

### 3

## Comparação dos três ordenamentos examinados e análise dos movimentos de recepção

Relativamente à pertinência da metodologia escolhida para o desenvolvimento do presente trabalho – parecem-nos muito oportunas as observações da professora Ana Lucia de Lyra Tavares, sobre sua pertinência:

“Assinale-se, por um lado, que certas áreas do direito, com destaque para o direito comercial e hoje, em dimensão mais ampla, para o direito econômico, permitem que a comparação atinja, sem dificuldade, um dos seus objetivos utilitários, qual seja o da harmonização normativa, talvez porque como observa o Professor Lorenzo Mossa, o comercial supera as barreiras legislativas, em razão de ele ser mais um direito racional do que um direito nacional.”<sup>99</sup>

Salienta-se que, para a referida autora, o direito comparado não deve ser considerado somente um “instrumento de harmonização ou, como querem alguns mais extremados, de unificação normativa.” Porque como se depreende de tal leitura, o direito comparado auxilia de forma marcante para a identificação dos aspectos “peculiares” de cada sistema jurídico e que apontam para a possibilidade, ou não, dos processos de “transplantes de conceitos, institutos e normas de um sistema para outro”.<sup>100</sup>

São diversos os objetivos e matérias sobre as quais o direito comparado pode se debruçar, dada a versatilidade inerente a sua própria natureza de ciência e método. Dentre tal variedade está a análise dos fenômenos denominados *recepção de direitos* ou de *circulação dos modelos jurídicos*, que serão desenvolvidas neste capítulo com o intuito de compreendê-los e, seguindo a opção doutrinária da orientadora deste trabalho,<sup>101</sup> distingui-los um do outro a fim de identificarmos qual deles se aplica mais adequadamente à matéria da presente dissertação.

---

<sup>99</sup> TAVARES, Ana Lucia de Lyra, *O Papel do Direito Comparado na Globalização*, in: Revista Direito, Estado e Sociedade, nº 16 – jan/jul 2000, Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica - Departamento de Direito, p. 151.

<sup>100</sup> *Ibid*, p. 154.

<sup>101</sup> A professora Ana Lucia de Lyra Tavares defende a diferenciação dos dois mencionados fenômenos no seu artigo: *Nota sobre as dimensões do direito constitucional comparado*, in:

A análise das influências de um sistema jurídico sobre outro é considerada por muitos autores<sup>102</sup> como “um dos mais importantes objetivos ou finalidades do Direito Comparado”,<sup>103</sup> denotando, uma visão do sistema jurídico como não mais “estático” com relação aos demais sistemas, mas “dinâmico” e sempre capaz de sofrer “influências externas”.<sup>104</sup>

As diversas trocas de influências no mundo atual, tão conectado com a velocidade e eficiência das tecnologias, não apenas “encurtam” distâncias geográficas, uma vez que, de fato, aproximam pessoas de continentes distintos com a transmissão de imagens e sons em tempo real, através da comunicação pelos computadores e demais tecnologias, como são de grande contribuição para o conhecimento e compreensão das tão variadas realidades existentes.

E é nesse intenso e veloz intercâmbio de informações que também o direito se tornou uma área ainda mais dinâmica e inevitavelmente permeável às influências externas.

### 3.1

#### Comparação dos três ordenamentos

Neste tópico gostaríamos de ressaltar as principais idéias até aqui desenvolvidas, mas de plano esclarecer que não se busca a obtenção de resultados definitivos ou uniformes, já que o direito comparado não se propõe a tais fins e o tratamento do tema e os sistemas jurídicos dos países analisados (Alemanha, Portugal e Brasil) possuem diferenças relevantes, ainda que todos pertençam ao sistema romano-germânico. As diferenças se dão, entre muitas razões, principalmente, em virtude dos países envolvidos possuírem realidades históricas, sociais, econômicas, políticas e jurídicas bastante distintas.

---

Revista Direito, Estado e Sociedade, n° 14 – jan/jul 1999, Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica - Departamento de Direito, p.89-103. Vide também nota de rodapé n° 9.

<sup>102</sup> DANTAS, Ivo, *A recepção legislativa e os sistemas constitucionais*, in: Brasília a. 40 n.158 abr./jun. 2003, p. 7; YASEB, Otávio. *Considerações sobre a circulação e transferência dos modelos jurídicos*. In: Grau, E. R.

<sup>103</sup> DANTAS, Ivo, *A recepção legislativa e os sistemas constitucionais*, in: Brasília a. 40 n.158 abr./jun. 2003, p. 7.

<sup>104</sup> *Ibid.*, p. 8.

A identificação de denominadores comuns sobre a matéria em análise é, por vezes, inevitável, como se verá a seguir e aprofundado no item seguinte (3.2) sobre recepção de direitos.

Entretanto, o principal objetivo pretendido, a título de comparações, é destacar, através das sínteses comparativas que serão propostas, a seguir, as diferenças mais relevantes e as semelhanças entre os modelos para possibilitar uma compreensão crítica do sistema vigente.

Não desejamos apresentar somente uma sobreposição das realidades jurídicas analisadas, mesmo que quando se compare sistemas que guardam semelhanças entre si, dificilmente se consiga evitar uma aparente sobreposição de conclusões, uma vez que o simples exercício comparativo parece impelir para tal prática. Tentaremos não nos limitar a exposição das informações sobrepostas.

