da mercadoria” (PACHUKANIS, 1988, p. 116). Esse é o tipo de justiça permitida pelo código civil, contraditória tal como é a filosofia kantiana que lhe dá sustentação.

3.7 O CARÁTER PUNITIVO DO DANO MORAL: AINDA PERSISTE A LÓGICA CAPITALISTA

Vale ainda tomar a hipótese do caráter punitivo do dano moral, o que poderia minar o caráter patrimonialista do instituto, porque deslocaria a natureza da indenização (compensação) para a seara do direito penal, caracterizando-o como pena privada.

Nesses termos, o dano moral se atém mais à figura do agente do evento danoso do que à do lesado, sobretudo se for considerado que o grau de culpa²¹⁵ é muito levado em consideração para fins de fixação da indenização (compensação). Isso porque é próprio do direito penal interessar-se mais pelo agente e seu ato. Enquanto a indenização por perdas e danos (direito obrigacional) compensa os danos causados à vítima, a pena (privada) visa produzir efeitos sobre o autor do ato ilícito²¹⁶ (KERN, 2000, p. 16).

Introduz-se no discurso jurídico brasileiro²¹⁷ a função punitiva do dano moral, sobretudo como forma de proteção da dignidade humana (ANDRADE, 2009, p. 237-239), tendo como paradigma o *punitive damage*²¹⁸ do *common law*, embora sem previsão legal para isso. Com isso se minimiza a impossibilidade de aferição econômica do dano extrapatrimonial, que torna inconsistente vincular o dano moral às premissas da responsabilidade civil por dano material.

Com o *punitive damages* à brasileira²¹⁹ pretende-se dar efetivo sentido ao dano moral justamente por se afastar da ideia de patrimônio (direito obrigacional), para aproximá-lo de um conceito de pena, numa construção teórica que fosse mais coerente. Ainda que possível

²¹⁵Confirmando o argumento: “INDENIZAÇÃO - DANOS MORAIS - Dano Moral presente no genitor, diante de traumatismo crânio encefálico no filho e necessidade de internação hospitalar por uma semana. O valor da indenização deve levar em consideração, para sua fixação, as circunstâncias da causa, o grau de culpa, bem como a condição sócio-econômica do ofendido, não podendo ser ínfima, para não representar ausência de sanção efetiva ao ofensor, nem excessiva, para não constituir enriquecimento sem causa do ofendido. Dou provimento parcial ao recurso” (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 27ª Câmara de Direito Privado, Apelação n. 937641-0/5, Desembargador Relator Venilton Cavalcante Marrera, julgado em 19/12/2008, votação unânime). Considerar a aferição do grau de culpa no âmbito da responsabilidade civil caracteriza retrocesso. A apuração dos graus de culpa (dolo, culpa, culpa leve, culpa levíssima), para quantificar a indenização, não é pertinente porque a fixação do *quantum* não pode se apoiar em elemento subjetivo por ser tormentosa a prova desses matizes de culpa (cf. RODRIGUES, 1998). Como era no código anterior, o atual *codex* manteve a reparação integral do dano, sem aferir o grau de culpa do agente, ressalvada a hipótese do artigo 944, parágrafo único.

²¹⁶Aliás, admitir o dano moral como pena, porque centrada no requisito culpa, é afastar a sua aplicação dos casos de responsabilidade civil objetiva, como nas hipóteses de teoria do risco e responsabilidade por fato de outrem (SOUSA; COMIN, 2007, p. 222). Afora isso, como afirmado antes, o escopo da responsabilidade civil é a pessoa do lesado e não a do agente (SOUSA; COMIN, 2007, p. 221).

²¹⁷Maria Celina Bodin de Moraes (2011, p. 368) observa que, de modo geral, a função punitiva do dano moral é desconhecida nos países de sistema romano-germânico (*civil law*), porque incompatível com o princípio da separação entre direito civil e direito penal.

²¹⁸O *punitive damage* aproxima-se do conceito de dano moral porque tinha como escopo justificar indenização para os casos de ofensa de direitos e interesses que não podiam ser avaliados pecuniariamente, especialmente em situações de grande sofrimento, mas com caráter nítido de sanção (ANDRADE, 2009, p. 182).

²¹⁹A ideia de sanção não era desconhecida da doutrina nacional. Ávio Brasil (1944, *passim*) já fazia paralelo entre dano moral como espécie de pena, sendo que os estudiosos brasileiros reconheciam o caráter de sanção do dano extrapatrimonial (cf. PEREIRA, 1998), porém centrando mais os seus argumentos na questão da compensação. Desse modo, a função punitiva era mais tida como um efeito secundário da responsabilidade civil, que, aliás, serve tanto para o dano material como para o dano extrapatrimonial. Mas a tentativa de sistematização disso é mais recente e se dá a partir do paradigma da *common law*.

superar²²⁰ as dificuldades de impor o dano moral como instrumento de natureza punitiva, isso se insere numa lógica capitalista, que ainda exprime um caráter patrimonialista bastante acentuado, tal como demonstrado por Evgeni B. Pachukanis (1988, p. 117-136), ao tomar o direito penal na sua forma mercantil.

A responsabilidade civil tem origens históricas próximas da responsabilidade penal, sendo que isso era assim mesmo no direito romano, como era próprio das mais diversas sociedades primitivas (SILVA, 2009, p. 298), sendo que não havia diferenciação entre ilícitos civis e criminais, de modo que o sentido de vingança era muito proeminente (PACHUKANIS, 1988, p. 118).

