

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

Heloísa Cardillo Weiszflog

**Pessoa, personalidade e intransmissibilidade dos direitos de personalidade:
proposta para fundamentação da tutela *post mortem***

MESTRADO EM DIREITO

**SÃO PAULO
2016**

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

Heloísa Cardillo Weiszflog

**Pessoa, personalidade e intransmissibilidade dos direitos de personalidade:
proposta para fundamentação da tutela *post mortem***

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada à banca examinadora como exigência parcial à obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração em Efetividade do Direito, na linha de pesquisa Efetividade do Direito Privado e Liberdades Cíveis, no Núcleo de Direito Civil Comparado, pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob a orientação da Professora Doutora Maria Helena Marques Braceiro Daneluzzi.

**SÃO PAULO
2016**

Banca Examinadora

AGRADECIMENTOS

Aos meus amados pais, cujo amor e dedicação à família chegam a comover, servindo de espelho aos que com eles têm o privilégio de conviver.

Ao meu amado marido André, pelo apoio em todos os momentos de minha vida, verdadeiro arrimo no qual sempre encontrarei paz e felicidade.

À minha doce filha Celina, que preenche de vida os meus dias e faz transbordar de amor meu coração.

Às minhas irmãs Fátima e Roberta, com quem o convívio amoroso dá mais cor à minha vida.

À minha querida professora orientadora, Doutora Maria Helena Marques Braceiro Daneluzzi, pela longa trajetória de convívio e amizade, que traz valiosas e inestimáveis lições.

Ao professor Doutor Ives Gandra da Silva Martins, por prontamente ter aceitado o convite para participar desta banca, muito me honrando com sua brilhante presença.

À professora Doutora Rosa Maria de Andrade Nery, pela gentil disponibilidade em me auxiliar neste trabalho, trazendo valiosas ideias e subsídios, sem os quais não seria possível sua conclusão.

À professora Doutora Déborah Regina Lambach Ferreira da Costa, destes presentes com que a vida nos brinda de vez em quando.

Aos meus afetuosos amigos, antigos e novos, pelo apoio que, direta ou indiretamente, prestaram no desenrolar desta jornada.

Por fim, mas nunca por último, a Deus, que me dá forças, auxílio, refúgio e proteção. Agradeço pelo dom da fé, colocando-me, sempre, como instrumento de Sua vontade.

RESUMO

WEISZFLOG, Heloísa Cardillo. Pessoa, personalidade e intransmissibilidade dos direitos de personalidade: proposta para fundamentação da tutela *post mortem*.

O objeto da pesquisa foi o estudo da pessoa, personalidade e, no que se refere aos direitos de personalidade, sua principal característica: a intransmissibilidade. No que se refere à pessoa, partiu-se de uma visão ontológica que, segundo se entende, confere maior robustez ao seu sentido técnico. Assim, concluiu-se que a melhor ótica para descortinar-lhe o sentido é a que lhe confere sentido material, abrigando, em sua matriz, o ser humano e sua inerente dignidade. Sobre a personalidade, seguiu-se a mesma linha de pesquisa e, assim, defendeu-se a ideia de que a personalidade jurídica nada mais é do que a decorrência da personalidade ontológica do ser humano. Deve, portanto, ser avaliada não apenas como atributo jurídico, mas como *quid* axiológico de reconhecimento compulsório pelo ordenamento. Quanto aos direitos de personalidade, foi acentuado o objeto sobre o qual se referem, afirmando-se, ao lado de percuciente doutrina, que não se encontram na pessoa, mas na natureza humana como um todo. Já em relação à intransmissibilidade, houve preocupação no sentido de apresentar seus fundamentos que, conforme será visto, são aqueles mesmos objetos acima referidos e, também, a forma orgânica com que se apresentam os direitos de personalidade em relação ao seu titular. Assim é que, depois de sedimentado o terreno para tratar da tutela *post mortem* de certos direitos da personalidade (ou melhor, de suas emanções), foram reservadas algumas páginas para elucidar como, na prática, ela ocorre. É importante deixar claro que, conforme se depreende desta síntese, o objetivo do trabalho não foi tratar da tutela *post mortem* propriamente dita, muito embora, por uma responsabilidade intelectual, se tenha tentado enfrentar o espinhoso assunto, ofertando uma singela tentativa de conclusão. Nesse sentido, a pessoa, a personalidade e a intransmissibilidade dos direitos de personalidade surgem como proposta de fundamentos idôneos para construção de uma dogmática que vise efetivamente alcançar a complexidade de um tema que envolve, em última análise, o que fica daqueles que já se foram.

Palavras-chave: pessoa – personalidade – conteúdo material – dignidade – intransmissibilidade – direitos de personalidade – eficácia póstuma – fundamentação – proteção – tutela.

ABSTRACT

WEISZFLOG, Heloísa Cardillo. Individual, entity material and entity features' non transferability: proposal for a *post mortem* injunction substantiation

The object of this research was the study of the individual and the entity, when the rights of such personalities are concerned, their main feature: non-transferability. Concerning the individual, the starting point was an ontological view that, according to its understandings, grants more strength to the individual's technical meaning. Thus, it is concluded that the best point of view to reveal such meaning is the one granting the individual material meaning, comprising, in its roots, the human being and their inherent dignity. Regarding the entity feature, the same line of thought was conducted in the research and therefore, the idea defended was that the legal entity is nothing more than the result of the anthropological personality from the human being. It must be evaluated, consequently, not only as a legal trait but also as an axiological *quid* of compulsory recognition by the legal framework. As to the individual's right, the research highlighted the object by which the individual is referred to, stating that such characteristic, together with powerful doctrine, is found not in the person but in the human nature as a whole. With regard to the non-transferability, there was the concern of presenting its fundamentals as they shall be seen; the same as the objects before mentioned, and also the organic format in which we present the entity's rights in relation to the owner. Then, after preparing the basis to handle the concept of *post mortem* injunction relief of certain entities' rights (better yet, its emanations), some pages have been reserved to elaborate on how the practice really takes place. It is vital to clarify that the object of this paper was not to deal with *post mortem* injunction relief itself, although the hard matter was partially dealt, however difficult it may have been, for reasons of intellectual responsibility, offering a simple attempt of achieving a mere conclusion on the subject, as it falls far from this very overview. In sum, the issues of individuals, entities and the non-transferability of rights from these personalities present themselves as a proposal of competent premises for the setting up of a dogma aiming at effectively reaching the complexity of a theme that involves, in the last resort, what remains from those who have passed away.

Key-words: individual – entity – material meaning – dignity – non-transferability – entity feature – post mortem efficiency – substantiation – protection – injunction.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 PESSOA E PERSONALIDADE	10
1.1 Histórico	10
1.2 Considerações sobre ser humano e pessoa.....	20
1.3 Sobre a personalidade.....	34
1.3.1 <i>Personalidade e capacidade</i>	47
1.3.2 <i>Capacidade e legitimação</i>	55
1.4 Início e fim da personalidade	58
1.4.1 <i>Início da personalidade e a situação jurídica do nascituro</i>	58
1.4.2 <i>Fim da personalidade</i>	65
2 DIREITOS DE PERSONALIDADE	72
2.1 Considerações gerais	72
2.2 Direitos de personalidade como situações jurídicas	76
2.3 Fundamentação dos direitos de personalidade	82
2.4 Algumas definições. A definição de Walter Moraes. O direito geral de personalidade	87
2.5 Direitos de personalidade e institutos afins: direitos fundamentais e direitos humanos	95
2.6 Características	100
3 INTRANSMISSIBILIDADE DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE.....	105
3.1 Objeto dos direitos de personalidade	105
3.2 Titularidade e direitos de personalidade: vínculo orgânico	111
3.3 Caráter absoluto da intransmissibilidade dos direitos de personalidade	113
3.4 Caracteres afins: indisponibilidade e irrenunciabilidade	117
3.5 Intransmissibilidade <i>causa mortis</i> dos direitos de personalidade	124
4 ANOTAÇÕES SOBRE A TUTELA <i>POST MORTEM</i> DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE.....	130
4.1 A problemática da tutela <i>post mortem</i> dos direitos de personalidade no Código Civil e na doutrina	130
4.2 Entendimento proposto acerca da tutela <i>post mortem</i> de direitos de personalidade	134
CONCLUSÃO	155
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	165

INTRODUÇÃO

O pensar do operador do Direito é, por vezes, tão amplo, que acaba por tomar caminhos próprios e diferentes dos inicialmente concebidos. É assim que, ao se cogitar de versar sobre tema específico – a intransmissibilidade dos direitos de personalidade e sua tutela *post mortem* – desvelou-se uma fértil trilha, cujos espinhos se procurará aparar.

Assim é que o tópico inaugural – “sobre a pessoa” – apresenta sedutores meandros que, por óbvio, não serão descortinados por inteiro. O objetivo, nessa parte, será apresentar a ontologia de um conceito que, de tão usual, pode passar despercebida pelos estudiosos. Investigar-se-á, assim, o conteúdo axiológico da pessoa que, em última análise, encontra-se no próprio ser humano. O princípio da dignidade humana será trazido ao epicentro da discussão, alocando-se, por assim dizer, de onde nunca deveria ter saído.

Na mesma toada será o desenvolvimento do tópico sobre a personalidade, concebendo-a, em sua gênese, como um valor inarredável do ordenamento.

Também os direitos de personalidade serão perscrutados naquilo que parece mais importante para, a seguir, tratar da intransmissibilidade em si. Nesse ponto, urge esclarecer que se adotará a preposição “de” para a junção gramatical dos vocábulos “direitos” e “personalidade”, de forma a evitar a identificação de tais direitos com a personalidade em si, conforme será exposto no trabalho.

A análise da ideia, no entanto, demandará as construções anteriores – sobre pessoa e personalidade – que conferem o conteúdo necessário ao seu enfrentamento. Conforme será visto, trata-se, a intransmissibilidade, do atributo mais peculiar dos direitos de personalidade, a fundamentar-se na pertinência lógica e titularidade orgânica com que seus objetos relacionam-se com a pessoa.

Concluir-se-á, ao final, sobre a eficácia póstuma de certos direitos da personalidade que, erigidos em torno da dignidade humana, continuam a se manifestar no meio social. O alicerce desta conclusão, no entanto, demandará a boa

apreensão das anteriores análises, em especial no que se refere ao conteúdo ôntico e axiológico das construções sobre pessoa e personalidade.

Ao término do desenvolvimento da ideia aqui proposta, qual seja, de apresentar possíveis fundamentações para uma tutela *post mortem* das emanções da personalidade, sentiu-se a necessidade de mostrar como, na prática, se viabiliza a teoria. Nesse tocante, buscou-se solução hábil a harmonizar as premissas tomadas até então, que residem, repita-se, na pessoa, personalidade e intransmissibilidade dos direitos de personalidade.

O assunto envolve sinuosidades complexas e não se tem a pretensão de, nesta seara, desvendá-las por completo. Certo é que o que se trará aqui serão tão-somente delineamentos de um tema a ser melhor investigado pela doutrina pátria.

1 PESSOA E PERSONALIDADE

1.1 Histórico

Para iniciar o desenvolvimento deste trabalho é imprescindível tratar sobre os aspectos históricos atinentes à concepção da ideia de personalidade e, portanto, de pessoa, assim como dos hoje denominados direitos de personalidade. Afinal, “[...] o estudo do direito não pode deixar de lado a análise da sociedade na sua historicidade local e universal.”¹

É certo que, nos tempos atuais, não é possível dissociar-se da pessoa humana a ideia de personalidade. Não se concebe que alguém, sendo ser humano, possa ser desprovido desse *quid* intrínseco; negá-la significaria, em última análise, desprover o humano de sua humanidade (e, aqui, a expressão pleonástica é proposital, de forma a tornar a ideia o mais expressiva possível). Todavia, nem sempre tão clara indissociabilidade imperou na história das civilizações.

Nos primórdios de Roma, os escravos não eram considerados sujeitos de direito, mas meros objetos². Assim, muito embora fossem seres humanos – e tal constatação prescinde de maiores explicações, bastando, para tal, a mera existência – não lhes era reconhecida personalidade³. Conforme noticia José Serpa de Santa Maria, a concessão de personalidade dependia de certas condições e qualidades do indivíduo, tais como o *status libertatis* (ser um homem livre), o *status civitatis* (não ser um estrangeiro, mas sim ter cidadania romana) e o *status familiae* (ocupar posição definida dentro do seio familiar)⁴. Os que não ostentassem tais qualidades, portanto, não tinham sua personalidade reconhecida pelo ordenamento jurídico então vigente.

¹ TARTUCE, Flávio. *Direito civil, 1: Lei de introdução e parte geral*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2013, p. 139.

² PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. v. 1. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 154.

³ Atente-se ao fato de que se afirma que o que não havia era, grife-se, o reconhecimento da personalidade, e não que careciam de personalidade. Conforme será melhor desenvolvido posteriormente, defende-se a ideia de que a personalidade não é mera atribuição do ordenamento jurídico, mas, antes, um valor ínsito ao homem.

⁴ *Direitos da personalidade e a sistemática civil geral*. 1. ed. São Paulo: Julex Livros, 1987, p. 108.

Nessa época, portanto, grande parte da população romana – composta por escravos e prisioneiros de guerra – não possuía qualquer direito, submetendo-se ao jugo de seus senhores, que sobre eles detinham até mesmo poder de vida e morte.

Há quem afirme a necessidade de rever a afirmação de que os escravos não possuíam personalidade. Para tais pensadores, como Cossio e Robleda, a escravidão deve ser concebida como um período de limitação da liberdade pessoal, mas nunca como negação da personalidade⁵. Trazem como exemplo o fato de que o escravo era responsável pelos atos que praticava, sendo suas obrigações contratuais consideradas obrigações naturais.

No entanto, o tratamento conferido aos escravos à época faz com que se conclua que eram considerados *res*, sendo, assim, desprovidos do reconhecimento de sua personalidade jurídica.

Por mais que, à época, não houvesse o conceito de personalidade, muito menos o desenvolvimento dos direitos que lhe são correlatos, certo é que o poder do senhor sobre seus escravos força à conclusão, sob as lentes atuais, de que eram tratados como meros objetos. E a afirmação segundo a qual “[...] não devemos visualizar a pessoa para o Direito romano segundo nossa concepção atual”⁶, pode levar a sérias distorções teóricas e práticas. Tal assertiva poderia conduzir a um perigoso relativismo, segundo o qual determinados modelos teriam validade, ou não, de acordo com determinada época e cultura. E a dignidade humana – não como conceito técnico-jurídico, mas como ideia mais genérica de respeito e consideração com o indivíduo – deve ter validade atemporal e universal.