Vale lembrar que as bases normativas e jurisprudenciais selecionadas para o estudo comparativo aqui desenvolvido restringiram-se ao âmbito constitucional e civil. O tema, contudo, encontra respaldo legal também no âmbito administrativo, penal e processual civil e penal. Sendo assim, a síntese comparativa a seguir apresentada é parcial e concerne apenas aos aspectos destacados. Mesmo porque, no direito comparado, as conclusões dificilmente são definitivas. Pois, por mais cuidadosa que seja a pesquisa, o cotejo é feito com base um sistema estrangeiro, um “terreno” que, forçosamente, não se domina na sua totalidade.

Foram selecionadas como variáveis para a comparação dos três sistemas: a) as fontes; b) amplitude de proteção e; c) as formas de proteção dos direitos da personalidade das pessoas jurídicas.

Diante dessas variáveis, é possível concluir que os três sistemas guardam semelhanças e diferenças. Serão enfatizadas, primeiramente e em blocos duplos, as diferenças por serem mais elucidativas.

### **3.1.1**

#### **Brasil e Portugal**

A) 1ª Variável: Fonte normativa

#### A.a. - Fonte constitucional:

Quanto à fonte normativa de proteção, podemos ressaltar que o tema possui respaldo constitucional nos dois sistemas. Entretanto, neste ponto, existe uma diferença relevante: a proteção conferida às pessoas jurídicas no Brasil é decorrência da aplicação, por analogia às pessoas naturais, dos incisos X e XII do artigo 5º da Constituição brasileira, enquanto que, em Portugal, o artigo 12 nº 2, se refere expressamente às pessoas coletivas.

#### A.b. – Fonte civil

Da análise da redação dos artigos dos respectivos códigos civis, foi possível perceber que há uma distinção apenas de redação e as conseqüências interpretativas em muito se assemelham.

O artigo 52 do Código Civil brasileiro optou pela adoção de uma cláusula geral mais aberta, que não especifica e não faz nenhuma restrição expressa às espécies de direitos da personalidade que possuem as pessoas jurídicas, se limitando-se a utilizar “no que couber”.

Já o legislador civil português optou por restringir a aplicação às pessoas coletivas dos direitos da personalidade que sejam “compatíveis”<sup>105</sup> com sua natureza.

#### 2ª Variável: Amplitude

Com relação à amplitude da proteção parece que, ao menos doutrinariamente, existe uma discussão mais voltada ao tema em Portugal, onde se debate, inclusive, a questão da existência ou não de um “direito geral” da personalidade da pessoa jurídica, conforme acima exposto no item.

#### 3ª Variável: Forma de tutela

Pelo fato de os dois países selecionados fazerem parte do mesmo sistema romano-germânico, a forma de tutelar os direitos em questão, tema do presente trabalho, encontra respaldo tanto legal como jurisprudencial em ambos.

---

<sup>105</sup> Vocábulo utilizado na redação do art. 160, nº 2 do Código Civil português.

A diferença mais marcante que se nota da análise dos julgados é que, em Portugal se admite, em grande escala, que a pessoa coletiva possa ser sujeito passivo nos crimes de injúria e difamação.

Na jurisprudência brasileira não se reconhece essa possibilidade, por predominar o entendimento que distingue na pessoa jurídica a honra subjetiva (inerente apenas às pessoas físicas) da honra objetiva e que, de acordo com esta compreensão, sendo a pessoa jurídica uma criação da ordem legal, ela não possui, naturalmente, “a capacidade de sentir emoção e dor, estando por isso desprovida de honra subjetiva e imune à injúria”.<sup>106</sup>

O exame dos dois sistemas jurídicos revela que, embora eles guardem muitas semelhanças em virtude do passado de colonização, da adoção do mesmo idioma, da grande influência exercida pelo direito português no direito brasileiro não houve, entretanto, recepção de direitos<sup>107</sup> quanto à matéria analisada.

Tais sistemas possuem distinções de conseqüências significativas que, uma vez elucidadas, podem despertar maior interesse por parte dos doutrinadores nacionais para fomentar os estudos que, no tocante ao tema em questão, ainda são muito tímidos. Tal objetivo de desenvolvimento do direito pátrio pode ser considerado como uma das grandes contribuições que se viabilizam através do direito comparado.

### 3.1.2

#### **Brasil e Alemanha**

A) 1ª Variável: Fonte normativa

A.a. - Fonte constitucional:

Como apontado no item 2.1.2 supra, a fonte normativa que embasa a aplicação dos direitos da personalidade às pessoas jurídicas, na Alemanha, é o já mencionado preceito constitucional do artigo 19º, n° 3 que enuncia que “os direitos fundamentais se aplicam também as pessoas jurídicas nacionais desde que

---

<sup>106</sup> Conforme o voto do Ministro Relator Ruy Rosado de Aguiar no RESP. 60.033-2 (DJ 27.11.1995, p. 4893), p. 7 deste artigo.

<sup>107</sup> Neste sentido vide também o artigo da professora Ana Lucia de Lyra Tavares, op. cit., p.90.

compatíveis com a sua natureza” o que acaba também abrangendo a determinação do artigo 2º, nº 1, da *Grundgesetz* (Constituição Federal) que, por sua vez, preceitua que “toda a pessoa tem o direito ao livre desenvolvimento de sua personalidade, na medida em que não viole os direitos de outrem, ou atente contra a ordem constitucional ou a lei moral.” Do que se conclui que, pela falta de restrição, tal proteção pode ser plenamente aplicável a pessoa jurídica.