À época, a concepção de delito era suficiente para a punição civil e criminal, a fim de promover a vingança privada, de tal modo que, ontologicamente, eram tidas como iguais (CAVALIERI FILHO, 2008, p. 14). Daí a aferição do comportamento do ofensor, para verificar se dentro do tolerável pelas regras sociais, morais e éticas, dada a relevância do ato de se vingar, que imanente a esse modo de fazer justiça (PEREIRA, 1998, p. 2).

²²⁰A função punitiva do dano moral não é isenta de críticas e dificuldades. Por exemplo, ela ressent-se da própria falta de previsão dos “tipos penais” que ensejariam a sanção pecuniária (SOUSA; COMIN, 2007, p. 221), o que violaria o princípio constitucional da legalidade (*nullum crimen, nulla poena sine lege*). Sem mencionar que poderia caracterizar um *bis in idem*, em caso de condenação do agente na esfera criminal. Também há que se considerar que isso ampliaria em demasiado as hipóteses de punição na codificação civil brasileira, que não tem esse caráter – as hipóteses previstas hoje são: cláusula penal (artigos 408-416), devolução em dobro (artigo 940) e sonegação de bens da herança (artigos 1.992-1.996). Isso, de certo modo, implicaria invasão de área própria do direito penal (MORAES, 2011, p. 368). Aliás, o sentido de punição que provém do direito penal é visto mais como exceção, na medida em que o ordenamento jurídico deve dispor de outros meios mais eficientes de promoção da paz social, de modo que deve ser utilizada apenas em situações especiais, de modo a ter hipóteses fáticas de incidência restritas (cf. ROXIN, 2004). Tal perspectiva, de certo modo, é própria do capitalismo, que pretende maior racionalidade e humanismo na aplicação de sanções, com penas de máxima eficiência com menor custo e sacrifício (material e humano), o que implica reconhecer uma mínima interferência do Estado na esfera pessoal dos cidadãos (cf. MELO, 2003). Outrossim, punição traz consigo a ideia de proteção e satisfação não só da vítima, mas também da coletividade, já que importante instrumento de pacificação social, sendo que este sobressai em relação ao interesse individual da vítima. Porém, a indenização desse tipo não é revertida para a sociedade, de modo que há corrente doutrinária que entende que deveria ser admitida esse tipo de indenização somente caso viesse a violar a consciência coletiva, sendo a indenização ser revertida para fundos de tutela de interesses coletivos e difusos (MORAES, 2011, p. 369). Afora isso, pena privada implica aumento patrimonial sem justa causa, conforme crítica da doutrina francesa: “*Nous n’essaierons pas de justifierces applications faites par le législateur de l’idéé de peine privée. En règle générale, elles paraissent indéfendables en droit comme en équité. Le responsable se voit obligé de réparer non seulement un préjudice qu’il n’a pas causé, mais même un préjudice qui n’existe pas. Sans doute peut-il paraître en certains cas nécessaire de lui infliger une peine. il suffit d’ériger sa faute en infraction, mais pourquoi faire profiter de cette peine la victime? Celle-ci tire un bénéfice du dommage qu’elle a subi. Or il nous semble en équité aussi détestable d faire profiter dun dommage la victim, que d’en laisser bénéficier le responsable. On a trop souvent tendance à vouloir tirer profit du préjudice que l’on éprouve à réclamer, que ce soit au responsable ou à l’assureur, plus qu’on ne perd. Il ne faut pourtant pas transformer en une chance la malchance. La justice proteste là contre. Le principe doit demeurer que, si la victime a droit à la réparation de tout le dommage, elle ne saurait obtenir plus*” (CHABAS; MAZEAUD; MAZEAUD, tomo 3, volume 1, 1978, p. 707).

A ideia de punição do mal pelo mal – *Lex XII Tabularum* e *Jus Talionis* – era recorrente, sendo que a sanção se direcionava para o corpo do infrator. Ou seja, a ofensa e a injúria à integridade patrimonial e pessoal do ofendido retornavam da mesma forma ao ofensor, como castigo corporal, inclusive com o sacrifício da própria vida.

A evolução do direito, porém, caminhou no sentido de ser mais eficiente substituir a pena corporal pela *poena*, a compensação pecuniária, para, posteriormente, assentar-se a ideia de reparação na proporção do dano material causado. Entretanto, a ideia de culpa ainda subsistiu na estrutura da responsabilidade civil.

Disso decorre certo caráter dúplice da responsabilidade civil, de sujeitar o causador de um mal a reparar a lesão, na medida em que o ordenamento jurídico não admite que o ilícito prejudique outra pessoa (sentimento social), de forma que o Estado é chamado para regular a punição, como satisfação devida à vítima (sentimento humano) (PEREIRA, 1998, p. 10-11).

O direito penal, nesse contexto, está historicamente vinculado ao costume primitivo da vingança, decorrente da violação de um direito. Porém, o direito penal moderno, como forma de organização da vingança, ganha sentido completo quando se consolida como um sistema de multas e de reparações em dinheiro, no sentido de equivalência que isso possa ter, sendo que a noção de equivalente encontra a sua fonte justamente na forma mercantil (PACHUKANIS, 1988, p. 119).

Quando aborda o tema, Márcio Bilharinho Naves (2008, p. 57-61) lembra que a mercadoria é a forma social do produto realizado por trabalhos privados independentes entre si, sendo que é somente por meio da troca que realizam o seu caráter social. Por sua vez, o processo do valor de troca reclama, para sua efetivação, um circuito de trocas, isto é, um padrão que permita mensurar (medir) o *quantum* do trabalho abstrato que está medido na mercadoria.