Assim, não se tratava de um período de mera limitação de liberdades em relação aos escravos, mas sim de grave violação de tais liberdades, não havendo, à época, a concepção de personalidade como um valor jurídico universal.

No período da República de Roma foi promulgada a Lei das XII Tábuas, representando uma incipiente legislação protetiva, mas conservando, ainda, nítidos traços rudes e bárbaros⁷. Muito embora trouxesse sementes de modernos institutos

⁵ SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 17.

⁶ *Ibidem*, p. 21.

⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. v. 1. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 61.

de Direito Civil e Penal, remanesciam disposições tendentes à coisificação da pessoa, no caso, os escravos. Com vistas a demonstrar a oscilação do diploma quanto ao acautelamento de certos direitos e desprezo de outros, transcreve-se aqui alguns excertos de referido documento, conforme oportuna compilação de Sílvio de Salvo Venosa:

Tábua segunda

DOS JULGAMENTOS E FURTOS

[...]

4. Se o furto ocorre durante o dia e o ladrão é flagrado, que seja fustigado e entregue como escravo à vítima. Se é escravo, que seja fustigado e precipitado do alto da rocha Tarpéia.

Tábua Quarta

DO PÁTRIO PODER E DO CASAMENTO

1. É permitido ao pai matar o filho que nasce disforme, mediante o julgamento de cinco vizinhos;
2. O pai terá sobre os filhos nascidos de casamento legítimo o direito de vida e de morte e o poder de vendê-los.

Tábua Sexta

DO DIREITO DE PROPRIEDADE E DE POSSE

3. A mulher que residiu durante um ano em casa de um homem, como se fora sua esposa, é adquirida por esse homem e cai sob seu poder, salvo se se ausentar da casa por três noites.

Tábua Sétima

DOS DELITOS

1. Se um quadrúpede causa qualquer dano, que seu proprietário indenize o valor desse dano ou abandone o animal ao prejudicado.

[...]

12. Aquele que arrancar ou quebrar um osso a outrem deve ser condenado a uma multa de 800 asses, se o ofendido é livre; e de 150 asses se o ofendido é um escravo.⁸

Nota-se, assim, a presença de sementes de importantes regramentos de direito civil, como a responsabilidade por fato do animal e o dever de indenizar. Ao mesmo tempo, porém, percebe-se a primariedade do diploma, dispondo das mulheres como meros objetos e permitindo que os pais tivessem direito sobre a vida dos filhos. Quanto aos escravos, afigura-se certa evolução no que se refere ao dever de indenizar por aquele que lhe causasse danos físicos, muito embora em valor infinitamente menor do que as hipóteses em que a vítima fosse um homem livre.

⁸*Direito civil*: parte geral, p. 62-69.

Cláudio de Cicco afirma que, segundo Fustel de Coulanges, com a Lei das XII Tábuas, o direito dos indivíduos passou a ser considerado “concessão do Estado”⁹. Não mais se aceitava a lei proveniente do culto de uma família, devendo, assim, ser outorgada pela autoridade estatal¹⁰. Afigura-se, assim, certa evolução, pelo fato de que as normas passaram a adquirir tônica universal, já que o mosaico normativo advindo das variadas normas proclamadas por cada família trazia certa insegurança.

Os direitos de personalidade são uma categoria histórica, cujo desenvolvimento só foi possível a partir da construção da ideia de pessoa. Tal descoberta adveio com o pensamento greco-cristão, conforme acentua José de Oliveira Ascensão: “É a glória da cultura grega. Foi fundamental o contributo dos estoicos, visando destrinçar o homem e a *polis*. Com o cristianismo, esse aspecto tornou-se o primeiro fundamento da nossa civilização.”¹¹

Com efeito, grande parte da construção da dogmática acerca dos direitos de personalidade atribui-se também ao cristianismo, que propugnava, com São Tomás de Aquino – citado por Roxana Cardoso Brasileiro Borges – a valorização da dignidade humana¹².

Costuma-se afirmar que o Direito romano não cuidou da proteção da personalidade de modo sistemático. O que havia, quando muito, eram diplomas que tratavam, isoladamente, de determinados aspectos relacionados à pessoa humana. Entre tais documentos, pode-se destacar a *Lex Aquilia*, que tutelava a integridade física por meio do direito de ação; a *Lex Cornelia*, que protegia o domicílio contra qualquer violação e, finalmente, a *Lex Fabia* e os denominados *interdictum de homine libero exhibendo* e *interdictum de liberis exhibendis*, meios processuais para tutela dos direitos inerentes à personalidade¹³.

⁹ DE CICCO, Cláudio. *História do pensamento jurídico e da filosofia do direito*. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 66.

¹⁰ A força do direito romano era tamanha que, conforme anota Ives Gandra da Silva Martins, sempre que um país era conquistado, conferia-se certa tranquilidade aos seus cidadãos que, ao ganharem a cidadania romana, passavam também a ter o direito de serem protegidos por Roma. (MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Conheça a Constituição: comentários à Constituição brasileira*, v. 1, São Paulo: Manole, 2005, p. 6).

¹¹ *Direito civil: teoria geral*. v. 1: Introdução. As pessoas. Os bens. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 38.

¹² BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Dos direitos da personalidade. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Teoria geral do direito civil*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 244.

¹³ SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*, p. 21.

No período clássico, foi a *actio iniuriarum* – ação de direito pretoriano estudada a fundo por Jhering – o mais remoto embrião do que, mais tarde, seria denominado “direito geral de personalidade”. Conforme afirma Enéas Costa Garcia, a relevância da ação reside no “[...] reconhecimento da proteção que referida ação confere à personalidade como um todo, avançando além do aspecto puramente material”¹⁴.

Ainda sobre a *actio iniuriarum*, ensina San Tiago Dantas que:

Tudo que se fizesse contra o homem, à sua moral, ofensas físicas, ataque à liberdade, ou a qualquer outro atributo pessoal, era *injuria* e o meio de repelir a *Injuria* era a proposição daquela *Actio*.¹⁵

Posteriormente, “[...] a Idade Média lançou as sementes de um conceito moderno de pessoa humana baseado na dignidade e na valorização do indivíduo como pessoa”¹⁶. Pensadores como Boécio, São Tomás de Aquino e São Boaventura, desenvolveram ideias relacionadas à pessoa humana e sua individualidade.

Ocorre, entretanto, que a proteção à pessoa na Era Medieval ocorria de forma incipiente e assistemática. Isso se deu, em grande parte, devido à visão teocêntrica do universo que imperava até então. Foi somente na Idade Moderna – período entre a tomada de Constantinopla pelos turcos, em 1453 e a Revolução Francesa, em 1789 –, com advento do antropocentrismo, que a tutela da pessoa humana passou a se dar de forma mais consistente. Com efeito, leciona Cláudio de Cicco:

A partir da metade do século XIV, começaram a acentuar-se os sintomas de uma transformação na mentalidade dos homens da Europa. A visão teocêntrica do universo cedeu lugar a uma concepção nova, o Antropocentrismo ou Humanismo, em que o homem ocupa o centro de todas as coisas. Essa concepção do universo, ou cosmovisão, conduziu a um novo teor de vida e, conseqüentemente, a novas instituições, que substituíram, por vezes

¹⁴ *Direito geral da personalidade no sistema jurídico brasileiro*. 1. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007, p. 13.

¹⁵ *Programa de direito civil: parte geral*. 4ª tiragem. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979, p. 192.

¹⁶ SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*, p. 22.

violentamente, as antigas. A idade Média findava; começava a Idade Moderna.¹⁷

No decorrer da Idade Moderna verificou-se o fortalecimento da classe social burguesa e o movimento iluminista – substrato intelectual dos movimentos revolucionários do século XVIII – abalou estruturalmente os pilares do Antigo Regime. O homem tornou-se protagonista de suas relações, fazendo uso da razão para tomar seu lugar no mundo.

O grande impulso para a defesa dos direitos individuais e consequente valorização da pessoa humana se deu com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, cujos fundamentos originam-se nas obras de Rousseau, Montesquieu e Voltaire¹⁸. A importância do documento estava em sua universalidade, já que seus preceitos se dirigiam à humanidade como um todo, e não apenas ao cidadão francês. Sobre referidos documentos, leciona Elimar Szaniawski:

A partir dessas Declarações [referindo-se à Declaração de 1789 e também à Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948] passou, a pessoa, a ter garantias de seus direitos fundamentais com a proteção assegurada de sua vida, de sua honra, de sua liberdade, de sua integridade física e psíquica, da igualdade, da intimidade, do segredo etc., nas Constituições e leis dos povos que referendariam e inseririam em suas legislações os mencionados direitos.¹⁹

Aliás, como bem elucida Ives Gandra da Silva Martins, em percuciente estudo sobre os principais modelos constitucionais, – inglês, americano e francês – apresenta-se este último com a tônica de ser o povo o seu destinatário²⁰. Trata-se, assim, de relevante contribuição à ideia de universalização de direitos fundamentais.

Também têm relevância as declarações de direitos norte-americanos, contemporâneas à francesa, a saber: Declaração de Direitos de Virgínia (16 de junho de 1776), Declaração de Independência dos Estados Unidos da América (4 de

¹⁷ *História do pensamento jurídico e da filosofia do direito*, p. 135.

¹⁸ SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*, p. 25.

¹⁹ *Ibidem*, p. 26.

²⁰ *Conheça a Constituição: comentários à Constituição brasileira*. v.1, p. 6.

julho de 1776) e a Constituição dos Estados Unidos da América (17 de setembro de 1787). Todavia, conforme leciona Manoel Gonçalves Ferreira Filho, tais declarações, ao contrário da francesa, “[...] aproximaram-se do modelo inglês²¹, preocupando-se menos com o Homem e seus direitos do que com os direitos tradicionais do cidadão inglês”²².

Muito embora tenha havido a salvaguarda de alguns direitos da pessoa nos estatutos jurídicos da época, não se observou a efetiva tutela material de tais direitos. Assim, a consecução dos ideais igualitários das revoluções liberais circunscreveu-se ao âmbito legislativo – e, ainda assim, de forma incipiente –, carecendo de salvaguarda efetiva, já que a igualdade meramente formal não se mostrou suficiente à real conformação dos anseios revolucionários.

Somente no século XIX é que se vislumbrou efetiva evolução no que se referiu aos direitos de personalidade. No entanto, a construção teórica do tema se deu muito mais em razão do trabalho da doutrina e jurisprudência do que no campo legislativo. Assim:

Pode-se dizer que a doutrina dos direitos da personalidade formou-se e desenvolveu-se além do direito positivo. A doutrina estabeleceu os atributos dos direitos da personalidade em termos genéricos e desenhou o contorno dos variados direitos (honra, imagem, vida privada, etc.). A jurisprudência, firme nos ensinamentos da doutrina e num verdadeiro trabalho de desenvolvimento do direito positivo, fez a construção prática desta teoria, forçando o legislador a acompanhar este desenvolvimento, como é exemplo sintomático o Código Civil brasileiro de 2002.²³

É interessante notar que o Código Civil francês, promulgado em 1804, muito embora de forte feição individualista – e fruto de uma revolução que visava, justamente, consagrar os direitos do homem – não prescreveu uma disciplina

²¹ Conforme acentua Ives Gandra da Silva Martins, a característica marcante do modelo constitucional inglês “é a relação de estabilidade entre o poder e os cidadãos, entre o poder e a sociedade representada pelos barões. Por exemplo, o próprio Princípio da Anualidade, que até hoje se estuda em Direito Tributário – pelo qual deve-se estabelecer na lei, antes do exercício, quais são os recursos necessários ao governo, e qual o montante que pode ficar com a sociedade – foi constituído já na Magna Carta, ou seja, foi estabelecido naquele documento que até hoje os constitucionalistas entendem ser a Constituição dos ingleses.” (*Conheça a Constituição: comentários à Constituição brasileira*. v. 1, p. 6.)

²² FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 20.

²³ GARCIA, Enéas Costa. *Direito geral da personalidade no sistema jurídico brasileiro*, p. 16.

específica para os direitos de personalidade. As grandes inovações trazidas referiam-se a outras searas civilísticas, tais como o direito das sucessões (supressão do direito de primogenitura), direito de família (admissão do divórcio em caso de adultério) e direito das coisas (abolição dos direitos feudais no que se referia à propriedade)²⁴. Os direitos inerentes à personalidade, assim, ficaram à margem da codificação francesa.

Somente após a Segunda Guerra Mundial, sob cenário de assombro com as atrocidades causadas pelos governos totalitários, é que se tomou consciência da necessidade de efetiva consagração dos direitos de personalidade. O valor fundamental passou a ser a dignidade da pessoa humana, princípio que inspirou a Carta de São Francisco, de 1945 (ou Carta das Nações Unidas) e a Declaração Universal dos Direitos do Homem, proclamada em 10 de dezembro de 1948.

Fábio Maria de Mattia considera que a Carta de São Francisco representou a consagração dos direitos de personalidade pelo direito internacional.²⁵

A fim de se evitar o retorno do holocausto da Segunda Guerra, “[...] as constituições, fundadas [...] na dignidade da pessoa humana, assumiram a posição de ponto nuclear da ordem jurídica dos povos, lugar antes ocupado pelo direito civil clássico”²⁶.

A construção da teoria sobre personalidade e direitos de personalidade, portanto, pode ser considerada recente, fruto majoritário de elaborações doutrinárias da segunda metade do século XIX, em especial francesas e germânicas²⁷.

No Brasil, o desenvolvimento da teoria da personalidade e dos direitos correlatos se deu de forma distinta. Conforme assevera Caio Mário da Silva Pereira, “[...] a idéia da concessão da personalidade a todo ser humano vigorou mesmo ao

²⁴ DE CICCIO, Cláudio de. *História do pensamento jurídico e da filosofia do Direito*, p. 213.

²⁵ Direitos da personalidade: aspectos gerais. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, v. 56, out./dez. 1977, p. 248.

²⁶ ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direitos da personalidade: aspectos essenciais*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 49.

²⁷ Como observa Elimar Szaniawski, a teoria geral do direito de personalidade desenvolveu-se precipuamente na Alemanha, a partir das teses de Gierke e Koehler a favor da existência de um único e genérico direito de personalidade. (*Direitos de personalidade e sua tutela*, p. 229-230).

tempo da escravidão negra.”²⁸. Assim, muito embora o regime jurídico atribuído ao escravo não fosse o mesmo vigente para o homem livre, certo é que lhe era reconhecida a personalidade, situação bem diversa da que ocorria nos primórdios de Roma, em que eram equiparados a meros objetos.