No Brasil, em sede constitucional, como já visto no item anterior, a extensão dos direitos da personalidade às pessoas jurídicas se dá por analogia<sup>108</sup>, não havendo, como no artigo 2º, nº 1, da *Grundgesetz*, menção expressa às pessoas jurídicas.

Neste tópico, há que se chamar atenção para a semelhança da extensão analógica às pessoas jurídicas o preceituado originalmente para as pessoas físicas e, também, para a marcante distinção de menção expressa, na parte dos direitos fundamentais, da proteção às entidades coletivas.

#### A.b. – Fonte civil

No âmbito civil a proteção conferida pela Alemanha, se distingue daquela do Código Civil brasileiro, principalmente, em função da característica genérica do artigo 52, tanto com relação à espécie do direito quanto à forma de resguardá-lo.

O BGB não menciona expressamente a pessoa jurídica no seu § 12 com relação à proteção do nome,<sup>109</sup> mas a aplicação a mesma é ampla e pacificamente conferida pelos intérpretes da norma.

#### 2ª Variável: Amplitude

Com relação a esta variável, a extensão da proteção parece que tanto doutrinariamente quanto na jurisprudência é mais sedimentada e, justificadamente, mais desenvolvida na Alemanha.

---

<sup>108</sup> Vide item 3.1.1 –A.a.

<sup>109</sup> Sobre o §12 do BGB vide o capítulo 2, item 2.1.1, supra, do presente trabalho.

Há bastante tempo se estuda na doutrina alemã a questão da existência (ou não) de um “direito geral” da personalidade da pessoa jurídica o que, aqui no Brasil, ainda não é muito debatido.

Existe doutrina bastante atual que revisita as clássicas problematizando as questões à luz de realidade e necessidades atuais.<sup>110</sup>

### 3ª Variável: Forma de tutela

Uma vez que o Brasil está inserido no sistema romano-germânico, a forma de tutelar os direitos, tema do presente trabalho, encontra grandes semelhanças quanto à tradição de tutela, legal e jurisprudencial em ambos os países.

A diferença mais marcante que se nota da análise da jurisprudência é que, na Alemanha, as decisões são amplamente embasadas na doutrina tradicional interna e que os freqüentes debates são travados a partir das bases doutrinárias do próprio sistema alemão. Quando se busca inspiração de outros sistemas não é como forma de encontrar respostas possíveis, mas apenas para fortalecer a tradição da prática comparativa e consolidar a fundamentação.

Já no Brasil o debate legislativo, jurisprudencial e doutrinário é muito mais recente e carente de fontes nacionais.

### 3.1.3

#### Alemanha e Portugal

##### A) 1ª Variável: Fonte normativa

##### A.a. - Fonte constitucional:

Entre esses dois países, com relação à variável em questão, a semelhança é o destaque que se explica pelo fato que o direito português se inspirou realmente no modelo alemão dos direitos da personalidade.

---

<sup>110</sup> Neste sentido é o trabalho de TOAL, Roland von Lilienfeld. *Das allgemeine Persönlichkeitsrecht juristischer Personen des Zivilsrecht*. Frankfurt am Main: Peter Lang, 2003.

Dáí que a maior sermelhança entre eles é que a proteção constitucional dos direitos da personalidade é conferida, expressamente, às pessoas jurídicas no texto de ambos. Como citado nos itens 2.1.1 e 2.2.1 supra.

#### A.b. – Fonte civil

Como pontuado anteriormente, o Código Civil alemão não menciona expressamente a pessoa jurídica no seu § 12 do BGB (com relação à proteção do nome <sup>111</sup>), mas a aplicação a mesma é ampla e pacificamente conferida pelos intérpretes da norma.

Já o legislador civil português optou por mencionar expressamente a pessoa coletiva, mas conferir de forma genérica a aplicação às mesmas dos direitos da personalidade - aos que sejam “compatíveis” com sua natureza.

#### 2ª Variável: Amplitude

Como se verá também a seguir, uma vez que Portugal recepcionou da Alemanha a tutela do direito geral da personalidade doutrinaria e jurisprudencialmente, existe uma discussão tradicional do tema tanto na Alemanha quanto em Portugal, onde se debate também a existência ou não de um “direito geral” da personalidade da pessoa jurídica, conforme exposto no item 2.2.

#### 3ª Variável: Forma de tutela

Do exame dos casos paradigmáticos apresentados anteriormente, foi possível perceber que, nos dois países em questão, a forma legal e jurisprudencial reflete a amplitude da tutela de “direito geral”, defendida nos dois países.

Pela aplicação da norma ou através do entendimento dos tribunais a forma de tutelar os direitos da personalidade das pessoas jurídicas (e coletivas – segundo direito português) não se restringe aos casos previstos na lei, a jurisprudência busca inovar, respeitando a legalidade através das prerrogativas mais abrangentes

---

<sup>111</sup> Sobre o §12 do BGB vide o capítulo 2, item 2.1.1, supra, do presente trabalho.

características da natureza de um direito geral, sem enumerações e tipificações taxativas e estreitas.