O direito, nesses termos, está necessariamente vinculado à existência de uma sociedade que exige a mediação de um equivalente geral para que os diversos trabalhos privados, feitos de forma isolada e independente entre si, tornem-se trabalho social. Por conseguinte, é a ideia de equivalência advinda do processo de troca mercantil que funda a ideia de equivalência

jurídica, ou seja, é a forma oriunda da relação de equivalentes que dá a forma mercantil do direito.

O direito penal também segue a mesma lógica. Uma vez estabelecido um sistema de compensação na sociedade, a própria ofensa é compensada em dinheiro, de tal sorte que a vingança, como penalidade, surge como um equivalente que compensa o dano sofrido pela vítima que teve o seu direito violado. Não é por outro motivo que Evgeni B. Pachukanis (1988, p. 119) vai afirmar que a proporção entre o delito e a reparação se reduz a uma proporção de troca, com o seguinte raciocínio:

A ideia de equivalente, esta primeira ideia puramente jurídica, encontra novamente a sua fonte na forma mercantil. O delito pode ser considerado como uma modalidade particular da circulação na qual a relação de troca, ou seja, a relação contratual é estabelecida imediatamente, ou melhor dizendo, através da ação arbitrária de uma das partes. A proporção entre o delito e a reparação reduz-se igualmente a uma proporção de troca. Eis a razão por que Aristóteles, ao falar do nivelamento na troca como de uma modalidade da justiça, distinguia aí dois tipos: o nivelamento nas ações voluntárias e o nivelamento nas ações involuntárias, situando as relações econômicas da compra, da venda, do empréstimo etc. nas ações voluntárias, e as demais espécies de delitos, que geram sanções a título de equivalentes específicos, nas ações involuntárias. Pertence também a ele a definição de delito como contrato concluído contra a vontade. A sanção surge, então, como um equivalente que compensa os prejuízos sofridos pela vítima.

Ainda de acordo com Evgeni B. Pachukanis (1988, p. 129-130), não por outro motivo que a ideia de responsabilidade é indispensável se a pena se apresenta como meio de reparação. É por isso que o delinquente responde com a sua liberdade pelo delito cometido, bem como por meio de uma multa que deve ser proporcional à gravidade do ato ilícito cometido.

A pena proporcional à culpa do meliante representa, em essência, a mesma forma que a reparação proporcional ao dano. É a expressão matemática – dias de punição ou valor da indenização - que vai expressar o rigor da sentença. A privação de liberdade ou imposição de indenização, dadas por sentença judicial, são as formas específicas pelas quais o direito penal moderno (burguês-capitalista) concretiza o princípio da reparação equivalente.

Por isso, mais justa a sentença criminal quanto maior a pena. Ou em relação ao dano moral, na sua função punitiva, quanto maior a indenização a ser paga, maior a justiça²²¹ aplicada ao caso.²²² Portanto, mesmo em relação ao caráter penal do dano moral, não se consegue escapar da lógica capitalista a ele imanente: o ser humano como um dado econômico, como coisa que se mede pelo valor do dinheiro.

²²¹Nesse argumento, a seguinte decisão: “(...) O dano moral deriva do próprio fato da lesão na esfera interna do indivíduo, não se exigindo, portanto, a comprovação de sua existência concreta. - O valor fixado na sentença a título de indenização por danos morais deve ser elevado para proporcionar, de forma mais razoável ao filho e esposa da vítima de assassinato ocorrido dentro de estabelecimento prisional uma satisfação econômica na justa medida do abalo sofrido, evitando enriquecimento sem causa e respeitando, assim, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. (...) Apenas em razão dos limites do reexame necessário, deixo para a oportunidade, dar provimento parcial à apelação aviada pelos autores, para majorar o valor arbitrado a título de danos morais. Isto porque, com vênia, diante da gravidade do dano experimentado, entendo mais razoável a quantia de R\$25.000,00 (vinte e cinco mil reais) para cada autor, totalizando o valor de R\$50.000,00 (cinquenta mil reais)” (Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, 1ª Câmara Cível, Apelação Cível n. 1.0362.08.092091-5/001, Desembargador Relator Armando Freire, julgado em 30/8/2011, votação unânime).

²²²Evgeni B. Pachukanis (1988, p. 131) faz a seguinte alusão sobre o “tamanho” da justiça advinda da forma mercantil do direito: “O interesse atribuído aos métodos de ação de grande fôlego sobre o delinqüente é insignificante se comparado ao interesse suscitado pelo fascinante momento em que é a pronunciada a sentença e determinada a ‘medida penal’. As questões da reforma judiciária não preocupam senão um reduzido círculo de especialistas. Em contrapartida, para o público o cerne da questão consiste no fato de saber se a sentença corresponde à gravidade do delito. Para a opinião pública, uma vez que o tribunal tenha determinado corretamente o equivalente, tudo se encontra, por assim dizer, em ordem e o destino posterior do delinqüente já não interessa quase a mais ninguém.”

CONCLUSÃO

Após uma análise crítica do caráter liberal das codificações privadas, em especial do código civil português, Orlando de Carvalho (1981, p. 90) protesta pela “repersonalização do direito civil”. Ele reclama por um direito civil que represente uma ligação visceral entre o *jure civili* com o ser humano, por entender que o direito é um sistema axiológico e ético, no qual o gênero humano se apresenta como o primeiro e mais imprescindível dos valores.²²³ Isso porque, antes da importância da autonomia da vontade para o sistema civilista, o direito civil deve se fundamentar na liberdade de desenvolvimento da personalidade do indivíduo, ou seja, na *dignitas humana*.

Na mesma senda, Maria Celina Bodin de Moraes (2003a, p. 334) afirma: “é hora de se reconstruir o direito civil, mas é imprescindível que se o faça na medida da pessoa humana.” Daí ponderar que, se o instituto do dano moral se pauta pela tutela da pessoa humana, cabe a ela a mais ampla proteção, de modo a resguardar cada uma de suas características, peculiaridades e singularidades.