No âmbito normativo, os direitos de personalidade não usufruíam da tutela que hoje lhes confere o Código Civil de 2002. O Código Civil de 1916 limitava-se a prescrever, em seu art. 2º, que “[...] todo homem é capaz de direitos e obrigações, na ordem civil”. Com efeito, o Código de Clovis Bevilacqua, distintamente do atual – que tem feição jungida aos valores sociais cunhados pela Constituição de 1988 – era voltado à sociedade da época, agrária, tradicionalista e conservadora²⁹.

No entanto, da leitura do referido art. 2º, já se construía teoria referente à personalidade, conforme leciona Clovis Bevilacqua em seus comentários ao Código Civil de 1916:

Personalidade é a aptidão, reconhecida pela ordem jurídica a alguém, para exercer direitos e contrair obrigações. Todo ser humano é pessoa, porque não há homem excluído da vida jurídica, não há criatura humana que não seja portadora de direitos.³⁰

Nesse ponto, é interessante ressaltar, conforme observa António Menezes Cordeiro, que o Código Civil português de 1867, conhecido como “Código de Seabra”, ao cuidar expressamente dos “direitos originários” (arts. 359 a 368) foi o que, à época (século XIX), maior relevo deu aos hoje consagrados direitos de personalidade³¹.

Ademais, em 1942, durante a Segunda Guerra Mundial, foi promulgado o Código Civil italiano que, ao disciplinar parcialmente a matéria, inovou quanto aos direitos de personalidade e, por isso, serviu de inspiração a codificações posteriores,

²⁸ *Instituições de direito civil*. v. 1, p. 154.

²⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. *Novo curso de direito civil*. v. I: parte geral. 14. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 183.

³⁰ *Código civil dos Estados Unidos do Brasil*. v. 1. 12. ed. Rio de Janeiro: Paulo de Azevedo, 1959, p. 138.

³¹ *Tratado de direito civil*. v. IV: parte geral, pessoas. 3. ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2011, p. 71.

a exemplo do Código Civil português de 1966 (arts. 70 a 81) e do Código Civil brasileiro de 2002 (arts. 11 a 21)³².

No entanto, muito embora a normatização dos direitos de personalidade, em si, tenha ocorrido somente com o Código Civil de 2002, já havia, desde a codificação de 1916, a incipiente noção de personalidade como aptidão conferida a todos os seres humanos. A real mudança da pauta axiológica ocorrida no bojo do atual Código Civil é que permitiu que fosse albergada, em âmbito legislativo, o início da construção brasileira sobre os direitos de personalidade. Conforme leciona Maria Helena Diniz:

Com isso reconhece-se nos direitos da personalidade uma dupla dimensão: a axiológica, pela qual se materializam os valores fundamentais da pessoa, individual ou socialmente considerada, e a objetiva, pela qual consistem em direitos assegurados legal e constitucionalmente, vindo a restringir a atividade dos três poderes, que deverão protegê-los contra quaisquer abusos, solucionando problemas graves que possam advir com o progresso tecnológico, p. ex., conciliando a liberdade individual com a social.³³

O atual Código Civil traz, no Capítulo II, a normatização atinente aos direitos de personalidade. O dispositivo inaugural³⁴ é o ponto de partida para o estudo dos caracteres dos direitos de personalidade, muito embora, como o afirma a doutrina, tratar-se de rol meramente exemplificativo.

A construção da teoria sobre direitos de personalidade não é, entretanto, um fenômeno estanque. É, ao contrário, um processo dinâmico e progressivo, que se altera com o passar do tempo e suas inovações tecnológicas e culturais. Conforme observa Ives Gandra da Silva Martins: “São direitos que terão de ser preservados na Era da Informática, e constituem os direitos à privacidade, intimidade, personalidade, individualidade etc.”³⁵

³² ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direitos da personalidade*, p. 48.

³³ *Curso de direito civil brasileiro*. v. 1. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 133.

³⁴ Reza o art. 11 do Código Civil de 2002: “Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.”

³⁵ *Conheça a Constituição: comentários à Constituição brasileira*. v. 1, p. 7.

É assim que, voltando-se ao parágrafo introdutório deste capítulo, acentua-se a importância de se contextualizar o Direito e seus institutos de acordo com a época, sob pena de, arrimando-se em ótica desgastada, tornar anacrônico aquilo que, em verdade, deve ser resguardado com a máxima efetividade, que são os valores da pessoa e de sua natureza.

1.2 Considerações sobre ser humano e pessoa

A definição do que seja o ser humano e a pessoa é um desafio cognitivo longe de conceber soluções unívocas, havendo tantas concepções quanto os pontos de vista adotados, sejam eles filosóficos, políticos, sociológicos, antropológicos ou jurídicos. Procurar-se-á, aqui, estabelecer premissas técnicas e que possam, tanto quanto possível, conferir objetividade ao trabalho.

Por uma razão de ordem, é imprescindível ressaltar que se está aqui a tratar dos seres humanos e das pessoas físicas. As pessoas jurídicas – criações artificiais fora da ordem biológica – não estão englobadas neste estudo, ainda que possam assemelhar-se àquelas em determinados pontos³⁶.

A palavra “personalidade” assenta raízes no termo *persona*. Rosa Maria de Andrade Nery leciona que tal termo seria o equivalente latino do grego *prosopon*, que se liga à ideia de máscara teatral. A *persona*, assim, seria aquela que representa algo, no caso, “[...] a substância individual (racional e corporal) de que o homem é composto”³⁷.

Silvio de Salvo Venosa acentua que o termo *persona*, para além de significar máscara de teatro, equivale ao próprio papel desempenhado pelos atores nas arenas teatrais. Tal sentido evoluiu e “[...] o termo pessoa passou a representar o

³⁶ É certo que as pessoas jurídicas podem possuir, de acordo com sua natureza, as mesmas atribuições conferidas às pessoas físicas: cf. SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil* (introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos). v. 1. 4. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1957, p. 254.

³⁷ NERY, Rosa Maria de Andrade. *Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 268.

próprio sujeito de direito nas relações jurídicas, como se todos nós fôssemos atores a representar um papel dentro da sociedade.”³⁸

Miguel Maria de Serpa Lopes noticia que, de início, o vocábulo *persona* era empregado indistintamente, referindo-se a qualquer homem. Nesse sentido, os escravos da sociedade romana poderiam ser considerados pessoas. Só mais tarde é que o termo “pessoa” “[...] passou a representar o significado técnico de homem dotado de capacidade”³⁹. Permita-se aqui uma pequena ressalva, para que a ideia de pessoa seja relacionada ao homem dotado de personalidade jurídica que, conforme será visto, não se confunde com capacidade.

A ideia de pessoa é, de acordo com ensinamento de José de Oliveira Ascensão, um elemento pré-legal, isto é, que preexiste logicamente aos axiomas normativos. Segundo ele, “[...] podemos justificadamente dizer que a pessoa é uma realidade pré-legal, embora não seja pré-jurídica”⁴⁰. Apesar de o autor não distinguir entre as expressões, certo é que está a se referir, ao mesmo tempo, ao ser humano e à pessoa.

O que se quer dizer – e é importante frisar este entendimento – é que a preexistência legal refere-se à noção material de pessoa, **coincidente com o ser humano**, portanto. A partir desta realidade material (e pré-legal) é que o Direito passa a valorá-la de acordo com os seus fins. O **ser humano** é prévio à lei, mas sua valoração como **pessoa** é, evidentemente, jurídica. Isso porque é o Direito que transforma o ser em pessoa, por meio da investidura da personalidade. O mesmo autor deixa claro que: “*É necessário não confundir a valoração do objeto com o objeto da valoração. Há estruturas prévias à atribuição normativa.*”⁴¹

O ser humano é a estrutura prévia que se apresenta como objeto da valoração jurídica. A pessoa, por sua vez, é o ser humano já valorado pelo Direito, eis que lhe foi conferida personalidade jurídica, mais à frente estudada. Trata-se, a pessoa, da valoração do objeto prévio, qual seja, o ser humano.

³⁸ *Direito civil* – parte geral, p. 137-138.

³⁹ SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil* (introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos). v. 1, p. 254.

⁴⁰ *Direito civil*, teoria geral (introdução, as pessoas, os bens), p. 36.

⁴¹ *Ibidem*, p. 30.

Diz-se que o homem é o animal racional. Diferencia-se, assim, das demais categorias do reino animal em razão do seu espírito. Enquanto os demais animais compõem-se de corpo físico e instintos, os seres humanos, ao contrário, são substâncias completas, isto é, seres anímicos, dotados de alma. Diogo Costa Gonçalves anota que é a intensidade o traço característico do Homem⁴².

A análise estrutural do ser humano foi feita pelo referido autor e, em apertada síntese, podemos afirmar que:

(i) o Homem possui uma dimensão subsistente (*distinctum subsistens*), isto é se autopossui em toda sua realidade ontológica, marcando-a com selo de singularidade e irrepetibilidade.⁴³

(ii) O Homem possui, além da realidade subsistente, uma nítida dimensão relacional (*distinctum subsistens respectivum*). Assim, não é apenas imanência, mas, também, transcendência.⁴⁴

(iii) O Homem é ser em realização, sendo tal vocação uma das experiências mais constantes e marcantes de sua realidade.⁴⁵

José de Oliveira Ascensão traz alguns caracteres comuns à definição de pessoa⁴⁶. No entanto, como se a considera uma realidade jurídica, entende-se mais coerente relacioná-los à conceituação de ser humano. Assim:

(i) O ser humano impõe-se ao mundo, com consciência, dominando-o. Os animais, ao contrário, formam-se só de instintos, apenas integrando o espaço, sem a este se contrapor.

(ii) O ser humano é dotado de consciência, isto é, possui o dom de se autopossuir. Encontra-se no domínio da racionalidade, tendo capacidade de refletir sobre si mesmo e sobre a realidade que a circunda. Os animais, ao contrário,

⁴² *Pessoa e direitos de personalidade: fundamentação ontológica da tutela*. Coimbra: Almedina, 2008, p. 42.

⁴³ *Ibidem*, p. 40.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 45.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 50.

⁴⁶ *Direito civil, teoria geral (introdução, as pessoas, os bens)*, p. 38-40.

habitam o mundo sem a consciência de que o fazem. Como diz José de Oliveira Ascensão “o animal ouve e vê, sem saber que ouve e vê”⁴⁷.

(iii) O ser humano tem seus fins e os persegue, de forma distinta dos animais, que estão biologicamente condicionados. Isso lhe imprime um traço ético, que ultrapassa, e muito, o aspecto biológico, e lhe confere posição de supremacia dentre os seres vivos.

É interessante notar que, muito embora se esteja aqui considerando a pessoa como realidade jurídica, há quem a considere também, tal qual o ser humano, uma realidade ôntica. Assim, para tal corrente, o ser pessoa seria, antes de tudo, uma realidade que conferiria unidade ao Homem. Como visto, é este composto por diversas nuances – imanência, transcendência e realização – e a ideia de pessoa, nessa concepção, viria, justamente, a dar unidade ontológica à realidade humana. Seria, assim, o radical comum a todos os Homens⁴⁸. Manteremos, no entanto, a ideia de pessoa como estrutura posterior à de ser humano.

A normatividade da ciência jurídica exige que mesmo as figuras mais fluidas da realidade da vida social sejam delineadas com contornos mais rígidos. Pode-se dizer que o Direito confere a tais realidades ônticas a juridicidade necessária ao seu enfrentamento jurídico. Assim, deve-se sempre frisar que “[...] não se parte da regra para a pessoa mas da pessoa para a regra, porque aquela é prévia à valoração positiva”⁴⁹. Ressalte-se que se está aqui a falar do ser humano, este sim prévio à lei.

Rosa Maria de Andrade Nery acentua que “[...] identificar o significado do termo pessoa e definir-lhe o conceito é tarefa vital para a ciência do direito, porque o sistema jurídico convive com a concepção de que os direitos são da pessoa [...]”⁵⁰. Releva, assim, a importância de tecer os principais delineamentos acerca da pessoa – sem a pretensão de esgotar tão fecundo campo de estudo – para o desenvolvimento deste trabalho.

⁴⁷ *Direito civil*, teoria geral (introdução, as pessoas, os bens), p. 38.

⁴⁸ GONÇALVES, Diogo Costa. *Pessoa e direitos de personalidade: fundamentação ontológica da tutela*, p. 60-61.

⁴⁹ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil*, teoria geral (introdução, as pessoas, os bens), p. 36.

⁵⁰ *Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do direito privado*, p. 267.

São de grande valia as ideias de José de Oliveira Ascensão no que concerne à pessoa. O uso de tal expressão, no trabalho do autor português, ora reporta-se ao ser humano ontologicamente considerado, ora refere-se à pessoa propriamente dita, em acepção técnica, ou seja, àquele dotado de personalidade jurídica. Noticiar-se-á o uso de cada uma das acepções conforme o desenrolar da explanação.

Com efeito, a pessoa, para o autor português⁵¹, ocupa três posições fundamentais no mundo jurídico: (i) é o fim do Direito, (ii) fundamento da personalidade jurídica e (iii) sujeito das situações jurídicas. Explanar-se-á brevemente acerca de cada uma destas categorias.

Em relação à primeira posição – pessoa como fim do Direito – pode-se dizer que aqui se está a reportar, em verdade, aos seres humanos. Ora, a pessoa é realidade jurídica e, portanto, não poderia ser, ao mesmo tempo, criação e fundamentação desse mesmo Direito. Somente partindo-se de uma concepção ontológica de pessoa é que se poderia conferir coerência à afirmação. Feita tal observação, passe-se à análise deste primeiro tópico. Acentua José de Oliveira Ascensão que: “A pessoa não é apenas o ator da vida jurídica, é a finalidade desta. Todo o Direito existe para as pessoas, e só por estas se compreende.”⁵²

Certo é que o Direito é construído para as pessoas. Todas as disposições normativas, ainda que tratem sobre animais ou coisas, visam alcançá-las, traçando diretrizes que têm nelas seu fim, precípua ou secundário. Ainda que determinada norma tenha por finalidade principal a defesa dos animais (corretamente, diga-se de passagem), a exemplo do Código de Proteção aos Animais do Estado de São Paulo (Lei estadual nº 11.977, de 25 de agosto de 2005), seu objetivo subjacente refere-se, também, ao homem, cuja relação com os animais alcança até mesmo aspectos psicológicos e afetivos (apego a certo animal de estimação, por exemplo).

Mais fácil ainda é vislumbrar a pessoa como finalidade precípua de determinada norma que trate sobre direito das coisas. Tome-se como exemplo o art. 1301, § 1º, do Código Civil, que estabelece que “[...] as janelas cuja visão não incida sobre a linha divisória, bem como as perpendiculares, não poderão ser abertas a

⁵¹ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil*, teoria geral (introdução, as pessoas, os bens), p. 37-174.