Conclusão parcial:

Como analisado, os sistemas comparados guardam semelhanças importantes entre si, porém possuem distinções decorrentes das peculiaridades de suas respectivas realidades sócio-econômicas e culturais. Isto nos faz reconhecer que, se por um lado, é possível e freqüente a inspiração em modelo jurídico estrangeiro, por outro, a particularidade dos fatores internos que motivaram aquela inspiração torna difícil, quando não impossível, a reprodução desse mesmo modelo.

### 3.2

#### A Recepção

Vale, inicialmente, destacar a nossa opção pelo termo *recepção*, dada a distinção já aludida entre as expressões *recepção de direitos* e *circulação de modelos*. Ressalte-se de início, que a principal diferença entre a *recepção* e a *circulação* é que esta pressupõe uma influência dinâmica de “mão-dupla”, uma influência de um sistema jurídico “A” para um sistema jurídico “B” e de um retorno com acréscimos de influência de “B” para “A”.

A melhor maneira de elucidar a referida distinção que se adota é através da exemplificação de casos relativos ao objeto do presente estudo. No tocante aos direitos da personalidade da pessoa jurídica, nota-se que se trata, mais comumente, de hipóteses de recepção do que circulação de direitos, pois, cada um dos três sistemas analisados apresentou distinções peculiares aos seus sistemas sem que tais diferenças influenciassem ou modificassem marcadamente as formas de tratamento/compreensão da matéria nos respectivos países.

A *recepção de direitos* consiste na incorporação por um sistema jurídico de institutos, regras, princípios, teorias originárias de outro(s) sistema(s) jurídico(s) e que passa(m), total ou parcialmente, voluntária ou impositivamente, a fazer parte do sistema receptor. Traduzindo em palavras simplificadas é uma importação de direitos de um sistema jurídico por outro.

São esclarecedoras as palavras da professora Ana Lucia de Lyra Tavares quanto ao “conceito-chave” *recepção de direitos*:

“Recepção de direitos. A – A expressão recepção de direitos designa de forma genérica, a adoção por um sistema jurídico, de regras, noções e institutos pertencentes a outro sistema. Não há, entretanto, um conceito unívoco, devido à diversidade e à complexidade dos fenômenos que ela recobre. Assim é que para alguns comparatistas e sociólogos do direito as recepções de direito distinguem-se dos empréstimos legislativos na medida em que as primeiras provocam transformações na própria estrutura do sistema, enquanto os últimos restringem seus efeitos à aclimação do instituto ou da norma importada. (Cf. Lévy-Bruhl & PAPACHRISTOS, A. C. *La réception des droits privés étrangers comme phénomène de Sociologie ;Juridique*, Paris LGDJ, 1975, p. 110, nota 4; ANCEL, M. *Utilité et méthodes du droit compare*, Neuchâtel, Ides et Calendes, 1971). Para outros, há ainda que diferenciar estes dois fenômenos dos transplantes jurídicos, que tanto podem designar o deslocamento de direitos provocado pela emigração de povos colonizadores (ver Lévy-Bruhl & PAPACHRISTOS, A. C. *Op. cit.*, p. 32) como abranger as duas denominações anteriores (cf. WATSON, A. *Legal transplants*, Edinburgh, Scottish Academic Press, 1973, p. 94). Significado similar têm as expressões migrações jurídicas e importações de direito empregados por R. Rodière (*Introduction au droit comparé*. Paris, Dalloz, 1979, p. 15).”<sup>112</sup>

Em outro trabalho, prossegue a autora, estabelecendo relevante distinção entre os conceitos da *recepção e circulação de modelos jurídicos*.

“Muitos empregam expressões diferentes para designar o mesmo fenômeno ou a fim de especificar modalidades de sua manifestação, tais como: transplantes legais, importações jurídicas, empréstimos legislativos, etc. Modernamente, esses estudos têm sido divulgados sob a designação de *circulação de modelos jurídicos*. Pensamos, entretanto, que entre as duas expressões há distinções a serem consideradas. Se no conceito de recepção está implícito um movimento de direção única de influências jurídicas, do sistema exportador para o receptor, no de circulação dos modelos jurídicos pressupõe-se que haja, como dissemos em outra ocasião, *um retorno, com elementos novos, às fontes originais de inspiração*.”<sup>113</sup>

#### A) *Formas de recepção*

São duas as principais formas de manifestação quanto às origens do fenômeno da recepção de direito. Ela pode ser decorrente de uma inspiração

<sup>112</sup> Ana Lucia de Lyra Tavares, in "Recepção de direitos", in: Dicionário de Ciências Sociais, Benedicto Silva, coordenação geral, et al., Editora Da Fundação Getulio Vargas, Rio de Janeiro, 1986, pp.1032 e 1033.

<sup>113</sup> Cf. a A. Nota sobre as dimensões do direito constitucional comparado, in: Revista Direito, Estado e Sociedade, n° 14 – jan/jul 1999, Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica - Departamento de Direito, p.94.

voluntária, no intuito de aproximação pacífica e desejada de dois sistemas jurídicos ou pode resultar da imposição de um sistema pelo outro, compulsoriamente.