Continuando no argumento, afirma que a reparação (compensação) do dano moral deve ser integral já que é a medida, necessária e suficiente, para proteger o ser humano nos aspectos que realmente a individualizam. Isso porque a responsabilidade civil hodierna tem como escopo principal a situação da vítima, como forma de recompor a violência sofrida em sua dignidade por meio da reparação integral do dano (MORAES, 2003a, p. 331).

Porém, o ser humano como valor maior do ordenamento jurídico não é uma realidade absoluta porque os atributos humanos são objetivados como valor monetário, portanto reificados, o que contraria profundamente os fundamentos da filosofia kantiana que dão suporte ao conceito

²²³ Em conclusão da assertiva, Orlando de Carvalho (1981, p. 96): “Estas, em suma, as duas grandes linhas a que há-de obedecer toda a teoria civilística seja qual for o sistema de exposição em que se enquadre: uma teoria, antes de tudo, da pessoa – melhor dizendo, da pessoa do homem -, como primeiro motor da regulamentação do *jure civili*; uma teoria de intervenção nos interesses, concebendo do Direito como um ‘serviço da vida’, decerto diferenciado de outros processos de actuação (da ética, da estética, da técnica, da política), mas não recluso em si mesmo como um saber especulativo.” Entretanto, a proposta de mudança do civilista se faz dentro da própria estrutura do direito civil, sem se ater que o *jure civili* moderno é, essencialmente, um direito capitalista, no qual o ser humano tem uma função econômica bem definida que é a de viabilizar a circulação de mercadorias, inclusive ele próprio como uma.

moderno de dignidade. Destarte, a lógica de reparação (compensação) do dano extrapatrimonial segue a lógica mercantil, que é inerente ao próprio direito civil.

Sendo assim, uma “repersonalização” do direito, que é proposta, é limitada severamente pelas contingências próprias do capitalismo. O que vale afirmar que todo o discurso corrente de um direito centrado no valor da pessoa humana não pode ser realizado plenamente (ao menos na proposta comumente apresentada). Ou melhor: passa a ser realizada dentro das possibilidades dadas pelo modo de produção capitalista, sendo que no caso do direito brasileiro, por exemplo, determinando-se um valor pecuniário para a dignidade em caso de sua violação.

Isso porque a superação do capitalismo e a transformação da sociedade mercantil não podem ocorrer com a manutenção das estruturas próprias do capitalismo, como por exemplo a força de trabalho revestida pelo invólucro do valor, ou pela configuração do Estado moderno, que necessariamente acompanha e garante o movimento da mercadoria em todos os níveis sociais. Nesse contexto, a defesa jurídica da dignidade humana, sendo que a responsabilização do dano moral é um de seus instrumentos de proteção mais evidente, insere-se dentro da lógica reformista²²⁴ denunciada por Friedrich Engels e Karl Kautsky em *O socialismo jurídico*²²⁵ (cf. 2012).

²²⁴Atente-se, pois, à seguinte afirmativa de Anselm Jappe (2006, p. 244-245): “De entre as reações às ‘misérias do mundo’ provocadas pelo capitalismo contemporâneo, a que prevaleceu até agora é a condenação dos políticos neoliberais que lhes contrapõe – explícita ou implicitamente – o regresso às receitas keynesianas e a um papel prevalente do Estado. Este discurso não contesta a mercadoria enquanto tal, mas somente a sua acção sobre os diferentes aspectos da vida. O objectivo é então o de ‘voltar a enquadrar’ a económica na sociedade por intermédio das reformas corajosas levadas a cabo por amplas coligações de homens de boa vontade. Como expressões típicas deste movimento, representado a nível mundial pelas cimeiras alternativas de Porto Alegre [Fórum Social Mundial], podemos citar, em França, a associação Attac, que nasceu para exigir a aplicação de taxas sobre as transações financeiras [para combate mundial da fome], o jornal *Le Monde diplomatique*, os escritos do sociólogo Pierre Bourdieu e as ações de José Bové, dirigentes da Confederação Camponesa. (...) Em primeiro lugar é preciso sublinhar que este movimento [Confederação Camponesa] se propõe a lutar contra o ‘flagelo neoliberal’ e não contra a mercadoria, o dinheiro, o valor e o Estado. É verdade que os seus representantes proclamam que querem ultrapassar a mera descrição dos sintomas e as análises superficiais (...). O que falta, porém, é precisamente uma crítica capaz de indicar a raiz comum dos diferentes problemas: o neoliberalismo constitui o único alvo dessa crítica redutora. Esta perspectiva pretende que a política e o Estado libertem o capitalismo dos seus ‘excessos’ – antes de mais do poder da especulação financeira – para restabelecer um verdadeiro Estado-providência. Aliás, a lógica da mercadoria nem chega a ser aflorada.”

²²⁵*O Socialismo jurídico* foi publicado como crítica de Friedrich Engels e Karl Kautsky ao livro *O direito ao produto integral do trabalho historicamente exposto*, do jurista Anton Menger, publicado originalmente em 1886. A obra de Anton Menger, à época, ganhava terreno nos debates políticos, sobretudo na ala direitista da social-democracia alemã, por afirmar a possibilidade de realização do socialismo, por meios pacíficos, a partir do ordenamento jurídico, sobretudo quanto ao direito do trabalhador ao produto integral do trabalho por meio de uma teoria socialista do valor. Entre outras coisas, o jurista ainda afirmava que concepção teórica da Karl Marx e Friedrich Engels era plágio de socialistas que os precederam.