⁵² *Ibidem*, p. 31.

menos de setenta e cinco centímetros.” Ora, é certo que o minucioso dispositivo traz em seu bojo, precipuamente, a tutela da pessoa, mais especificamente no contexto do direito de vizinhança.

Ao encontro de tais conclusões é a afirmação de Miguel Maria de Serpa Lopes, para quem “[...] a noção de pessoa surge, assim, como o suporte indispensável dos fenômenos jurídicos que se localizam nas pessoas, às quais só aproveita”.⁵³

Relevante a lição de Clèmerson Merlin Clève ao tratar da pessoa como o fim do Direito:

[...] o Estado é uma realidade instrumental [...]. Todos os poderes do Estado, ou melhor, todos os órgãos constitucionais, têm por finalidade buscar a plena satisfação dos direitos fundamentais. Quando o Estado se desvia disso ele está, do ponto de vista político, se deslegitimando, e, do ponto de vista jurídico, se desconstitucionalizando.⁵⁴

Afigura-se relevante a constatação de que a fuga à atual premissa – de que o homem é a finalidade precípua do ordenamento – é fator que deslegitima o próprio poder estatal. Assim, mais do que mero desvio de poder, o Estado que não observa os direitos fundamentais da pessoa humana está, além de ferir a Constituição Federal, agindo em desconformidade com seus autênticos fins, tornando-se, assim, autoritário.

A pessoa é, ainda, de acordo com José de Oliveira Ascensão, o fundamento da personalidade jurídica. Importante ressaltar novamente que se está a considerar a pessoa, nesse contexto específico, como sinônimo de ser humano ou, se se preferir, em sua concepção ontológica. É o homem, portanto, o alicerce sobre o qual se sustenta a personalidade. A pessoa, como realidade jurídica é, por isso, posterior, consistente no ser já dotado de personalidade.

⁵³ *Curso de direito civil*. v. 1, p. 256.

⁵⁴ O controle de constitucionalidade e a efetividade dos direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 388.

É relevante trazer à colação as observações de Renan Lotufo acerca das expressões “pessoa” e “ser humano”. Para o autor, andou mal o Código Civil de 2002 ao estabelecer, no art. 1º, em substituição à expressão “ser humano”, constante do Código Civil de 1916, que “[...] toda **pessoa** é capaz de direitos e deveres na ordem civil” (grifo nosso). E acentua o jurista que:

[...] ao tratar o ser humano apenas como pessoa, num sentido genérico e sem especificações, com certeza deixou de observar a indicação constitucional que preza pela pessoa humana como fundamento da ordem jurídica.⁵⁵

Tal observação sustenta-se no fato de que o termo “pessoa” tem, no âmbito jurídico, e em especial no Direito Civil, sentido técnico, que não necessariamente coincide com o de “ser humano”, de acepção mais abrangente, como até agora demonstrado. A pessoa é figura que surge da necessidade de se dar vida jurídica à natureza humana.

Se o homem apresenta-se como fundamento da personalidade – em verdade, da ordem jurídica como um todo – é porque é dotado de respeitabilidade tal que lhe confere superioridade em relação aos demais seres viventes. Tal honorabilidade lhe é assegurada pelo princípio da dignidade humana, verdadeiro fundamento da República brasileira, conforme art. 1º, III, da Constituição Federal.

É o homem, assim, “[...] valor-fonte fundamental do Direito”⁵⁶, ao redor do qual orbitam todos os demais direitos. A dignidade apresenta-se como fundamento “[...] inerente ao ser humano, [...] não é adquirida por meio de ações ou declarações, pois deriva, na atual cultura jurídica ocidental, da simples condição de ser humano”.⁵⁷

⁵⁵ LOTUFO, Renan. *Código civil comentado: parte geral* (arts. 1º a 232). São Paulo: Saraiva, 2003, p. 9-10.

⁵⁶ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006, p. 86.

⁵⁷ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 15-16.

Ives Gandra da Silva Martins salienta que “[...] todo direito é voltado para a dignidade da pessoa humana”⁵⁸. Pode-se dizer, com isso, que o fundamento da personalidade é, mais do que o homem, a própria dignidade humana.

De acordo com Elimar Szaniawski, São Tomás de Aquino chegou a afirmar que pessoa seria aquilo que fosse revestido de dignidade⁵⁹.

Pico della Mirandola, pensador italiano e autor do famoso “Discurso sobre a Dignidade Humana”, ressaltou que:

[...] a nota característica do ser humano, que lhe confere absoluta superioridade em relação a todas as demais criaturas, é a sua liberdade e capacidade de autodeterminação.⁶⁰

Portanto, sendo o ser humano dotado da mais alta dignidade, não poderá o ordenamento descurar de sua natureza⁶¹, negando-lhe a conseqüente valoração como pessoa. Investir de personalidade, por sua vez, é transformar alguém em pessoa, reconhecendo a dignidade que lhe é inerente. Nesse sentido, Rosa Maria de Andrade Nery e Nelson Nery Junior: “Todo homem livre é, por isso, sujeito de direitos e obrigações, é postulado do Direito Natural, fundamental e imprescindível para a compreensão do Direito.”⁶²

Significa, portanto, que a valoração do homem como pessoa é, em verdade, princípio haurido do Direito Natural, não podendo o ordenamento jurídico afastar-se de tal premissa, sob pena de tornar-se ilegítimo. O homem não é mero meio de relações jurídicas, mas seu necessário fundamento. É este, aliás, o cerne das ideias de Immanuel Kant, ao estabelecer o seguinte imperativo prático: “Age de tal maneira que possas usar a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio.”⁶³

⁵⁸ *Conheça a Constituição: comentários à Constituição brasileira*. v. 1, p. 19.

⁵⁹ SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*, p. 23.

⁶⁰ MIRANDOLA, Giovanni Pico della. *A dignidade do homem*. Tradução de Luiz Feracine. 2. ed. Campo Grande: Solivros, 1999.

⁶¹ Composta, como visto, de imanência, transcendência e necessidade de realização pessoal.

⁶² *Instituições de direito civil*. v. I. tomo II: parte geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 1.

⁶³ *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2011, p. 59.

Maria Helena Diniz traz as lições de Kelsen que, por sua vez, defendia a ideia de que a pessoa não seria um indivíduo ou uma comunidade de pessoas, mas sim “[...] a unidade personificada das normas jurídicas que lhe impõem deveres e lhe conferem direitos”⁶⁴. Pessoa, assim, seria mera construção do direito e, portanto, um conceito estritamente formal.

António Menezes Cordeiro, a fim de superar o formalismo resultante da conceituação dogmática da pessoa como o centro de imputação de normas jurídicas, coloca a ideia do ser humano como destinatário destas. Afirma que é o ser humano a matriz dos estudos sobre a pessoa, efetuando, assim, “[...] a síntese forma/substância que permite superar o formalismo”⁶⁵.

Defende-se, assim, a noção material de pessoa, isto é, a ideia de que esta é resultado da valoração da realidade prévia que é o ser humano, não podendo dela afastar-se.

Importante destacar que tal visão material não se confunde com a concepção ontológica de pessoa, acima demonstrada. Para tal teoria, a pessoa não seria uma realidade jurídica, mas, como visto, um radical comum a todos os homens, conferindo-lhes unidade. Entende-se aqui, no entanto, que a pessoa, muito embora se erija como realidade jurídica, tem por supedâneo o ser humano ontologicamente considerado.

A noção material de pessoa, que se contrapõe à visão kelseniana, está, portanto, intimamente ligada com a de dignidade, que não admite concepções meramente formais ou tecnicistas. Tal conteúdo desenvolveu-se ao longo dos séculos, já que a noção de pessoa que se tem hoje é bem distinta daquela que preponderou nos primórdios de nossos tempos. Rosa Maria de Andrade Nery aponta que:

O conceito de pessoa foi criado ao longo dos séculos, mas o valor e a dignidade da pessoa, como hoje os concebemos, não eram conhecidos do homem antigo. O homem antigo não tem a dimensão

⁶⁴ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. v.1, p. 130.

⁶⁵ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*. v. IV: parte geral, pessoas, p. 31.

do futuro, nem conhece a dignidade irrepetível da pessoa, sujeito histórico único e singular.⁶⁶

Frise-se que as observações até aqui ventiladas – pessoa enquanto fim do Direito e como fundamento da personalidade jurídica – referem-se ao Homem, genericamente considerado. O sentido técnico de pessoa – como efetiva categoria jurídica – está em sua contextualização como sujeito de situações jurídicas, cuja análise aqui se inicia.

Por uma razão de ordem, é importante ressaltar que, juntamente com José de Oliveira Ascensão, prefere-se a expressão “sujeito de situações jurídicas” a “sujeito de direitos”⁶⁷. Isso porque a segunda terminologia identifica a pessoa tão-somente como o polo ativo das relações jurídicas. Em verdade, a pessoa pode figurar em ambos os lados, ora como sujeito de direitos, ora como detentora de deveres; assim, sinteticamente, é sujeito de direitos e de obrigações. Nesse sentido, Miguel Maria de Serpa Lopes:

Identificar a noção de pessoa com a de sujeito de direito, importa em desconhecer o lado passivo da qualidade de pessoa, que não é somente sujeito de direitos mas igualmente de deveres. Além disso, importaria em se negar a qualidade de pessoa ao indivíduo que não possuísse bens.⁶⁸

Na mesma toada, José de Oliveira Ascensão:

A pessoa é então o titular de situações jurídicas, podendo estender-se esta noção de titularidade até à condição de sujeito passivo de uma situação jurídica. A pessoa é nesse caso titular passiva de uma situação – uma obrigação, por exemplo.⁶⁹

Portanto, considera-se a primeira expressão – sujeito de situações jurídicas – mais expressiva do real posicionamento da pessoa no âmbito jurídico.

⁶⁶ *Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do direito privado*, p. 269.

⁶⁷ *Direito civil*, teoria geral (introdução, as pessoas, os bens), p. 109.

⁶⁸ *Curso de direito civil*. v. 1, p. 258.

⁶⁹ *Op. cit.*, p. 109.

Ademais, é importante salientar, em apertada síntese, a importância da nomenclatura “situação jurídica” em contraposição ao que se denomina “relação jurídica”.

A expressão “relação” reduz o fenômeno jurídico ao aspecto intersubjetivo, como se todas as estruturas do Direito demandassem dois ou mais sujeitos para sua conformação. Ao reduzir o estudo do Direito ao fenômeno relacional, descarta-se da realidade vivenciada singularmente pelo sujeito. Assim, ainda que o liame entre as situações jurídicas se desvele no âmbito das relações jurídicas, devem estas ser tomadas não como fim, mas como meio de desenvolvimento do fenômeno jurídico. Giuseppe Lumia elucida:

A situação jurídica subjetiva é a posição que todo sujeito ocupa no contexto da relação jurídica: ela se estabelece normalmente entre dois sujeitos, dos quais um tem o dever de comportar-se de um certo modo e o outro tem um poder em relação ao primeiro para que ele se comporte daquele modo.⁷⁰

A percepção das situações jurídicas confere efetiva relevância a determinadas contingências vivenciadas pelos sujeitos que podem ser denominadas não relacionais, tais como os poderes, deveres e faculdades⁷¹. Com efeito, não se pode dizer que o poder que possui o proprietário de dispor da coisa que lhe pertence tem feição relacional⁷². Trata-se, em verdade, do que se denomina situação jurídica absoluta, eis que prescinde da pluralidade de sujeitos. São situações que se estruturam com a tão-só existência de um sujeito, qual seja, o próprio titular do direito aventado. Rosa Maria de Andrade Nery traz como exemplo o direito ao silêncio, que configura situação não relacional, distinta de uma relação intersubjetiva⁷³.

Ao lado de tais configurações jurídicas, há as que se apresentam como situações relacionais. Trata-se das relações jurídicas propriamente ditas, bastante comuns no direito das obrigações, que se estrutura, basicamente, por meio da

⁷⁰ *Elementos de teoria e ideologia do direito*. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 104-105.

⁷¹ NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. *Instituições de direito civil*. v. I. tomo I: teoria geral do direito privado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 352.

⁷² Os próprios direitos da personalidade, como será visto adiante, configuram-se como situações jurídicas.

⁷³ *Instituições de direito civil*. v. I. tomo I: teoria geral do direito privado, p. 344.

dinâmica entre direitos ostentados pelo credor e obrigações a serem adimplidas pelo devedor.

O enfrentamento do Direito com base nas situações jurídicas permite uma visão ampliada, afastando-se do raciocínio tradicional “[...] em torno da realidade de que o Direito é uma ciência relacional, de sujeitos com outros sujeitos, a partir de cujas relações jurídicas o direito se realiza. Supõe que todo ato, ou ação, seja imediatamente relacional com outro sujeito”⁷⁴. O tripé estrutural do Direito assenta-se nas mais variadas posições jurídicas do sujeito, ora isoladamente, ora conjuntamente ou em contraposição com seus pares.

O sujeito de situações jurídicas, por sua vez, é a própria pessoa, ou seja, o ser humano dotado de personalidade. Tal análise cumpre à teoria geral do direito privado, que cuida daquele que figura como autor, e não como mero ator de seus atos⁷⁵. É a contextualização do homem como pessoa, ou seja, como titular de posições jurídicas. É, assim, mister sua individualização, para que bem se defina aquele que, senhor de suas ações, titulariza direitos e contrai obrigações. A individualização do sujeito se dá, de acordo com Rosa Maria de Andrade Nery, por meio da capacidade, *status* (individual, familiar e social), fama, nome e domicílio⁷⁶.

Tal ideia traz em seu bojo a análise da personalidade jurídica. Afinal, como é sabido, a personalidade é o *quid* que transforma algo em pessoa⁷⁷, ou seja, em sujeito de situações jurídicas. Trabalhar-se-á, adiante, de forma mais detida, a personalidade.

Como observação final, importa deixar claro que as considerações aqui tecidas manifestam o plano valorativo do Direito. Isso porque, ao dar juridicidade a uma realidade pessoal, transformando o ser humano em pessoa, o ordenamento vale-se de conteúdo ético inarredável. Com efeito, é só por meio da categoria de

⁷⁴ NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. *Instituições de direito civil*. v. I. tomo I: teoria geral do direito privado, p. 352.

⁷⁵ NERY, Rosa Maria de Andrade. *Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do direito privado*, p. 273.

⁷⁶ *Instituições de Direito Civil*. v. I. tomo II: parte geral, p. 13.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 13.

pessoa que a “[...] realização da análise estrutural do Homem”⁷⁸ poderá ocorrer no âmbito do Direito.

A essencialidade do ser pessoa decorre da natureza humana. O ordenamento jurídico, ciente desta realidade, confere vida jurídica a tal natureza, personificando os seres humanos desde a concepção⁷⁹. Sempre que tomada a figura técnica de pessoa, ter-se-á por supedâneo o ser humano ontologicamente considerado e, portanto, prévio a qualquer qualificação jurídica.