Diversamente de outros comparatistas, para Papachristos, as causas são o que diferencia o fenômeno da recepção.<sup>114</sup> O autor faz a distinção da nomenclatura geral *recepção* entre *voluntárias* e *involuntárias*. Ele dá como exemplos de *recepções voluntárias*: a) o *renascimento de direitos* - que significa reativar diretamente um determinado sistema jurídico que já teve uma função histórica “e que se sobrepõe aos direitos existentes, de natureza e de estrutura diferentes”, como a volta do direito romano na Alemanha a partir do séc. XV e o ressurgimento do direito romano-bizantino na Grécia do séc. XIX;<sup>115</sup> b) *importação de direitos* que seria a inserção de forma voluntária e lúcida de um ou diversos “códigos estrangeiros contemporâneos”. Casos paradigmáticos sobre o assunto são a recepção pela Turquia do Código Civil Suíço, no ano de 1926, do Japão que depois da revolução Meiji de 1878 recepcionou direitos europeus e, na América Latina a influência do Código Civil Francês. E, por fim, teriam os c) *transplantes ou deslocamento de direitos*, cujas características são a espontaneidade e inconsciência e que dar-se-ia-se iam em decorrência da emigração e que depois passaria a consistir numa atividade consciente e de “verdadeira recepção de direito estrangeiro pelos colonos”.<sup>116</sup>

As recepções de involuntárias, para o mesmo autor, seriam constituídas seja por *imposições de direitos*, nos casos de colonização, seja por *anexação* como o que ocorreu com a Bélgica à França napoleônica.

Partindo dessa classificação dos fenômenos de recepção de Papachristos e tendo-se em mente o objeto de estudo da presente dissertação verifica-se que não houve a recepção de direitos da personalidade jurídica por parte direito brasileiro relativamente ao português, não obstante as influências que o primeiro recebeu do último em numerosos campos. Já no tocante ao direito português, constata-se que houve, na matéria, um transplante do direito alemão.

---

<sup>114</sup> Papachristos *apud* TAVARES, Ana Lucia de Lyra, in *O Estudo das Recepções de Direito*, in Estudos Jurídicos em Homenagem ao Prof. Haroldo Valladão, p. 49.

<sup>115</sup> *Idem.*

<sup>116</sup> *Idem.*

B – *Motivos para a recepção:*

Consideram-se motivos *propícios* à recepção de direitos: a) a necessidade que países em desenvolvimento ou menos desenvolvidos em relação a outros ou mesmo recém independentes têm de buscar inspiração, operar melhorias técnicas ou mesmo estruturar ou reestruturar seus sistemas jurídicos; b) fatores de natureza política, como a reunificação de um país, ou mesmo; c) a condição fragmentada de determinado sistema jurídico, também é considerada motivo que estimula a importação de direitos.

Neste ponto, cabe o esclarecimento de que os fatores acima destacados e que propiciam a recepção de direitos são apenas exemplificativos e que, de fato, não excluem a ocorrência e identificação de outros. Não é comum encontrar a totalidade dos motivos propulsores num mesmo caso de recepção, ainda que se possa identificar a presença de mais de um motivo numa mesma hipótese de recepção.<sup>117</sup>

Fatores mais recentes como a globalização e inovações tecnológicas que impulsionam o intercâmbio de informação e o acesso a realidades muito diversas podem ser consideradas causas contemporâneas propulsoras à recepção de direitos. As ferramentas de pesquisa e consulta atualmente são infinitamente mais avançadas e facilitadas por recursos como a internet que, sem dúvida, tornou mais viável e rápida a obtenção de dados de sistemas jurídicos muito distintos.

Desse padrão geral pôde-se concluir que, normalmente, são países desenvolvidos os maiores exportadores de direitos e alguns como Itália, Inglaterra, França, Alemanha e EUA pela enorme e marcante influência que exercem em diversos países são considerados “mananciais de institutos jurídicos”.

<sup>118</sup> Fatores geográficos, espaciais e tradições históricas devem ser associados para se proceder a um estudo mais completo dos movimentos de recepção.

---

<sup>117</sup> Papachristos *apud* TAVARES, Ana Lucia de Lyra, op. cit., p. 58.

<sup>118</sup> *Ibid.*, p.51.

Naturalmente são muito raras as influências de países em desenvolvimento para os desenvolvidos <sup>119</sup> a título de exportação de direitos.

Para Papachristos <sup>120</sup> são considerados como fatores exemplificativos que estimulam as recepções de direitos (i) interesses políticos como de unificação do país (como ocorreu na Alemanha como a recepção do Direito Romano no séc. XV); (ii) a condição de fragmentação do sistema jurídico; (iii) a influência das “elites intelectuais”, especialmente dos políticos e juristas; (iv) a intenção de alcançar certo ideal de desenvolvimento social e econômico; (v) a existência, por imposição em virtude da colonização, de idioma e patrimônio jurídico comuns, etc.

Fatores inibidores, denominados pelo autor em questão, como *desfavoráveis* foram considerados “i) a existência de um nacionalismo jurídico poderoso; ii) a diversidade lingüística, refletindo realidade sociais distintas; iii) a teoria da “negritude”, nas nações africanas emergentes, etc.” <sup>121</sup>

### C) *Problemas*

Não raro muitos problemas são gerados em virtude da rejeição de um transplante jurídico. É bastante comum que muitos sejam conseqüentes da resistência natural que os indivíduos têm à adoção de um novo modelo, principalmente quando muito acentuadas as diferenças entre os sistemas e distintas as realidades sócio-econômicas e culturais.

A adaptação dos direitos recepcionados feita pelos legisladores, pela construção jurisprudencial e doutrinária tem papel absolutamente relevante no período de transição. O trabalho nessas três esferas será decisivo tanto para a viabilização e aceitação da recepção, ou, de outro lado, para a sua reprovação.