Por exemplo, a despeito da exploração capital/trabalho e da coisificação do gênero humano, toma-se como pertinente a manutenção da estrutura econômica capitalista por meio do ordenamento jurídico burguês, concedendo-se mais direitos aos cidadãos, sobretudo direitos fundamentais, como se isso fosse bastante desnaturar o caráter infesto do capitalismo.

Por tal argumento, um rearranjo das estipulações legais seria bastante para avançar nas conquistas políticas, sociais e econômicas reclamadas pela sociedade, desde que mantida indene a lógica mercantil das relações sociais - o tal “socialismo jurídico” de Anton Menger (cf. ENGELS; KAUTSKY, 2012) -, ao invés de uma mudança radical (ruptura revolucionária) das estruturas produtivas do capitalismo.

O fenômeno jurídico é compreendido, nesses termos, como um instrumento neutro, apto a atender, de igual modo, os interesses do capitalismo ou do socialismo, como se fosse mera técnica a serviço do poder (MASCARO, 2010, p. 305), como se o direito no espectro burguês fosse imune às formas de produção vigentes. Em verdade, a manutenção da lógica mercantil, tendo como correlata à lógica jurídica, faz com que a burguesia tenha no direito um instrumento de ação política importante para a manutenção do *status quo*, na medida em que o próprio direito é uma forma do capitalismo.

Enquanto for premente a forma mercantilizada do direito, qualquer teoria civilista, para ficar no tema deste estudo, não poderá sustentar um discurso de proteção à dignidade que não venha considerar o contexto histórico de transubstanciação do *ius civile*, para atender as aspirações burguesas, e o determinismo da economia capitalista na conformação da própria ordem jurídica.

O próprio dano moral, dados os motivos de sua origem atual, segue uma lógica patrimonialista, que é a de pôr preço na dignidade humana quando violada, o que é próprio da concepção burguesa do mundo. A vida cotidiana tem por suporte material a reificação das relações sociais, de tal sorte, que se toma como natural que os agentes reais da produção se sintam perfeitamente à vontade nas formas irracionais próprias do capitalismo, tais como capital/juro, terra/renda, trabalho/salário *etc.*

O que se afirma é que, embora reduzir o ser humano a um dado econômico venha a ser contra a consciência jurídica, isso é feito rotineiramente, também pelo direito, de modo que se torna “natural” a quantificação da “alma” humana, quando tomada por equivalente pecuniário, por ser esse o modo encontrado pela sociedade mercantil de se fazer justiça dentro do sistema capitalista.

Portanto, pensar o ordenamento jurídico que leve em consideração o “ser” e não o “ter” não é possível pelas regras jurídicas que espelham o modo de produção capitalista. É preciso que o próprio capitalismo venha a ser substituído por uma ordem econômica que se referencia, de fato, no homem e não na mercadoria,²²⁶ a fim de que o direito venha a abandonar sua forma mercantil. Se assim não for, tem-se um direito mais “social” e “humano”, mas que é incapaz de verdadeiramente romper com toda a iniquidade proporcionada pelo capitalismo.

²²⁶ No pré-capitalismo tinha-se uma realidade na qual o ser humano era o objetivo da produção, que visava prioritariamente a satisfação de suas necessidades, e não, como agora, em que a economia objetiva a produção em detrimento do homem, com a criação desmedida de necessidades a serem consumidas; nesses termos ocorre porque o “processo de criação de necessidades respeita a seguinte lógica: o consumo põe idealmente o objeto da produção como necessidade; mas quando o consumo se liberta da sua rudeza primitiva e perde o seu caráter imediato, o próprio consumo é mediado pelo objeto, e necessidade que sente deste objeto é criada pela percepção do mesmo” (HADDAD, 2004, p. 45).

REFERÊNCIAS

AGOSTINI, Leonardo. *Autonomia: fundamento da dignidade humana em Kant*. 2009. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2009.

ALEMANHA. Código civil (1896). *Código civil alemão: com todas as modificações nêe posteriormente introduzidas, inclusive as da Lei da Igualdade de Direitos do Homem e da Mulher no Domínio do Direito Civil de 18 de junho de 1957*. Rio de Janeiro: Record, 1960.

ALVES, José Carlos Moreira. *Direito Romano*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990. v. 1.

ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas conseqüências*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1955.

AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. Racionalidade e sistema no civil brasileiro. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, São Paulo, v. 17, n. 63, p. 45-56, 1993.

ANDRADE, André Gustavo Corrêa de. *Dano moral e indenização punitiva: os punitive damages na experiência do common law e na perspectiva do direito brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2009.

ANDRADE, Manuel A. Domingues de. *Teoria geral das obrigações*. 3. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1966.

ANTUNES, Ricardo. *Os sentidos do trabalho: ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho*. São Paulo: Boitempo, 1999.

ARNAUD, Andre-Jean. *Essai d'analyse structurale du code civil français: la règle du jeu dans la paix bourgeoise*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1973.

_____. *La regla del juego en la paz burguesa: ensayo de analisis estructural del codigo civil frances*. Maracaibo, IFD/LUZ, 1978.

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade pessoa humana. *Revista dos Tribunais*, ano 91, v. 797, p. 11-26, mar.2002.

_____. Direito pós-moderno e a codificação. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 94, p. 3-12, 1999.

BARCELLONA, Pietro. *Diritto privato e processo economico*. 2. ed. Napoli: Jovene, 1977.

_____. *El individualismo propietario*. Madrid: Trotta, 1996.

BAUDRILLARD, Jean. *A sociedade de consumo*. Lisboa: Edições 70, 2007.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil commentado por Clóvis Beviláqua*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979. v. 2.