É o ordenamento jurídico que, por meio da investidura de personalidade, tornará alguém pessoa. No entanto, não se trata de livre atribuição do ordenamento, que a conferiria arbitrariamente. **Se há ser humano, haverá pessoa.** Conclusão diversa poderia levar a resultados teratológicos, permitindo que sistemas políticos totalitários tivessem liberdade de escolher quais seriam os investidos de personalidade – e portanto, dotados da qualidade pessoa – excluindo aqueles que não fossem úteis aos seus interesses.

Paulo Mota Pinto reconhece a longa jornada até se chegar ao postulado personalista que reconhece a dignidade de pessoa a todos os homens. Ainda, alça tal reconhecimento como um dos marcos de avaliação do progresso moral da espécie humana. Esclarece, ainda, que:

O reconhecimento a todo ser humano do valor de pessoa é hoje um verdadeiro postulado axiológico do jurídico, que não deve sofrer contestação relevante, pelo menos ao nível das proclamações.⁸⁰

Nesse mesmo sentido, Pontes de Miranda:

O ser pessoa é fato jurídico: com o nascimento, o ser humano entra no mundo jurídico, como elemento do suporte fáctico em que nascer é o núcleo. Esse fato jurídico tem a sua irradiação de eficácia.
A civilização contemporânea assegurou aos que nela nasceram

⁷⁸ GONÇALVES, Diogo Costa. *Pessoa e direitos de personalidade: fundamentação ontológica da tutela*, p. 88.

⁷⁹ É decorrência da teoria concepcionista que, conforme será visto, pode ser entendida como adotada no ordenamento civil, segundo recente entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

⁸⁰ PINTO, Paulo Mota. Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e os direitos de personalidade no direito português. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 61.

o serem pessoas e ter o fato jurídico do nascimento efeitos da mais alta significação.⁸¹ (grifos nossos)

A pessoa é, em última análise, a valoração jurídica do ser humano. Este, no entanto, é realidade prévia e inarredável, não podendo o ordenamento dele se afastar. É a dignidade da pessoa humana que impõe seja esta tecnicamente valorada como tal, a fim de que figure no mundo do Direito como sujeito de direitos e de obrigações. A pessoa, assim, “[...] não é categoria meramente formal”⁸², mas essencialmente material. Isso porque traz em sua tessitura a ideia de ser humano, que é imposição ontológica de nosso sistema. Nesse ponto, leciona Miguel Maria de Serpa Lopes: “No Direito moderno, é ponto indiscutível que todo homem, como tal, é pessoa, ou sujeito de direito [...]”⁸³.

Diz-se que se trata de concepção do direito moderno em razão de que na sociedade romana, como já visto, nem todo homem era considerado sujeito de direitos (pessoa). Além da qualidade de ser homem, deveriam estar presentes outras condições, “como o ser livre (*status libertatis*) e, quanto às relações *iuris civilis*, ser cidadão (*status civitatis*)”⁸⁴.

São relevantes as lições de Pietro Perlingieri no que se refere ao *status personae*. Ao contrário do que pode sugerir tal *nomem iuris*, o conteúdo de tal *status* refere-se, em verdade, ao estado do homem. Tal estado é contemporâneo à concepção e formação da pessoa, não se identificando com a personalidade e capacidade que se lhe são reconhecidas com o nascimento. Assim:

Em uma primeira e fundamental aceção, o status se configura como estado do homem relevante em si: valor primário e unidade de direitos e deveres fundamentais [...] **O status personae exprime a posição jurídica unitária e complexa do homem em uma determinada sociedade, adquirida desde o momento da sua existência como valor humano.**⁸⁵ (grifos nossos)

⁸¹ *Tratado de direito civil*, parte geral, tomo I, Introdução. Pessoas físicas e jurídicas. 4. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1954, p. 154.

⁸² ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil*, teoria geral (introdução, as pessoas, os bens), p. 58.

⁸³ *Curso de direito civil*. v. 1, p. 254.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 254.

⁸⁵ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 134.

O *status personae*, continua o jurista italiano, exprime um ser, sendo representativo da pessoa como ser humano, frise-se. Nesse sentido:

Como situação, exprime a condição global da pessoa configurada em um momento histórico do seu desenvolvimento e, à diferença da capacidade – aptidão à titularidade e, portanto, forma neutra da subjetividade –, representa **a configuração subjetiva de um valor [...]**⁸⁶ (grifos nossos)

Tem-se, assim, o *status personae* como a essência do ser, o conteúdo inviolável, permanente e comum a todos os integrantes da espécie humana.

A noção de pessoa não é, portanto, uma simplista criação do Direito, mas verdadeiro perfilhamento de realidade prévia, valorando-a e tornando-a jurídica. Miguel Maria de Serpa Lopes, nesse exato sentido, ensina que: “[...] o homem, por ser tal e por implicar um fim em si mesmo, tem a qualidade de pessoa no sentido jurídico.”⁸⁷

Portanto, o ordenamento jurídico, ao conferir personalidade a alguém, tornando-o pessoa, nada mais faz do que reconhecer uma categoria ôntica prévia, que é o ser humano. A lei apenas constata a preexistência do ser humano e confere a ele nova feição – jurídica – a fim de que se torne apto a exercer suas naturais potencialidades no mundo jurídico⁸⁸.

1.3 Sobre a personalidade

De tudo o que foi exposto até aqui pode-se inferir, em linhas genéricas, que a personalidade é aquilo que se liga ao homem e que a ele é inerente. A

⁸⁶ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito divil*, p. 135.

⁸⁷ *Curso de direito civil*. v. 1, p. 256.

⁸⁸ Nesse ponto, pode-se afirmar que as premissas aqui decalcadas assentam-se no reconhecimento de uma ordem natural. Apoia-se, assim, no jusnaturalismo de John Locke, segundo o qual a existência da lei natural seria descoberta pelos homens por meio dos sentidos e da razão. Assim, detendo o saber por tais meios, o homem torna-se apto a conhecer a ordenação da vontade divina, reconhecível pelo esplendor da natureza que, por si mesma, ordena ou proíbe (BOBBIO, Norberto. *Locke e o direito natural*. Tradução de Sergio Barth e Janete Melasso Garcia. 2. ed. Brasília: Unb, 1998).

personalidade só existe nos homens e todos os homens têm personalidade. São conceitos que se inter-relacionam, remetendo-se reciprocamente.

Para uma satisfatória introdução ao tema, traçar-se-ão aqui alguns delineamentos relevantes acerca da personalidade.

É importante salientar que a personalidade jurídica assenta raízes na personalidade psíquica, no sentido de que aquela só se justifica em razão da existência prévia de alguém com substancialidade própria – física e espiritual – o que conforma sua individualidade.

A personalidade humana – conceito ôntico extremamente complexo e estruturado – possui nítido substrato biopsicológico, em relação ao qual se debruçam os estudiosos da mente humana. Seguem algumas ideias sob este prisma, compiladas por Walter Moraes⁸⁹:

Para Willian Stern, a “personalidade é uma pauta unitária e significativa de vida que permite estabelecer a introcepção.” H. Murray define-a como “a organização de todos os processos cerebrais em atividade.” K. Schneider considera-a como “a totalidade do sentir e do querer vital.” Para D. Katz, é “o resultado do ajuste das necessidades biológicas a barreiras sociais”. Watson afirma que é “o produto final do sistema de hábitos”. Churchstone define-a como “a integrante dos fatores psíquicos”. Carmichael concebe-a como “a organização total do ser humano em qualquer fase de seu desenvolvimento”.

Ainda, K. Jaspers descreve-a como “o conjunto de relações compreensivas entre os estados psíquicos no que têm de particular em cada indivíduo”. Mc Dougall estabelece-a como “a síntese de todos os traços e funções em sua interpelação dinâmica”. K. Menninger opina que é “a integrante da individualidade psíquica”. Churchman sustenta que é “a medida das ineficiências típicas”. Eisenk considera-a como “a soma total das pautas atuais e potenciais de conduta do organismo, determinadas pela herança e pelo meio”.

⁸⁹ Concepção tomista de pessoa - um contributo para a teoria do direito da personalidade. *Revista de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 2, abr./jun. 2000, p. 821.

Muito embora a maior parte dos conceitos psicológicos e psicanalíticos aqui trazidos sejam de complexa apreensão pelos operadores do Direito, sua utilidade está em demonstrar que o estudo da personalidade não é singelo, como à primeira vista poderia parecer. Muito ao contrário, embora o Direito carimbe com selo próprio os institutos de que cuida, há de se ter em mente que muitos deles não são meras criações jurídicas, mas conceitos prévios e, não raro, de complexidade ímpar.

Na mesma esteira, Gordon Allport, célebre professor de estudos sobre a personalidade – citado por Walter Moraes –, critica as concepções puramente psicológicas, que reduzem o homem a um ser em observação sob condições controladas. Referido professor, segundo se entende, não aceita que o homem seja tomado apenas em seu aspecto intelectual, desconsiderando o aspecto dinâmico do fenômeno da personalidade. Assim, afirma que:

[...] uma concepção exclusivamente psicológica da natureza humana é um sonho vão. É preciso conhecer também sua natureza metafísica e seu lugar no plano cósmico. A sabedoria antiga – prossegue –, tanto filosófica quanto teológica, deveria ser consultada e incorporada, se não quisermos lidar com superficialidades complexas.⁹⁰

Também há, subjacente à ideia de personalidade, um substrato ético-filosófico, que distingue entre personalidade física e personalidade moral. Isso nos remete às lições de Rosa Maria de Andrade Nery⁹¹, que apresenta os conceitos de *Leib* e *Korper*, advindos da língua germânica.

Em síntese, podemos dizer que *Leib* aproxima-se da ideia de natureza humana, transcendendo o mero ser tomado individualmente. Assim, o homem é o *Leib*, ou seja, é formado pela substancialidade material – que se refere aos bens ligados à realidade física, tais como vida e integridade física – e por um substrato mais etéreo e transcendente, relacionado à sua existência moral, liberdade e honra. No entanto, muito embora a dualidade física e moral, a sintetização do homem se dá pelo caráter unitário de sua natureza, apresentando-se como “[...] um corpo em sua

⁹⁰ MORAES, Walter. *Concepção tomista de pessoa* – um contributo para a teoria do direito da personalidade, p. 821.

⁹¹ *Instituições de direito civil*. v. I. tomo II. parte geral, p. 4-6.

inteireza psicossomática, em sua dramática e transcendental caminhada para a eternidade”⁹².

O reconhecimento e estudo da personalidade, portanto, deve levar em conta a complexidade ínsita ao seu conteúdo, a partir da qual deverá debruçar-se o jurista.

Trar-se-ão, agora, alguns conceitos doutrinários sobre personalidade, já sob as lentes do Direito e, assim, sob viés técnico-jurídico.

Para Adriano de Cupis – jurista italiano que muito influenciou a doutrina brasileira sobre personalidade e direitos de personalidade – “[...] é aquela uma suscetibilidade de ser titular de direitos e obrigações jurídicas”⁹³.

Maria Helena Diniz leciona que: “Liga-se à pessoa a ideia de personalidade, que exprime a aptidão genérica para adquirir direitos e contrair obrigações.”⁹⁴

José de Oliveira Ascensão, por seu turno, afirma que: “A personalidade jurídica traduz-se em qualquer hipótese pela suscetibilidade de se ser titular de situações jurídicas.”⁹⁵

Clovis Bevilacqua define personalidade como “[...] a aptidão, reconhecida pela ordem jurídica a alguém, para exercer direitos e contrair obrigações.”⁹⁶ Sílvio Rodrigues critica tal definição, afirmando que seria mais exato definir personalidade como a aptidão para “[...] adquirir direitos e assumir obrigações”⁹⁷. Isso porque, continua, a aptidão para **adquirir** direitos é que possui caráter de universalidade, sendo comum a todos os homens, ao passo que a aptidão para **exercer** direitos pode sofrer restrições ligadas à capacidade do sujeito⁹⁸.

⁹² NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. *Instituições de direito civil*. v. I. tomo II. parte geral, p. 5.

⁹³ *Os direitos da personalidade*. Tradução de Adriano Vera Jardim e Antonio Miguel Caeiro. Lisboa: Livraria Morais Editora, 1961, p. 13.

⁹⁴ *Curso de direito civil brasileiro*. v. 1, p. 130.

⁹⁵ *Direito civil*, teoria geral (introdução, as pessoas, os bens), p. 109.

⁹⁶ *Código civil dos Estados Unidos do Brasil*, p. 138.

⁹⁷ *Direito civil*. v. 1, parte geral. 30. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 37.

⁹⁸ Trata-se da questão acerca de capacidade de gozo e capacidade de exercício, mais tarde desenvolvida.

Para Walter Moraes, personalidade é a “[...] aptidão para ser sujeito de direito”⁹⁹ ou, ainda, “[...] o *quid* que faz com que algo seja pessoa.”¹⁰⁰.

Sílvio de Salvo Venosa leciona que: “A personalidade jurídica é projeção da personalidade íntima, psíquica de cada um; é projeção social da personalidade psíquica, com consequências jurídicas.”¹⁰¹.

Pois bem. Observe-se que alguns conceitos de personalidade aqui versados em grande parte coincidem com a noção de capacidade de direito. No entanto, o que se quer propor é um conceito mais abrangente e universal de personalidade. Muito embora a capacidade de direito advenha da personalidade, com ela não se confunde, conforme será detalhado mais adiante.

Quanto à personalidade, afigura-se elucidativa sua visualização como uma investidura jurídica. Parece ser esse o entendimento de Pontes de Miranda:

A personalidade é uma possibilidade de se encaixar em suportes fácticos, que, pela incidência das regras jurídicas, se tornem fatos jurídicos; portanto, a possibilidade de ser sujeito de direito.¹⁰²

A personalidade, portanto, permite que alguém se torne sujeito de direitos, vivenciando situações e relações jurídicas e fazendo frutificar, no mundo do Direito, suas naturais potencialidades. Ademais, a personalidade, por ser a própria base de uma série de situações existenciais da pessoa, revela-se como verdadeiro valor fundamental do ordenamento jurídico.

Tradicionalmente, a personalidade, no direito brasileiro, é caracterizada como um atributo do ordenamento jurídico. E, como tal, dependeria da opção legislativa em outorgá-la, ou não, àqueles submetidos a determinado sistema legal. Essa é a posição de Adriano de Cupis, que expressamente afirma que “[...] o ordenamento jurídico é, pois, árbitro na atribuição da personalidade”¹⁰³.

⁹⁹ *Concepção tomista de pessoa* – um contributo para a teoria do direito da personalidade, p. 820.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 821.