---

<sup>119</sup> Neste sentido, op. cit, p. 52: “Mais raros são os exemplos de exportação de direitos de países em desenvolvimento para os mais avançados. Na verdade, o que ocorre, freqüentemente, é a influência do direito dos primeiros sobre o dos últimos, ao longo de uma convivência mais prolongada, fruto, as mais das vezes, regimes coloniais. Nestes casos, porém, a ação é recíproca provocando o nascimento de sistemas mistos distintos dos ordenamentos primitivos. Entre outros, pode ser evocados, a esse propósito, direitos como o de Porto Rico, o das Filipinas e o da União Sul-Africana.”

<sup>120</sup> *Ibid.*, p. 58.

<sup>121</sup> *Idem.*.

Questão fundamental relativa aos problemas comuns às recepções e que concentra muita atenção dos “sócio-juristas” é a desfiguração jurídica que pode ocorrer com a recepção. Neste sentido, a passagem a seguir é bastante pertinente:

“A longo prazo, porém, é a aculturação jurídica que polariza as atenções dos sócio-juristas. Estudam-na em sua incidência sobre as instituições (transformações nas concepções básicas sobre a família, a propriedade, as formas de contrato) e sobre os indivíduos (que, frequentemente, apresentam alterações no seu próprio entendimento do que seja direito). Salientam, ao lado de contribuições positivas, deturpações que, muitas vezes, levam ao desaparecimento qualidades fundamentais do instituto, as quais, precisamente, haviam motivado a sua importação. Não exclui, porém, este interesse notório pelas aculturações jurídicas, o exame de casos de rejeição do novo instituto que num contexto diverso do de suas origens não corresponde às expectativas que motivaram a sua importação.”<sup>122</sup>

### 3.2.1

#### A recepção na Alemanha

As características da Alemanha no século XIX foram determinantes para propulsionar a recepção de direitos que no país se operou. A Alemanha do tratado de Viena era fragmentada e subdividida em 39 Estados soberanos e a legislação dos mesmos era bastante diversificada.

Alguns exemplos da diversidade da situação dos Estados é que a Prússia dispunha de um corpo normativo que remontava o ano de 1793, mas que, entretanto, não podia ser considerado como um verdadeiro código. A Áustria, por sua vez, após longo período de concepção, possuía um código que entrara em vigor em 1811 e que havia se inspirado “tanto nos modelos romanos quanto nos racionais”, o que acarretara a implantação do método da exegese e que as normas vigentes impuseram até 1848 às universidades.<sup>123</sup> Outros Estados se codificaram no período de 1815-1870, em algumas cidades livres, como Hamburgo, vigorava um direito estatutário, mercantil, em outras um direito não romanístico de tipo escandinavo.

Tal sucinta descrição demonstra que na Alemanha do século XIX estava marcadamente presente um dos fatores que, no tópico “B” do item acima,

<sup>122</sup> *Ibid.*, p. 59.

<sup>123</sup> SACCO, Rodolfo. *Introdução ao Direito Comparado*. Trad. Vera Jacob de Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 278-279.

destacamos como sendo um dos motivos propulsores a recepção de direitos que é a grande fragmentação jurídica do país. Daí, “na falta de outras normas, se aplicava, por efeito da recepção, o direito romano, que era fonte principal em alguns Estados, e fonte subsidiária em quase toda a parte”<sup>124</sup>

Fazia-se necessária uma solução para alcançar o mínimo de coerência para o sistema jurídico alemão. Solução esta que poderia ser obtida pela adoção de trinta e nove pequenas doutrinas provinciais ou pela preferência ao direito romano comum. A doutrina alemã optou pela a solução com a adoção do direito romano, ainda que tivesse havido a exceção temporária da Áustria.

A recepção do direito romano na Alemanha propiciou o que Rodolfo Sacco denominou de “unidade moral de toda a doutrina de expressão alemã”.<sup>125</sup> E, como não havia um legislador dotado de autoridade em todo o país, naturalmente não era possível contar com as contribuições legislativas nem judiciárias (de autoridade regional) para a necessária modernização e adaptações à realidade alemã. Daí a consequência, inevitável, que impeliu à doutrina a tarefa de renovação do direito romano que era objeto de ensino nas universidades e também proposto como alternativa para aplicação.

A tutela civil da personalidade humana no pensamento jurídico alemão foi se formulando, até o advento do Código Civil (BGB), pela *actium injuriarum*<sup>126</sup> romana, mesmo que com marcantes distinções. Especialmente as concernentes à aceitação e medidas das idéias preponderantemente humanistas de um *ius in se ipsum* (direitos fundamentais e próprios da pessoa humana).<sup>127</sup>

<sup>124</sup> *Ibid.*, p. 279.

<sup>125</sup> Prossegue o mencionado autor sobre a recepção do direito romano e a nova direção que: “A doutrina se ocupava de um direito parcialmente aplicável e aplicado, e o via não como simples direito histórico, mas como se vê um direito vigente, que deve ser auxiliado por uma interpretação evolutiva praticamente utilizável.” *Ibid.*, p. 280.

<sup>126</sup> Com relação aos aspectos fundamentais da personalidade, em Roma, a proteção jurídica era dada à pessoa como a *actio iniuriarum*, concedida à vítima de delitos de *injúria*, que poderia ser qualquer agressão física como também, a difamação, a injúria e a violação de domicílio. DIGESTO apud AMARAL, Francisco. *Direito Civil: Introdução*. 4.<sup>a</sup> ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 248.