_____. *Em defeza do projecto de codigo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1906.

_____. *Direito das obrigações*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977.

_____. *Teoria geral do direito civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1955.

BIGO, Pierre. *Marxismo e humanismo*. São Paulo: Herder, 1966.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

_____. *Reparação civil por danos morais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

BRANCO, Gerson Luiz Carlos; MARTINS-COSTA, Judith. *Diretrizes teóricas do novo código civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2002.

BRASIL, Ávio. *O dano moral no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto, 1944.

BRASIL. Código Civil (2002). *O novo Código Civil anotado*. *Revista Jurídica*, ano 51, n. 303, jan.2003.

BRASIL. Código Comercial (1850). *Código comercial brasileiro e legislação comercial em vigor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 5 de outubro de 1988. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

BURGUEÑO, Oscar; RODRÍGUEZ, Octavio. Desenvolvimento e cultura: notas sobre o enfoque de Celso Furtado. In: PEREIRA, Luiz C. Bresser (Org.). *A grande esperança em Celso Furtado: ensaios em homenagem aos seus 80 anos*. São Paulo: 34, 2001. p. 77-108.

CAENEGEM, R.C. van. *Uma introdução histórica ao direito privado*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

CAPELLA, Juan Ramón. *Fruto proibido*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

CARVALHO, Orlando de. *A teoria geral da relação jurídica: seu sentido e limites*. Coimbra: Centelha, 1981.

CASABONA, Marcial Barreto. *O princípio do constitucional da solidariedade no direito de família*. 2007. Tese (Doutorado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007.

CASTIEL, Luis David; SANZ-VALERO, Javier. Entre fetichismo e sobrevivência: o artigo científico é uma mercadoria acadêmica? *Cad. Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 23, n. 12, p. 3.041-3.050, dez.2007.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. Responsabilidade civil constitucional. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano 95, n. 348, p. 197-203, 1999.

CHABAS, François; MAZEAUD, Henri et Léon; MAZEAUD, Jean. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile: délictuelle et contractuelle*. 6. ed. Paris: Montchrestien, 1978. t. 3. v. 1.

DANTAS, San Tiago. *Programa de direito civil: aulas proferidas na Faculdade Nacional de Direito (1942-1945)*. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977.

DESAI, Meghnad. *A vingança de Marx: a ressurgência do capitalismo e a morte do socialismo estatal*. São Paulo: Codéx, 2003.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011.

DIAS, Joaquim José de Barros. Direito civil constitucional. *In: LOTUFO, Renan (Coord.). Direito civil constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 14-58.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1983. v. 2.

DOBB, Maurice. *A evolução do capitalismo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1973.

DUARTE, Nelson. *In: PELUSO, Cezar (Coord.). Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. Tamboré: Manole, 2007.

EDELMAN, Bernard. *O direito captado pela fotografia: elementos para uma teoria marxista do direito*. Coimbra: Centelha, 1976.

ENGELS, Friedrich; KAUTSKY, Karl. *O socialismo jurídico*. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2012.

ENGELS, Friedrich; MARX, Karl. *A ideologia alemã*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. *O manifesto comunista*. Porto Alegre: L&PM, 2001.

FACHIN, Luiz Edson. Direito civil e dignidade da pessoa humana: um diálogo constitucional contemporâneo. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano 102, v. 385, p. 113-125, maio/jun.2006.

_____; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. *In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Constituição, direitos fundamentais e direito*, 2003. p. 87-104.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Globo, 2001.

FARIAS, José Fernando de Castro. *A origem do direito de solidariedade*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

FENSTERSEIFER, Nelson Dirceu. *Dano extrapatrimonial e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nau, 2005.

FRANÇA. Código civil (1805). *Código Napoleão ou Código Civil dos franceses: texto integral do código de 1804 com tôdas as modificações nêle posteriormente introduzidas e ainda em vigor e mais as principais leis complementares*. Rio de Janeiro: Record, 1962.

FREITAS, Augusto Teixeira de. *Consolidação das leis civis*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003. v. 1.

FROMM, Erich. *Conceito marxista do homem*. 7. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1979.

FURTADO, Celso. *Formação econômica do Brasil*. 27. ed. São Paulo: Publifolha, 2000.

GARCÍA-PELAYO, Manuel. *As transformações do estado contemporâneo*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

GEDIEL, José Antônio Peres. A irrenunciabilidade a direitos da personalidade pelo trabalhador. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003. p. 151-166.

GODOY, Claudio Luiz Bueno de. *A responsabilidade civil pelo risco da atividade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de direito do trabalho*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1975.

GOMES, Orlando. *Obrigações*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

_____. *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. *Transformações gerais dos direitos das obrigações*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967.

GORENDER, Jacob. Introdução. In: MARX, Karl. *O capital: crítica da economia política: livro primeiro: o processo de produção do capital*. São Paulo: Nova Cultural, 1996. tomo 1. p. 5-66.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988 (interpretação e crítica)*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *O direito posto e o direito pressuposto*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. Pareceres, juristas e apedeutas. *Revista dos Tribunais*, v. 89, n. 777, p. 37-40, jul. 2000.

HADDAD, Fernando. *Trabalho e linguagem*. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2004.

JAPPE, Anselm. *As aventuras da mercadoria: para uma nova crítica do valor*. Lisboa: Antígona, 2006.

JUSTIÇA reage a pedidos infundados. *Valor Econômico*, São Paulo, 26 ago. 2011. Caderno Legislação e Tributos, p. ?.

KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Bauru: Edipro. 2003.

_____. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Lisboa: Edições 70, 2007.

KASHIURA JÚNIOR, Celso Naoto. *Crítica da igualdade jurídica: contribuição ao pensamento jurídico marxista*. São Paulo: Quartier Latin, 2009a.