¹⁰¹ *Direito Civil* – parte geral, p. 147.

¹⁰² *Tratado de direito civil*. parte geral. tomo I, p. 154.

¹⁰³ *Os direitos da personalidade*, p. 14.

Assim considerada, a personalidade não passaria de um mero requisito para que a pessoa tomasse parte de relações jurídicas, figurando como sujeito de direitos. Estaria formada, assim, uma concepção eminentemente formalista de pessoa, como um ente quase artificial, cuja função resumir-se-ia a participar mecanicamente de relações jurídicas, ora como sujeito ativo, ora como sujeito passivo. Neste sentido, a crítica de Roxana Cardoso Brasileiro Borges:

A noção de pessoa e, conseqüentemente, de sujeito de direito era tida como meramente formal, sem conteúdo, pois significava nada mais que a situação de um ente a quem o ordenamento jurídico reconhecia a potencialidade de participar de relações jurídicas, a potencialidade de adquirir direitos e deveres. **O conceito de personalidade jurídica esteve, dessa forma, ligado a um papel que o homem pudesse vir a exercer no mundo jurídico, a uma função que ele pudesse vir a ocupar em dada relação jurídica.**¹⁰⁴ (grifos nossos)

A concepção formalista tem em Kelsen seu maior representante, para quem a qualidade de pessoa, no homem, não representa uma inafastável necessidade lógica. Para a corrente formalista: “[...] o conceito jurídico de pessoa não se traduz através do homem, como realidade psicofísica, senão como uma construção jurídico-normativa.”¹⁰⁵

Maria Helena Diniz, em visão mais abrangente da personalidade, afirma:

A personalidade não é um direito, de modo que seria errôneo afirmar que o ser humano tem direito à personalidade. A personalidade é que apoia os direitos e deveres que dela irradiam, é objeto de direito, é o primeiro bem da pessoa, que lhe pertence como primeira utilidade, para que ela possa ser o que é, para sobreviver e se adaptar às condições do ambiente em que se encontra, servindo-lhe de critério para aferir, adquirir e ordenar outros bens.¹⁰⁶

A pessoa – ou seja, o ser investido de personalidade – é, como visto, figura que surge da necessidade de dar vida jurídica à natureza humana. Assim, a personalidade jurídica surge como a imprescindível investidura para que o ser

¹⁰⁴ *Direitos de personalidade e autonomia privada*, p. 9.

¹⁰⁵ SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de Direito Civil* – volume 1, p. 256.

¹⁰⁶ *Curso de direito civil brasileiro*. v. 1, p. 134.

humano tenha, além de sua existência natural, a necessária existência jurídica. Adota-se, conforme já explanado, a concepção material de pessoa, que tem por supedâneo o ser humano, tornando a personalidade seu predicado inarredável.

Ressalte-se que não se nega que a personalidade, como investidura que é, torne o ser humano apto a tomar parte de situações e relações jurídicas. No entanto, reduzi-la a tal viés é amesquinhar seu supedâneo ontológico. Deve-se ter presente, assim, que a personalidade é a própria representação da natureza humana.

Com efeito, a personalidade jurídica – que alça alguém à categoria de pessoa – não é um mero atributo do ordenamento jurídico, que a conferiria de acordo com opção técnica do legislador. Assim, opostamente, a personalidade advém como verdadeira projeção da natureza humana, ou seja, é uma representação jurídica desta natureza.

Em importante trecho, José de Oliveira Ascensão consigna que: “[...] a personalidade jurídica é a tradução forçosa, no mundo jurídico, da realidade da pessoa.”¹⁰⁷

Em relevante passagem, Paulo Mota Pinto ensina que:

A personalidade do Homem é para o direito um *prius*, que o Direito encontra (não cria), e que deve ser reconhecido e tutelado pela ordem jurídica – pode mesmo dizer-se que o imperativo de respeito em todos os homens da sua dignidade de pessoa, através da atribuição da personalidade jurídica, resulta da consideração de um ‘conteúdo mínimo de direito natural’ (no sentido de Hart), ou integra uma ‘ideia de direito’ constitutivos do universo jurídico¹⁰⁸ (grifos nossos)

A personalidade jurídica, portanto, mais do que mero atributo legal, é decorrência da personalidade ontológica, ou seja, do *quid* essencial que existe em todos os homens e que decorre da própria natureza.

Andréa Santos Souza, em estudo acerca da ética em Paul Ricoeur, filósofo francês do século XX, traz suas principais ideias, que se assentam em Aristóteles e

¹⁰⁷ *Direito civil*, teoria geral (introdução, as pessoas, os bens), p. 45.

¹⁰⁸ *Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e os direitos de personalidade no direito português*, p. 62.

Santo Agostinho. O pensador traz a ética, sinteticamente, como uma “[...] perspectiva da vida boa, com e para o outro, em instituições justas”¹⁰⁹. Para tanto, identifica quem seria o protagonista da “vida boa”, ou seja, o homem¹¹⁰.

Para ele, faz parte do senso comum a noção de que o homem nasce livre. Trata-se de princípio de direito natural e de fácil apreensão por todos. A liberdade humana, portanto, é inata ao homem, devendo ser “[...] respeitada e preservada, tanto pelos outros homens, como pelo poder e pela legislação que o regulamenta.”¹¹¹ Nesse sentido, José de Oliveira Ascensão: “Por isso o homem é livre, e deve ser reconhecido como tal. A liberdade é uma exigência ética, e não um postulado individualístico. Só na liberdade pode o homem construir seu destino.”¹¹²

A atribuição de personalidade ao homem, tornando-o pessoa e, portanto, sujeito de direitos e obrigações, é corolário da liberdade que lhe é ínsita. Negar-lhe personalidade, contrariando o fato natural de que é livre, corresponderia ao amesquinamento da própria natureza humana. Nesse aspecto, e conforme já ventilado, o Código Civil de 1916, em seu artigo 2º, ao dispor que todo **homem** seria capaz de direitos e obrigações, era categórico no reconhecimento da realidade aqui exposta. Já o Código Civil de 2002, ao substituir a expressão “homem” por “pessoa”, não teve por supedâneo a noção de que é o ser humano o fundamento da ordem civil-constitucional.

Se a personalidade deve ser reconhecida a todo ser humano – e, hoje, pode-se dizer que o é efetivamente¹¹³ – é porque traduz ideia mais ampla do que a de uma mera qualidade de atribuição compulsória pelo sistema.

Pode-se dizer, com segurança, que a personalidade, muito mais do que um atributo, é uma investidura de ordem ôntica e axiológica. Ôntica, porque se refere ao ser enquanto tal, revelando uma qualidade comum a todos e a cada um dos seres, qual seja, a natureza humana em sentido dinâmico. O homem não é um ser

¹⁰⁹ SOUZA, Andréa Santos. *Parâmetros éticos em Paul Ricoeur*. 1. ed. São Paulo: Letras do Pensamento, 2013, p. 22.

¹¹⁰ Muito embora se refira à “pessoa”, certo é que emprega o termo em sentido material, como sinônimo de ser humano.

¹¹¹ SOUZA, Andréa Santos. Op. cit., p. 74.

¹¹² ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil*, teoria geral (introdução, as pessoas, os bens), p. 39.

¹¹³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. v. 1, p. 154.

acabado, mas um projeto em contínua realização, que deve desenvolver-se também no mundo jurídico, a partir do momento em que se lhe reconhece a personalidade. O viés axiológico da personalidade consiste, por sua vez, no fato de que se identifica como um vetor que inspira o sistema jurídico.

Conforme consigna Elimar Szaniawski, São Tomás de Aquino, com base na expressão *individua substantia* de Boécio, já observava que a pessoa é substância individual dotada de dignidade¹¹⁴. Para o pensamento tomista, a dignidade humana tem como pressuposto a racionalidade, que faz do homem “um princípio de ação autônomo”¹¹⁵.

Roxana Cardoso Brasileiro Borges aponta que a noção de personalidade liga-se com a ideia de dignidade humana¹¹⁶. Trata-se este, como visto, de princípio que norteia o ordenamento pátrio – em realidade, é verdadeiro fundamento da República – conforme art. 1º, III, da Constituição Federal. Nesse sentido, António Menezes Cordeiro:

A personalidade singular é simples: traduz a dimensão jurídica do ser humano, enquanto realidade racional, dotada de liberdade. **Trata-se de uma ideia que pode ser substancializada com recurso à ideia da dignidade humana**, seguida através da História.¹¹⁷ (grifos nossos)

Não obstante abalizada doutrina¹¹⁸ dedicar-se ao estudo sério e competente do princípio, ou melhor, fundamento da dignidade humana, não é de ignorar que, nos dias atuais, a veiculação de sobredita expressão é vociferada de forma indistinta, como uma vazia peça de retórica. É como se tivesse se tornado a versão jurídica do “emplastro Brás Cubas”, a panaceia que curaria todos os males¹¹⁹. Exemplificativamente, pode-se ventilar a dignidade humana – no mesmo caso – tanto ao inquilino que afirma o direito de continuar no imóvel, como ao locador que postula sua retomada para uso próprio. Ou ainda – e a elucidação é mais clara no

¹¹⁴ SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*, p. 23.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 23.

¹¹⁶ *Direitos de personalidade e autonomia privada*, p. 14.

¹¹⁷ *Tratado de direito civil*. v. IV, p. 31.

¹¹⁸ Destacam-se: SARLET, Ingo Wolfgang. *A dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001; NUNES, Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Saraiva, 2002.

¹¹⁹ Conforme célebre obra de Machado de Assis, *Memórias póstumas de Brás Cubas*.

âmbito do direito penal – para a vítima de uma lesão corporal, que teve atingido um direito de personalidade (integridade corpórea), como para o autor do crime, que pleiteará penas mais brandas em razão da menor gravidade, em abstrato, do fato delituoso.

Longe da pretensão de atribuir um conceito definitivo à expressão – tarefa em que nem a mais conspícua doutrina logrou êxito – tentar-se-á, aqui, trazer delineamentos mais concretos à ideia de dignidade humana.

Sobre a inserção do princípio no ordenamento pátrio, Ives Gandra da Silva Martins leciona:

[...] verificamos que o constituinte teve a preocupação de afirmar não só que a Constituição é destinada ao cidadão, mas também que o governo tem que respeitá-lo, numa tentativa de garantir uma nação solidária, onde impere a dignidade do ser humano.
Eu diria que todo direito é voltado para a dignidade da pessoa humana.
[...]
E o nosso constituinte colocou a dignidade humana como terceiro inciso, para, já na enunciação dos princípios fundamentais[...]¹²⁰

Daniel Sarmiento noticia que o princípio da dignidade humana assenta raízes na doutrina cristã do Evangelho, no humanismo renascentista do já mencionado Pico Della Mirandola e na filosofia iluminista, que teve seu ápice em Kant¹²¹.

Maria Celina Bodin de Moraes¹²², de forma didática, desdobra o princípio da dignidade humana em quatro postulados, quais sejam: (i) direito à igualdade; (ii) tutela da integridade psicofísica; (iii) direito à liberdade e (iv) princípio da solidariedade social. Assim, tais elementos são inerentes à dignidade humana, de forma que, aviltados, configurada estará a afronta àquela.

A personalidade é, assim, elemento intrínseco da condição humana, trazendo em seu bojo a ideia mais primitiva de dignidade. Isso porque a pessoa guarda um valor em si mesma – pelo simples fato de ser humana – e isto lhe basta para que

¹²⁰ *Conheça a Constituição: comentários à Constituição brasileira*. v. 1, p. 19-20.

¹²¹ *Direitos fundamentais e relações privadas*, p. 87.

¹²² *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 81-116.

goze da mais alta dignidade. Ser pessoa é, em última análise, ter dignidade. Importante ressaltar que não se está aqui a utilizar da concepção formal de pessoa, mas sim de seu aspecto material, com elevada carga axiológica.

Immanuel Kant assevera que:

No reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo o preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade.¹²³

Para Kant, tais ideias seriam, assim, excludentes, no sentido de que não é possível que algo tenha preço e dignidade ao mesmo tempo. Isso porque o preço representaria um valor ligado às coisas materiais, que podem substituir-se umas às outras; ao passo que a dignidade relacionar-se-ia a uma outra espécie de valor (não econômico), no sentido de qualidade interna insubstituível.

É exatamente nesse sentido que se pode relacionar personalidade e dignidade. Se ser pessoa é ter dignidade, então, a personalidade – elemento entranhado à natureza humana – nada mais é do que a projeção humana da dignidade. Em outras palavras, é a própria dignidade humana em sentido dinâmico.

Entende-se, portanto, que a personalidade, muito mais do que uma aptidão genérica para o gozo de direitos e sujeição a obrigações – o que, em verdade, traduz o conceito de capacidade jurídica – é uma exigência universal categórica. Não se trata de mera atribuição do ordenamento jurídico, mas de operação de singelo reconhecimento do *quid* intrínseco e próprio da condição humana. Nesse ponto, é magistral o ensinamento de Pietro Perlingieri:

A personalidade é, portanto, não um direito, mas um valor (o valor fundamental do ordenamento) e está na base de uma série aberta de situações existenciais, nas quais se traduz a sua incessantemente mutável exigência de tutela. Tais situações subjetivas não assumem necessariamente a forma do direito

¹²³ *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*, p. 65.

subjetivo e não devem fazer perder de vista a unidade do valor envolvido.¹²⁴ (grifos nossos)

A personalidade é, portanto, antecedente, configurando, assim, o pressuposto necessário para a aquisição de direitos e a assunção de obrigações. José Serpa de Santa Maria prescreve que: “A personalidade constitui, portanto, matéria da maior relevância, por ser a matriz de todos os direitos privados.”¹²⁵

No mesmo sentido, Teresa Ancona Lopez: “[...] a personalidade não se identifica com um direito; é ela, por outro lado, fundamento e pressuposto do exercício e gozo de qualquer direito.”¹²⁶

A personalidade, assim como a pessoa, é realidade jurídica, no sentido de que é o ordenamento que cria seus delineamentos. No entanto, é corolário de uma realidade prévia, que é a natureza humana, fulcrada sempre nos ideais de liberdade e dignidade.

Não se admite, portanto, o supracitado posicionamento de Adriano de Cupis, que considera a personalidade como mero atributo jurídico¹²⁷. Confirmação de tal assertiva, continua o jurista italiano, estaria nas limitações à personalidade que historicamente ocorreram, em especial devido “[...] às preocupações de índole racial”¹²⁸. Pode-se também citar, em complemento ao exemplo dado, a situação vigente na época do Império Romano, em que os escravos – muito embora seres humanos – não eram considerados pessoas, sendo, portanto, desprovidos de personalidade.