<sup>127</sup> Sobre a *actium injuriarum* e as distinções alemãs elaboradas do direito romano clássico transcrevemos, a seguir, algumas considerações de Capelo de Sousa, op. cit., p.131: “No direito romano clássico, a *actium injuriarum* protegia, numa primeira fase, a *pessoa* como tal, mais tarde, face ao apuro da sensibilidade jurídica, foi sendo concedida para a proteção da pessoa em certas *relações jurídicas concretas*, o que aliás era facilitado pelo facto de, ao contrário da *lex Cornelia* (que determinava concretamente as suas noções de injúrias), o édito do Pretor definia uma noção de injúria em termos genéricos. Só que os juristas romanos, apesar da extensão gradual e

A *actium injuriarum* romana é mais do que um marco inicial da proteção da personalidade, ela deve ser vista como “um testemunho arqueológico, utilíssimo principalmente por lembrar que em épocas precedentes já tenha existido um valor de tutela do homem – ainda que não todo homem, enquanto tal, mas tão somente o homem-cidadão”<sup>128</sup> e porque influenciou marcantemente distintos sistemas jurídicos.

Ela foi, sem dúvida, também fonte de inspiração para a o desenvolvimento da ciência jurídica alemã que partiu para a elaboração de novas categorias conectadas uma com as outras com relação ao tema dos direitos da personalidade e do direito fundamental.

### 3.2.2

#### A recepção em Portugal

Segundo alerta o conhecido comparatista Léontin-Jean Constantinesco, o estudo de direito comparado, especialmente com relação ao fenômeno da recepção de direitos, que queira se desenvolver de forma adequada deverá levar em conta, necessariamente, o exame dos aspectos sociológicos do fenômeno da recepção. Isto porque, em seu entendimento, a recepção do direito estrangeiro é menos uma aceitação das normas que regem certas relações sociais e mais a adoção de certos ideais sociais que elas, as normas, contém.<sup>129</sup>

Esse pensamento, aparentemente simples, traduz muito bem a natureza complexa e, necessariamente, interdisciplinar dos estudos de recepção de direito.

Sendo assim, para bem compreender as razões ou os *motivos propulsores* que levaram Portugal a recepcionar o modelo alemão dos direitos da personalidade, será necessário pontuar seu contexto social-econômico.

---

considerável que deram à *actium injuriarum*, não cuidaram de pensar em termos sistemáticos o critério distintivo dessa acção face às demais ações, o que a pandectista alemão tentou fazer.”

<sup>128</sup> LEWICKI, Bruno. *A Privacidade da Pessoa Humana na Ambiente de Trabalho*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 40.

<sup>129</sup> Tais idéias no texto original do autor: “Dans ces condition, la réception d’un droit étranger represente moins l’acceptation de la réglementation juridique, de certains rapports sociaux que l’adoption de certains idéaux sociaux, enserrés dans une réglementation juridique.” Léontin-Jean Constantinesco, *Traité de Droit Comparé, Tome II – La méthode comparative*. Paris, Librarie Générale de Droit e de Jurisprudence, 1974, p. 366.

Portugal foi, desde o séc. XV, um país de tradição mercantil, mundialmente conhecido e reconhecido por seu pioneirismo em navegação. Durante muitos anos possuiu a maior frota marítima do mundo, desbravou longínquas rotas marítimas e descobriu um “novo mundo”, entre eles, o Brasil.<sup>130</sup>

As grandes navegações, a intensa atividade comercial que envolveu povos bastante diferentes nas numerosas expedições marítimas, a posição geográfica, entre outros motivos, favoreceu muito o contato dos portugueses com culturas distintas e incentivou a “permeabilidade” de Portugal às novas realidades, às jurídicas e, conseqüentemente, à recepção de direitos.

Portugal, com sua posição geográfica estratégica e favorável ao contato com influências externas, por ter tido durante muitos anos como principal atividade econômica a comercialização de produtos que eram encontrados apenas em mercados longínquos, se caracterizou por formar uma população bastante miscigenada e habituada às interferências estrangeiras.

Recordemos, a esta altura, a observação de Papachristos, acima referida, sobre a importância das causas dos fenômenos de recepção como diferenciadoras das formas de recepção, o que o levou a distinguir as recepções voluntárias das involuntárias. Levando-se em conta algumas características estruturais de Portugal, podemos qualificar como *transplante de direitos* o tipo de recepção que ocorreu em terras lusitanas a respeito do tema em questão, uma vez que “decorrente de uma inspiração voluntária, no intuito de aproximação pacífica e desejada de dois sistemas jurídicos”.<sup>131</sup>

---

<sup>130</sup> Consulta no site, <http://www.suapesquisa.com/grandesnavegacoes/> em 06 de maio de 2010. “Durante os séculos XV e XVI, os europeus, principalmente portugueses e espanhóis, lançaram-se nos oceanos Pacífico, Índico e Atlântico com dois objetivos principais : descobrir uma nova rota marítima para as Índias e encontrar novas terras. Este período ficou conhecido como a Era das Grandes Navegações e Descobrimientos Marítimos. **Pioneirismo português** - Portugal foi o pioneiro nas navegações dos séculos XV e XVI devido a uma série de condições encontradas neste país ibérico. A grande experiência em navegações, principalmente da pesca de bacalhau, ajudou muito Portugal. As caravelas, principal meio de transporte marítimo e comercial do período, eram desenvolvidas com qualidade superior à de outras nações. Portugal contou com uma quantidade significativa de investimentos de capital vindos da burguesia e também da nobreza, interessadas nos lucros que este negócio poderia gerar. Neste país também houve a preocupação com os estudos náuticos, pois os portugueses chegaram a criar até mesmo um centro de estudos: A Escola de Sagres.”