_____. Duas formas absurdas: uma defesa à especificidade histórica da mercadoria e do sujeito de direito. In: NAVES, Márcio Bilharinho (Org.). *O discreto charme do direito burguês: ensaios sobre Pachukanis*. Campinas: IFCH/UNICAMP, 2009b. p. 117-133.

_____. *Sujeito de direito e capitalismo*. 2012. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

KELLY, John M. *Uma breve história da teoria do direito ocidental*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo, Martins Fontes, 1998.

KERN, Bernd-Rüdiger. A função de satisfação na indenização do dano pessoal: um elemento penal na satisfação do dano? *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 33, p. 9-33, jan./mar.2000.

KIRDEIKAS, João Carlos Vieira. A formação do mercado de trabalho no Brasil: uma análise da legislação sobre locação de serviços no século XIX. *In: XXXI Encontro Nacional de Economia: Porto Seguro: ANPEC, 2003. p. 01-20.*

GALENO, Lacerda. Indenização do dano moral. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 85, v. 728, p. 94-101, jun.1996.

LEMBO, Cláudio. *O futuro da liberdade: estudos e circunstâncias*. São Paulo: Loyola, 1999.

LESSA, Sérgio; TONET, Ivo. *Introdução à filosofia de Marx*. São Paulo: Expressão Popular, 2008.

LIPOVETSKY, Gilles. *A era do vazio: ensaios sobre o individualismo contemporâneo*. Barueri: Manole, 2005.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. A constitucionalização do direito civil brasileiro. *In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008. p. 18-28.

_____. Danos morais e direitos da personalidade. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, ano 49, n. 284, p. 5-17, jun./2001.

LOPES. Miguel Maria de Serpa. *Curso de direito civil: introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos*. 5. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1971.

MARQUES, Edmilson Ferreira. O ser humano da sociedade capitalista na concepção de Erich Fromm. *Revista Espaço Acadêmico*, Maringá, n. 110, p. 23-31. jul.2010.

MARTINEZ, Vinício C. *Estudos de Sociologia*, Araraquara, v.11, n.21, p. 143-159, 2006.

MARX, Karl. *A origem do capital: a acumulação primitiva*. São Paulo: Centauro, 2004a.

_____. *Manuscritos econômico-filosóficos*. São Paulo: Boitempo, 2004b.

_____. *O capital: crítica da economia política: livro primeiro: o processo de produção do capital*. São Paulo: Nova Cultural, 1996. t.1.

_____. *O capital: crítica da economia política: livro primeiro: o processo de produção do capital*. São Paulo: Nova Cultural, 1996. t.2.

_____. Para a crítica da economia política. *In: Os pensadores: Marx*. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

_____. *Prefácio da contribuição para crítica da economia política*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1983.

MASCARO, Alysso Leandro. *Filosofia do direito*. São Paulo: Atlas, 2010.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

MEIRELES, Henrique da Silva Seixas. Marx e o direito civil: para a crítica histórica do “paradigma civilístico”. *Separata do Suplemento ao Boletim XXXV da Faculdade de Direito de Coimbra*, Coimbra, 1990.

MELGARÉ, Plínio. Notas sobre a repersonalização do direito civil. *In: ALMEIDA FILHO, Agassiz; MELGARÉ, Plínio (Org.). Dignidade da pessoa humana: fundamentos e critérios interpretativos*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 150-163.

MELO, Ricardo Galvão de. A idéia de proporcionalidade penal na transição para o Estado liberal-burguês. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, ano 51, n. 317, p. 79-90, out./2003.

MÉSZÁROS, Istiván. *A teoria da alienação em Marx*. São Paulo: Boitempo, 2006.

MIAILLE, Michel. *Introdução crítica ao direito*. 2. ed. Lisboa: Estampa, 1994.

MIROW, M.C. The Code Napoleon: buried but ruling in Latin America. *Denver Journal of International Law and Policy*, Denver, v. 33, n. 2, p.179-188, 2005.

MONREAL, Eduardo Novoa. *O direito como obstáculo à transformação social*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

MONTEIRO, Raphael de Barros *et al.* Das pessoas: arts. 1º a 78º. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2010. v. 1.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Constituição e direito civil: tendências*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 89, v, 779, p. 47-63, set. 2000.

_____. Dano moral: conceito, função, valoração. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 413, p. 361-378, jan./jun. 2011.

_____. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003a.

_____. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: Ingo W. Sarlet. (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003b. p. 105-147.

_____. Risco, solidariedade e responsabilidade objetiva. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 854, p. 11-37, dez. 2006.

MOREIRA, Vital. *A ordem jurídica do capitalismo*. 4. ed. Lisboa: Caminho, 1987.

NAVES, Márcio Bilharinho. *Marxismo e direito: um estudo sobre Pachukanis*. São Paulo: Boitempo, 2008.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Código de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil*. São Paulo: Saraiva, 2003.

NUNES, António José Avelãs. *Uma introdução à economia política*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

NUNES, Claudio Pedrosa. A conciliação da vida familiar e laboral no contexto da preservação da dignidade humana. In: ALMEIDA FILHO, Agassiz; MELGARÉ, Plínio (Org.). *Dignidade da pessoa humana: fundamentos e critérios interpretativos*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. ?

PACHUKANIS, Evgeni B. *Teoria geral do direito e marxismo*. São Paulo: Acadêmica, 1988.

PURKAYASTHA, Prabir. Technology, self-reliance and public domain. *Social Scientist*, v. 31, n. 11/12, p. 86-99, nov./dez.2003.