Tais considerações, no entanto, não são suficientes para que se possa negar que a personalidade é, efetivamente, corolário de uma realidade natural. Ora, até mesmo a ordem natural é passível de violação, como, aliás, todo o Direito. Assim, o reconhecimento da escravatura não conduz à conclusão de que a personalidade jurídica seja um dom do Estado, que a concederia ou recusaria por livre opção¹²⁹. A

¹²⁴ *Perfis do direito civil*, p. 155-156.

¹²⁵ *Direitos da personalidade e a sistemática civil geral*, p. 21.

¹²⁶ *O dano estético*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 57.

¹²⁷ *Os direitos da personalidade*, p. 14.

¹²⁸ *Ibidem*, p. 14.

¹²⁹ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil*, teoria geral (introdução, as pessoas, os bens), p. 111.

personalidade é inerente à pessoa; no entanto, historicamente, alguns ordenamentos, em nítida violação à ordem natural, deixaram de reconhecê-la em determinados casos¹³⁰.

O próprio Adriano de Cupis, mais adiante, afirma que:

O arbítrio do ordenamento jurídico respeitante à atribuição da personalidade é, por outro lado, **limitado pela necessidade de um elemento natural**, e pela impossibilidade, para o mesmo ordenamento, de funcionar prescindindo totalmente da atribuição da personalidade.¹³¹ (grifos nossos)

Esse elemento, segundo se entende, residiria na impossibilidade de se subtrair do conceito de personalidade a ideia de inerência com o indivíduo, que lhe é ínsita. Dessa forma, acaba por admitir a personalidade como uma imposição categórica de ordem natural. O que se quer dizer, portanto, é que o ordenamento jurídico jamais poderá deixar de reconhecer, ou seja, de positivar, esse valor que antecede o próprio Direito.

José de Oliveira Ascensão bem estabelece os domínios da lei no que se refere à personalidade:

O fato de a personalidade ser prévia à lei não impede que esta tenha de intervir em amplos domínios, demarcando a situação das pessoas. E desde logo, dando condições de praticabilidade à realidade – esclarecendo quando há ou não uma pessoa física.¹³²

Assim, o Direito deve compulsoriamente reconhecer essa essencialidade da pessoa, sob pena de se configurar perigosa afronta à ordem natural, consoante acima exposto. O ordenamento jurídico, portanto, não seria – e, de fato, não pode ser – um “árbitro” na atribuição da personalidade, mas, muito ao contrário, mero vassalo da realidade natural que se impõe.

¹³⁰ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil*, teoria geral (introdução, as pessoas, os bens), p. 111.

¹³¹ DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*, p. 14.

¹³² Op. cit., p. 111.

A personalidade jurídica, portanto, revela uma investidura que visa ao reconhecimento de uma realidade prévia, que é a natureza humana. O ordenamento jurídico, ciente da liberdade e dignidade humanas, reconhece no homem essa essencialidade, transformando-o em sujeito de direitos. Tal ordenamento, pois, tão-somente formaliza uma realidade material anterior, tornando-a jurídica e, portanto, permitindo que as potencialidades humanas vivifiquem no Direito.

1.3.1 Personalidade e capacidade

Assente, assim, ser a personalidade a projeção da dignidade humana e daí derivando, como consequência inelutável, ser de atribuição obrigatória pelo ordenamento, passe-se à análise relacional desta com o conceito de capacidade jurídica.

Segundo se noticia, a identificação de conceitos, preconizada por grande parte da doutrina advém da dogmática alemã e a noção de *Rechtsfähigkeit*, que abrange ambas as ideias. Tal identificação vigorava também em Portugal, no bojo do Código Civil de 1867, conhecido por “Código Seabra”: “Art. 1º: Só o homem é susceptível de direitos e obrigações. N’isto consiste a sua capacidade jurídica, ou sua personalidade.”¹³³

Urge, no entanto, distinguir os conceitos.

A personalidade reveste o homem da substancialidade necessária para que vivifique no mundo jurídico, pois a dignidade a ele inerente demanda que se a recubra de direitos necessários para que seja concretamente aplicada.

José de Oliveira Ascensão ensina que ambas – personalidade e capacidade – são suscetibilidades abstratas¹³⁴. A personalidade, no entanto, é abstrata por si só, no sentido de que, embora robusta – pois entranhada visceralmente com a própria natureza humana – ela, sozinha, não tem a aptidão de conferir direitos ao seu detentor ou de lhe tornar sujeito de obrigações. Como leciona referido autor: “Não

¹³³ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*. v. IV, p. 358.

¹³⁴ *Direito civil*, teoria geral (introdução, as pessoas, os bens), p. 116.

sabemos através do conceito de personalidade se uma pessoa tem muitos ou poucos direitos: sabemos apenas que pode os ter.”¹³⁵

Já a capacidade jurídica, muito embora ainda abstrata, “[...] nos vai dizer que direitos [a pessoa] pode ter”¹³⁶. Assim, pode-se dizer que seu grau de abstração é menor do que o da personalidade. A personalidade traz uma possibilidade, ao passo que a capacidade confere àquela condições de praticabilidade.

Em razão da personalidade, portanto, surge a noção de capacidade jurídica, a permitir que aquela substancialidade abstrata seja preenchida com determinado conteúdo. Esse conteúdo, por sua vez, são os direitos potenciais que a pessoa pode exercer e também as obrigações a que pode estar sujeita.

José Carlos Moreira Alves leciona que:

[...] a personalidade é uma idéia absoluta, existe ou não, é a aptidão de ter direitos e contrair obrigações, independentemente de saber se essa aptidão é maior ou menor; enquanto capacidade jurídica, como o próprio termo indica, é a medida da personalidade.¹³⁷

Ademais, ainda de acordo com José de Oliveira Ascensão, a personalidade é qualitativa e a capacidade, quantitativa¹³⁸. A primeira ideia de tal assertiva já foi justificada e refere-se ao fato de que a personalidade, “[...] é uma categórica imposição da ordem natural”¹³⁹, identificando-se mais como um valor do que como mero atributo jurídico.

Já a capacidade é quantitativa, traduzindo-se, segundo Maria Helena Diniz, como “[...] a medida jurídica da personalidade”¹⁴⁰. Significa dizer que a capacidade é que trará as situações jurídicas (direitos e obrigações) de que a pessoa pode ser titular.

Ainda, Rubens Limongi França, assevera:

¹³⁵ *Direito civil*, teoria geral (introdução, as pessoas, os bens), p. 109-110.

¹³⁶ *Ibidem*, p. 110.

¹³⁷ *Os efeitos jurídicos da morte*. Jornada de Direito Civil / Organização Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr., Brasília: Conselho da Justiça Federal, 2007. p. 20.

¹³⁸ *Direito civil*, teoria geral (introdução, as pessoas, os bens), p. 116.

¹³⁹ *Ibidem*, p. 111.

¹⁴⁰ *Curso de direito civil brasileiro*. v. 1, p. 131.

[...] cumpre assinalar desde logo que não pode ser aceita a orientação de certos autores, segundo a qual a noção de capacidade se identifica com a de personalidade jurídica.

Personalidade é a qualidade do ente que se considera pessoa. A pessoa a possui desde o início até o fim da sua existência.

Não assim a capacidade, que pode sofrer modificações profundas e em muitos casos deixar de existir. Essa modificação e falta entretanto não afetam a personalidade, que continua a mesma.¹⁴¹

O equívoco, portanto, não está nos conceitos em si, mas sim em fazerem-se coincidir por completo ou ainda que parcialmente. Na verdade, as ideias de personalidade e capacidade se complementam, mas não se equivalem. A capacidade jurídica é necessária ao livre desenvolvimento da personalidade, ao passo que a personalidade, sem capacidade, seria apenas uma potencialidade – vigorosa, frise-se –, mas desguarnecida dos elementos necessários à concreção da dignidade que lhe é ínsita. A personalidade é o sol, o astro-rei, do qual emanam raios, sendo a capacidade jurídica um destes feixes. Nessa esteira é o ensinamento de Caio Mário da Silva Pereira:

Personalidade e capacidade complementam-se: de nada valeria a personalidade sem a capacidade jurídica que se ajusta assim ao conteúdo da personalidade, na mesma e certa medida em que a utilização do direito integra a ideia de ser alguém titular dele.¹⁴²

Rosa Maria de Andrade Nery e Nelson Nery Junior ponderam com clareza, que:

[...] os conceitos de personalidade e de capacidade de direito são muito próximos, mas não se confundem: o primeiro é um conceito fundamental, anterior, necessário para a compreensão do fenômeno de revestir-se alguém com a qualidade de ser pessoa. **Capacidade de direito é um conceito decorrente daquele, que se apreende como consequência de se ter ‘personalidade’: porque a pessoa se reveste de personalidade, é sujeito de direitos e capaz de direitos e obrigações.**¹⁴³ (grifos nossos)

¹⁴¹ *Instituições de direito civil*. 2. ed. atual.. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 52-53.

¹⁴² *Instituições de direito civil*. v. 1, p. 172.

¹⁴³ *Instituições de direito civil*. v. I. tomo II. parte geral, p. 13.

A personalidade é investidura que advém de uma realidade natural – o ser humano – e, assim, é, repita-se, anterior à capacidade jurídica. A existência desta só se justifica na medida em que há uma pessoa, ou seja, alguém dotado de personalidade e, portanto, com potencialidade abstrata para adquirir direitos e contrair obrigações.

A capacidade jurídica – assim, como a personalidade – não é uma atribuição opcional do legislador. Mais uma vez, Caio Mário da Silva Pereira, leciona, judiciosamente, que:

[...] não há restrições à capacidade, porque todo direito se materializa na efetivação ou está apto a concretizar-se. (...) **A privação total de capacidade implicaria na frustração da personalidade:** se ao homem, como sujeito de direito, fosse negada a capacidade genérica para adquiri-lo, a consequência seria o seu aniquilamento no mundo jurídico. **Como toda pessoa tem personalidade, tem também a faculdade abstrata de gozar os seus direitos.**¹⁴⁴ (grifos nossos)

Portanto, muito embora seja a capacidade uma realidade jurídica – já que é o direito que cria tal noção – sua atribuição é compulsória a todas as pessoas, sob pena de negação da própria personalidade. Justamente porque se possui personalidade é necessário que se lhe suceda a capacidade potencial de gozo de direitos. É a capacidade que confere atividade à personalidade.

San Tiago Dantas trata da personalidade sob duas acepções, ora como sinônimo de capacidade de direito, ora como uma qualidade universal inerente à natureza humana¹⁴⁵. Distingue, assim, da seguinte forma: (i) numa primeira acepção, personalidade guarda sentido eminentemente técnico-jurídico, significando a capacidade de alguém ter direitos e obrigações. Neste aspecto, confundir-se-ia com a própria capacidade jurídica¹⁴⁶; (ii) o segundo sentido remete à análise da personalidade em sua acepção natural “[...] como um conjunto de atributos inerentes

¹⁴⁴ *Instituições de direito civil*. v. 1, p. 173.

¹⁴⁵ *Programa de direito civil: teoria geral*, p. 152.

¹⁴⁶ Conforme já explanado, entende-se que personalidade não se confunde com capacidade jurídica.

à condição humana”¹⁴⁷, tais como a vida, honra e liberdade. Conforme já visto, este último sentido é o único que revela o real significado de personalidade.

Tais ensinamentos, embora formalmente refiram-se tão-somente à personalidade, são úteis para as considerações finais desta análise.

Infere-se, assim, que a primeira acepção de personalidade de San Tiago Dantas – que trata, em verdade, da capacidade jurídica – refere-se à pessoa em sua individualidade. Isso significa, portanto, que a capacidade está jungida à pessoa enquanto ente individual. Revela, assim, uma potencialidade jurídica que pertence à pessoa e, sob este aspecto, tem sobre ela referibilidade única e imediata.

Já a segunda acepção que, em verdade, trata do conceito aqui proposto e defendido sobre personalidade, revela, nas palavras de San Tiago Dantas – um “fato natural”¹⁴⁸, isto é, um conjunto de atributos ou situações jurídicas que estão presentes na natureza humana. Rosa Maria de Andrade Nery e Nelson Nery Junior, em elucidativa passagem, ensinam que:

[...] b) quando se cuida de *personalidade* em *Teoria Geral do Direito de Personalidade*, cuida-se de uma determinada parte do direito privado que versa sobre situações jurídicas de personalidade, ou seja, daquelas **situações jurídicas que têm por objeto determinados elementos que compõem a própria humanidade do ser** (vida, liberdade, saúde, honra, etc.). Os objetos dos denominados direitos básicos de personalidade, por isso, são **componentes da natureza humana e não da pessoa, e se referem à humanidade e não à personalidade do ser.**¹⁴⁹ (grifos nossos)

A personalidade, assim, sob segundo aspecto – e, frise-se, único que traduz seu real conteúdo – transcende a pessoa. Portanto, embora sua referibilidade continue a residir na pessoa, a ela ultrapassa, consubstanciando um valor meta-individual. Tal pressuposto terá relevância adiante, quando analisados os bens que compõem os objetos dos chamados direitos de personalidade¹⁵⁰.

¹⁴⁷ SAN TIAGO DANTAS, Francisco Clementino de. *Programa de direito civil: teoria geral*, p. 152.

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 152.

¹⁴⁹ *Instituições de direito civil*. v. I. tomo II. parte geral, p. 7.

¹⁵⁰ Cf. seção 3.1 adiante.

Importante destacar que a distinção que aqui se fez refere-se à capacidade jurídica, denominada, ainda, capacidade de direito ou capacidade de gozo. Trata-se, como visto, da aptidão genérica para usufruir direitos e contrair obrigações. Tal qual a personalidade, configura, repise-se, uma suscetibilidade abstrata, ainda que seu grau de abstração seja diminuto em relação àquela.

Além da capacidade de direito há, ainda, a capacidade de fato ou de exercício. Enquanto aquela revela a aptidão abstrata dantes citada, esta significa a aptidão para, concretamente, exercer direitos e contrair obrigações. A capacidade de direito é conatural ao homem, significando, assim, que não se pode dela prescindir, sob pena de aniquilar-se a própria personalidade. Assim, nesse sentido, nenhuma pessoa pode ser considerada incapaz de direito. Para Caio Mário da Silva Pereira:

A capacidade de direito, de gozo ou de aquisição não pode ser recusada ao indivíduo, sob pena de despi-lo dos atributos da personalidade. Por isso mesmo dizemos que todo homem é dela dotado, em princípio. Onde falta esta capacidade [...] é porque não há personalidade.¹⁵¹

Já a capacidade de exercício refere-se à atuação concreta da pessoa frente a situações jurídicas. Trata-se, assim, do poder de fazer pessoalmente agir os direitos potenciais que lhe são conferidos pela capacidade de direito. De acordo com Maria Helena Diniz:

Logo, a capacidade de fato ou de exercício é a aptidão de exercer por si os atos da vida civil dependendo, portanto, do discernimento que é critério, prudência, juízo, tino, inteligência, e, sob o prisma jurídico, a aptidão que tem a pessoa de distinguir o lícito do ilícito, o conveniente do prejudicial.¹⁵²

Assim, é o ordenamento jurídico, com base nas qualidades da pessoa, exemplificativamente citadas por Maria Helena Diniz, que dirá se, concretamente, o indivíduo poderá, ou não, exercer pessoal e efetivamente a possibilidade *in abstracto* conferida pela capacidade de direito.