<sup>131</sup> Vide item 3.A, supra.

Acredita-se que o aporte alemão na doutrina dos direitos da personalidade se deu tanto por influência dos Visigodos <sup>132</sup> quanto, em época muito posterior pelo grande prestígio de que até hoje desfrutam os juristas alemães, além do fato da atenção que dedicaram, como também o fizeram os italianos, ao estudo dos direitos da personalidade. Os portugueses foram se inspirar naqueles que haviam se debruçado seriamente ao estudo do tema.

Na esteira de apreciação dos estudos alemães sobre o tema vale reproduzir as observações de Capelo de Souza, com relação à questão da tutela geral da personalidade adotada no sistema português:

“Antes, porém, de analisarmos a questão do conteúdo da personalidade humana civilmente tutelada no nosso actual direito, particularmente face à regra da tutela geral da personalidade instituída pelo artigo 70º do nosso Código Civil vigente, importa, para uma melhor focagem de tal questão, encarar as principais sistematizações jurídicas modernas da personalidade humana num dos ordenamentos jurídicos em que tem sido mais profícuo o aprofundamento do respectivo conteúdo.”

Após tal consideração o primeiro item que segue é “b) As principais sistematizações, no actual ordenamento jurídico alemão, do conteúdo do bem da personalidade humana enquanto objecto de tutela geral”. (grifos nossos) <sup>133</sup>

### 3.2.3

#### A recepção no Brasil

São frequentes no direito brasileiro, especialmente no constitucional, as recepções de direitos. Os motivos são diversos, com destaque à tendência à importação de idéias consideradas oriundas das “elites intelectuais”. Naturalmente

<sup>132</sup> Os **visigodos** ([gótico](#) por 'godos ilustres', mais tarde denominados «godos do oeste» — em alemão *Westgoten* ou *Wisigoten* ou *Terwingen*—, em comparação com os [ostrogodos](#), gótico por 'godos egregios', mais tarde denominados «godos do este» — em alemão *Greutungen* ou *Ostrogoten* ou *Ostgoten*) foram um [povo germânico](#) que penetrou no [Império Romano](#) tardio. Os visigodos foram o ramo ocidental dos povos [godos](#). Após a queda do Império Romano ocidental, os visigodos tiveram um papel importante na Europa durante os 250 anos que seguiram. Os godos, aproveitando a pasividade dos imperadores [romanos](#) com respeito a [Germania](#), estabeleceram-se ali, até que a princípios do século III se instalaram a orlas do [mar Negro](#), na zona de [Crimea](#), de onde foram expulsos pelos [hunos](#) em 376. Para então os godos tinham-se dividido em dois grupos: visigodos e [ostrogodos](#). Conforme o site [http://pt.wikilingue.com/es/Povo\\_visigodo](http://pt.wikilingue.com/es/Povo_visigodo), acesso em 06 de maio de 2010.

<sup>133</sup> Do autor, op. cit., p. 138-139.

o processo histórico e social brasileiro, as condições de, primariamente, colônia de Portugal e atualmente de país em desenvolvimento, reforçam tal propensão.

As influências e inspirações portuguesas na Constituição brasileira foram muitas e freqüentes, especialmente com relação à ordenação das matérias e ao conteúdo dos direitos, em particular dos “dispositivos relativos aos direitos e às garantias fundamentais”.<sup>134</sup>

Entretanto, sobre o tema em questão, devido às relevantes distinções apontadas nas comparações feitas nos itens 3.1.1 e 3.1.2, acima, entre Brasil, Portugal e Alemanha, respectivamente, podemos concluir que, tanto em relação ao tratamento constitucional da matéria em análise, como quanto ao entendimento jurisprudencial, não houve recepção desses direitos em sede constitucional.

Porém, a inovação conferida no artigo 52 do Código Civil brasileiro pela aplicação, “no que couber”, dos direitos da personalidade às pessoas jurídicas, demonstra que a abrangência da norma possui inspiração nos modelos alemães e portugueses quanto à natureza de um direito geral.

Se a inspiração é evidente, a recepção, porém, não se confirma. As decisões jurisprudências reforçam a carência de doutrina nacional com relação a tal debate no nosso ordenamento, inclusive quanto ao reconhecimento e origem da “inovação” legislativa da matéria. Caso fosse constatada a recepção, dentro do contexto atual, certamente essa seria voluntária já que o Brasil é um país independente e soberano.

Os juristas brasileiros valorizam seu potencial e sua capacidade de regular seu próprio ordenamento, sem recorrer, ao menos declaradamente, aos sistemas jurídicos estrangeiros, mesmo que os mesmos continuem a contribuir de forma significativa para a reflexão de muitas matérias.

---

<sup>134</sup> Conforme TAVARES, Ana Lucia de Lyra. *Contribuição do direito comparado às fontes do direito brasileiro*. In Prisma jurídico, São Paulo, v. 5, p. 59-77, 2006.