PAULANI, Leda Maria. A utopia da nação: esperança e desalento. In: PEREIRA, Luiz C. Bresser (Org.). *A grande esperança em Celso Furtado: ensaios em homenagem aos seus 80 anos*. São Paulo: 34, 2001. p. 139-156.

PEIXOTO, Maria Angélica. Para entender a alienação: Marx, Fromm e Marcuse. *Revista Espaço Acadêmico*, Maringá, n. 110, p. 32-40, jul.2010.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. v.1.

_____. *Instituições de direito civil*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. v. 2.

_____. *Instituições de direito civil*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. v. 5.

_____. *Responsabilidade civil*. 8. ed. Forense: Rio de Janeiro, 1998.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do direito civil*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970. t. 1.

_____. *Tratado de direito privado*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. t. 1.

_____. *Tratado de direito privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. t. 22.

_____. *Tratado de direito privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971. t. 26.

_____. *Tratado de direito privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1972. t. 53.

POLANYI, Karl. *A grande transformação: as origens da nossa época*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

RABENHORST, Eduardo Ramalho. O valor do homem e o valor da natureza. In: ALMEIDA FILHO, Agassiz; MELGARÉ, Plínio (Org.). *Dignidade da pessoa humana: fundamentos e critérios interpretativos*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 21-38.

_____. O valor do homem e o valor da natureza: breve reflexão sobre a titularidade dos direitos morais. In: SILVEIRA, Rosa Maria Godoy *et al.* (Org.). *Educação em direitos humanos: fundamentos teórico-metodológicos*. João Pessoa: UFPB, 2007.p. 209-230.

REALE, Miguel. *Temas de direito positivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

_____. *Visão geral do projeto de Código Civil*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=509>>. Acesso em: 31 maio 2008.

RENNER, Karl. *The institutions of private law and their social functions*. London: Routledge & K. Paul, 1949.

RIZZARDO, Arnaldo. *Direito das obrigações: Lei n. 10.406, de 10.01.2002*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense: 2006.

_____. *Parte geral do Código Civil: Lei n. 10.406, de 10.01.2002*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. *Responsabilidade civil: Lei n. 10.406, de 10.01.2002*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*, ano 2, v. 2, n. 2, p. 49-67, 2001.

RODRIGUES, Antônio Coelho. *Projeto de Código Civil brasileiro*. 2. ed. Brasília: Ministério da Justiça, 1980.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil: responsabilidade civil*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 4.

ROXIN, Claus. Que comportamento pode o Estado proibir sob ameaça de pena?: sobre a legitimação das proibições penais. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, ano 52, n. 317, p. 69-81, mar./2004.

- ROUANET, Sérgio Paulo. *As razões do iluminismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 1987.
- SANTOS, J.M. Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado principalmente do ponto de vista prático: direito das obrigações (arts. 1.188-1.264)*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1964. v. XVII.
- SANTOS, Maria José Moutinho. Liberalismo, legislação criminal e codificação. O Código Penal de 1852. Cento e cinquenta anos da sua publicação. *Revista da Faculdade de Letras: História*, Porto, v. 3, p. 97-102, 2002.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- SAVATIER, René. *Traité de la responsabilité civile en droit Français: civil, administratif, professionnel, procédural*. 2 ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1951. t. 2.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- _____. A Dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 212, p. 89-94, abr./jun. 1998.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. Coisa julgada relativa? *Revista Jurídica*, Porto Alegre, ano 52, n. 317, p. 7-18, fev.2004.
- SILVA, Rodrigo Daniel Félix da. Solidarismo: função no ordenamento jurídico pátrio e na interpretação da responsabilidade civil. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, ano 105, v. 406, p. 261-312, nov./dez.2009.
- SILVA, Wilson Melo da. *Responsabilidade sem culpa*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1974.

SMITH, Adam. *A riqueza das nações: investigação sobre sua natureza e suas causas*. São Paulo: Nova Cultural, 1996. v. 1.

SOARES, Alcides Ribeiro. Relações entre direito, sociedade e economia. In: ALVES, Alaôr Caffé et. al. *Direito, sociedade e economia: leituras marxistas*. Barueri: Manole, 2005. p. 3-19.

SOUSA, Mariana Guimarães Borborema de; COMIN, Renata de Paula Puzzilli. Discussão sobre a indenização punitiva no Brasil. *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*, São Paulo, ano 46, n. 147, p. 210-232, jul./set.2007.

SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo Capelo de. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

STUCKA, P. *Direito e luta de classes: teoria geral do direito*. São Paulo: Acadêmica, 1988.

SUÍÇA. Código civil (1907). *Código civil suíço e código federal suíço das obrigações (livro V do código civil)*: com todas as modificações neles posteriormente introduzidas inclusive as revisões do código das obrigações de 1911 e de 1936. Rio de Janeiro: Record, 1961.

SÜSSEKIND, Arnaldo. *Instituições de direito do trabalho*. 20. ed. São Paulo: LTr, 2005. v. 1.

SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

TEPEDINO, Gustavo. O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Problemas de direito civil-constitucional*. Rio de Janeiro, Renovar, 2000. p. 01-16.

TERRA, Ricardo R. *A política tensa: idéia e realidade na filosofia da história de Kant*. São Paulo: Iluminuras, 1995.

TEXTOS hebraico dos salmos. 4. ed. São Paulo: Sêfer, 2007.

VIANNA, Segadas. *Instituições de direito do trabalho*. 20. ed. São Paulo: LTr, 2005. v. 1.

WAMBIER, Josiane de Fátima. O trabalho e a essência humana. *Emancipação*, Ponta Grossa, v. 1, n. 1, p. 71-76, abr.2009.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010.