¹⁵¹ *Instituições de direito civil*. v. 1, p. 173.

¹⁵² *Curso de direito civil brasileiro*. v. 1, p. 168.

Diferentemente da capacidade de direito, a capacidade de exercício pode sofrer restrições por parte do ordenamento, que, como visto, a confere com certa liberdade, apontando a cartilha de direitos a serem atribuídos à pessoa. É a conclusão que se retira da afirmação de Caio Mário da Silva Pereira:

É sempre a lei que estabelece, com caráter de ordem pública, os casos em que o indivíduo é privado, total ou parcialmente, do poder de ação pessoal. Abrindo, na presunção de capacidade genérica, a exceção correspondente estritamente às hipóteses previstas.¹⁵³ (grifos nossos)

Tal autor frisa, novamente, que “[...] toda incapacidade resulta, pois, da lei [...]”¹⁵⁴ e a eventual restrição, como acentuado, afigura-se *numerus clausus*. A assertiva confirma, assim, a ideia de que a capacidade de fato é, portanto, atributo do ordenamento jurídico.

Aceita-se, assim, a incapacidade de fato porque tal restrição em nada afeta a inteireza da personalidade do ser. A pessoa, mesmo incapaz (de fato, frise-se), continuará a ter direitos potenciais, ou seja, uma aptidão genérica para usufruí-los. Nesta esteira, observa o supracitado autor:

Se a capacidade de direito ou de gozo é geminada com a personalidade, de que naturalmente decorre, a capacidade de fato ou de exercício nem sempre coincide com a primeira, porque **algumas pessoas, sem perderem os atributos da personalidade, não têm a faculdade do exercício pessoal e direto dos direitos civis.**¹⁵⁵ (grifos nossos)

José Carlos Moreira Alves, referindo-se ao estrangeiro, trata da incapacidade de fato ao lecionar que:

Para se ingressar no terreno da capacidade jurídica, há necessidade de verificar se a aptidão é maior ou menor, razão por que o cidadão estrangeiro tem capacidade jurídica inferior à do cidadão nacional,

¹⁵³ *Instituições de direito civil*. v. 1, p. 178-179.

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 179.

¹⁵⁵ *Ibidem*, p. 178.

uma vez que não está qualificado a ter os mesmos direitos em número.¹⁵⁶

Ressalte-se que, ao tratar de capacidade jurídica, indistintamente, o autor está a se referir, nesse particular, à capacidade de fato ou de exercício, única passível da restrição aventada.

Ao nascer, ou, como aqui se entende, ao ser concebido¹⁵⁷, é o ordenamento jurídico que estipulará a medida dos direitos e obrigações que competem àquele ente, transformando-o em sujeito de situações jurídicas concretas.

Tome-se um exemplo para melhor elucidação de tais ideias. Não é preciso consultar o ordenamento para saber que um recém-nascido já é nos primeiros momentos de vida, um sujeito de direitos. Além da personalidade, possui capacidade de direito. No entanto, o ordenamento pátrio não lhe confere capacidade de exercício, devendo ser representado por um de seus genitores.

A incapacidade de exercício¹⁵⁸ – e sobre este aspecto não nos aprofundaremos, pois fugiria ao escopo do presente trabalho – pode ser absoluta ou relativa. Será absoluta¹⁵⁹ quando houver proibição total para o exercício pessoal do direito, que deverá se dar por meio de representante. Será, ao revés, relativa¹⁶⁰, quando o incapaz puder exercer pessoalmente o direito, desde que assistido por seu representante. Assim, na incapacidade absoluta, é o representante quem exerce o

¹⁵⁶ *Os efeitos jurídicos da morte*, p. 20.

¹⁵⁷ Prenuncia-se futura discussão acerca das teorias natalista e concepcionista, mais adiante tratadas.

¹⁵⁸ Importa ressaltar a recente mudança no rol dos absoluta e relativamente incapazes do Código Civil, operada pela Lei nº 13.146, de 06.07.2015, conforme as diretrizes traçadas pelo Decreto nº 6.949, de 25.05.2009 que, por sua vez, promulgou a Convenção Internacional sobre os direitos das pessoas com deficiência e seu protocolo facultativo. Para uma atual e abalizada análise sobre a mudança, consultar: DANELUZZI, Maria Helena Marques Braceiro. MATHIAS, Maria Ligia Coelho. Repercussão do estatuto da pessoa com deficiência (Lei 13.146/2015) nas legislações civil e processual civil. *Revista de Direito Privado*, ano 17. v. 66, abr-jun/2016, p. 57-82.

¹⁵⁹ A previsão acerca dos absolutamente incapazes consta do art. 3º do Código Civil de 2002. Assim: “Art. 3º. São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos.”

¹⁶⁰ O rol dos relativamente incapazes consta do art. 4º do Código Civil de 2002. Assim: “Art. 4º. São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer:

I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;

II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico;

III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;

IV - os pródigos.”

ato da vida civil, ao passo que na incapacidade relativa é o próprio incapaz quem o pratica, embora com o auxílio imposto pela lei.

Sob esse aspecto, infere-se, como já afirmado, que o ordenamento tem certa liberdade para conferir os direitos concretos às pessoas. Poderá, então, simplesmente deixar de outorgar todo e qualquer direito concreto a determinada pessoa? Ou haverá direitos de atribuição obrigatória?

Nesse ponto, alinha-se o pensamento de acordo com Ives Gandra da Silva Martins, que considera os direitos fundamentais do homem como de compulsória atribuição pelo ordenamento, eis que fulcrados na ordem natural. Assim:

[...] existem direitos que o Estado não pode criar, que são direitos que nascem com o ser humano. O direito à vida, por exemplo, é um direito que o Estado só pode reconhecer. Esses são os direitos naturais, próprios do ser humano.¹⁶¹

Portanto, os direitos que possuam pertinência lógica com o sujeito, apresentando-se como essenciais à sua realização pessoal, não podem deixar de ser reconhecidos pelo ordenamento jurídico, pois fundados na ordem natural das coisas.

1.3.2 Capacidade e legitimação

Para concluir o estudo da personalidade e institutos afins, urge tecer breves considerações acerca da legitimação, também denominada legitimidade negocial.

Durante muito tempo, não havia tal noção e muitas situações, que poderiam ser facilmente resolvidas por meio de sua aplicação, eram erroneamente consideradas hipóteses de incapacidade de gozo. O próprio jurista Caio Mário da Silva Pereira admitia a hipótese de incapacidade de direito:

Mas a capacidade de direito ou de aquisição pode sofrer eventualmente restrições, como no caso do que é dotado de

¹⁶¹ *Conheça a Constituição: comentários à Constituição brasileira*. v. 1, p. 7.

personalidade e capacidade, mas não tem a *conditio aetatis* para adotar um filho. Aqui não interfere a capacidade de exercício ou de ação porque nem por si, nem por outrem, seria possível a adoção. Em regra, ocorre a restrição à capacidade de gozo, sem confusão com a falta de capacidade de fato, quando se defrontam direitos personalíssimos, recusados em condições especiais.¹⁶²

Com efeito, de incapacidade de gozo não se trata, que, como visto, é comum a todas as pessoas, pois se refere ao próprio modo de ser destas. Tal situação, atualmente, é tratada sob outro ângulo, como hipótese de falta de legitimação. Miguel Maria de Serpa Lopes leciona que: “No mundo moderno não há mais espaço para uma incapacidade de gozo, num sentido geral. Só a incapacidade de exercício é que pode tomar esse aspecto geral.”¹⁶³

O exemplo citado tampouco trata de incapacidade de exercício, seja porque (i) esta deriva sempre da lei, já que “[...] a capacidade é a regra e a incapacidade a exceção”¹⁶⁴ ou, ainda, porque (ii) o impedimento em questão não traduz a incapacidade do pretense adotante, que conserva o pleno exercício de seus direitos, mas sim um impedimento pontual à prática de certo e determinado ato jurídico¹⁶⁵.

É nesse contexto que surge, então, a ideia de legitimação. Carnelutti, grande estudioso do instituto, observa que não se trata de fenômeno recente. O que ocorreu é que durante muito tempo ficou, por assim dizer, na “penumbra”, confundido com a capacidade de gozo¹⁶⁶.

¹⁶² *Instituições de direito civil*. v. 1, p. 173-174.

¹⁶³ *Curso de direito civil*. v. 1, p. 281.

¹⁶⁴ SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil*. v. 1, p. 280.

¹⁶⁵ DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. v. 1, p. 169.

¹⁶⁶ CARNELUTTI, Francesco. *Teoria generale del diritto*. 3. ed. Roma: Soc. Ed. del “Foro Italiano”, 1951, p. 183: “*Per tal modo viene in chiaro una certa analogia dela legittimazione com la capacità giuridica, dalla quale riuscì a distinguersi in tempo recente e con fatica tanto che ai giuristi pratici, anche quando sono investiti de funzioni legislative, la distinzione non è ancora familiare (um esempio clamoroso di confusione tra i due concetti si ha a proposito dela indegnità a succedere, che nel código civile italiano, per quanto modernissimo, è considerata come uma forma di incapacità: cfr. art. 462 e seg.). E pure, del resto, dopo que tra i due concetti si riuscì a distinguere, la distinzione non apparve per alcun tempo così netta de lasciar vedere que mentra la capacità è un modo de essere della persona, la legittimazione, invece, riguarda, almeno direttamente, il rapporto e solo indirettamente, attraverso di questo, la persona, che ne è um soggetto [...]*”. Em tradução livre: “Deste modo aflora uma certa analogia entre a legitimação e a capacidade jurídica, da qual conseguiu ser diferenciada recentemente, e com dificuldade, tanto assim que ao jurista, mesmo quando investido de função legislativa, a distinção ainda não é familiar (um exemplo bem claro de confusão entre os conceitos se encontra a propósito da indignidade para suceder que, no Código Civil italiano, muito embora bem avançado, é tratada como hipótese de incapacidade). E, ainda, por outro lado, mesmo depois de terem-se diferenciado os dois conceitos, a distinção não resultou por algum tempo tão nítida a ponto de

Luigi Cariota Ferrara, com base nos estudos de Carnelutti, concebeu a legitimação da seguinte forma:

Il termine 'legittimazione' ha più sensi essendo adoperato in dottrina per designare concetti diversi, se pur tra loro affini od aventi qualcosa di comune. Secondo l'elaborazione dottrinale più recente, si può per legittimazione intender ela specifica posizione di un soggetto rispetto a dati beni o interessi, per cui la sua dichiarazione di volontà può essere operante su di essi, in altri termini una particolare relazione del soggetto con l'oggetto del negozio o di altro atto giuridico.¹⁶⁷

A legitimação, portanto, refere-se à específica posição de um sujeito a respeito de determinados bens ou interesses, para os quais a sua declaração de vontade pode ter efeito sobre eles, isto é, uma particular relação do sujeito com o objeto do negócio ou de outro ato jurídico.¹⁶⁸

Conforme ensina Rosa Maria de Andrade Nery, o instituto da legitimação possui nítido viés protetivo, a fim de evitar danos a certos sujeitos ou ao seu patrimônio¹⁶⁹. Não se trata de uma vedação geral, como se dá com as incapacidades, mas sim uma situação de restrição pontual, peculiar e exclusiva, relacionando-se a um concreto negócio jurídico.

Exemplificativamente, pode-se citar o art. 496 do Código Civil¹⁷⁰, que impede a venda de ascendente a descendente sem a prévia anuência do cônjuge e demais descendentes. Não se trata de incapacidade do ascendente para a prática de alienações em geral. Se fosse esse o caso, haveria incapacidade de exercício. Trata-se, isso sim, de vedação específica ao ato jurídico de alienação para descendentes, tão-somente, configurando, assim, hipótese de falta de legitimação,

permitir constatar que enquanto a capacidade é um modo de ser da pessoa, a legitimidade, ao contrário, diz respeito, ao menos diretamente, ao relacionamento e somente de forma indireta, através desta, a pessoa, que a esta está sujeita [...].”

¹⁶⁷ FERRARA, Luigi Cariota. *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2011, p. 641. Em tradução livre: “O termo ‘legitimação’ tem mais sentidos, sendo utilizado na doutrina para designar conceitos diferentes, mesmo se entre estes afins e tendo algo em comum. Segundo a doutrina mais recente pode-se entender por legitimação a específica posição de uma pessoa relativamente a determinados bens ou interesses, razão pela qual a declaração de vontade desta pessoa pode ter efeito sobre bens e interesses, em outros termos há uma relação específica entre a pessoa e o objeto do negócio ou outro ato jurídico.”

¹⁶⁸ SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil*. v. 1, p. 283.

¹⁶⁹ *Instituições de direito civil*. v. 1. tomo II. parte geral, p. 16.

¹⁷⁰ Art. 496: “É anulável a venda de ascendente a descendente, salvo se os outros descendentes e o cônjuge do alienante expressamente houverem consentido.”

A legitimação (ou legitimidade negocial) relaciona-se, como leciona Maria Helena Diniz, com a competência para estabelecimento de determinada relação jurídica, referindo-se, portanto, à posição da parte em determinado ato negocial¹⁷¹.

1.4 Início e fim da personalidade

1.4.1 Início da personalidade e a situação jurídica do nascituro

Determinados os principais delineamentos acerca da personalidade e dos conceitos que dela derivam (capacidade e legitimação), insta demarcar os momentos de seu nascimento e fim.

O tema sobre início e fim da personalidade é espinhoso e envolve desdobramentos de ordem ética, filosófica e religiosa. Não serão tratados tais meandros, que indubitavelmente poderiam constituir trabalho autônomo. Buscar-se-á análise com base no Código Civil, doutrina e jurisprudência.

Com efeito, o Código Civil estabelece que: “Art. 2º. A personalidade civil da pessoa natural começa com o nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.”

Infere-se, assim, que a investidura da personalidade no ser humano, à primeira vista, ocorreria mediante duas condições, quais sejam, (i) o nascimento e (ii) que aquele se dê com vida.

Para preencher a condição do nascimento é necessário, de acordo com Miguel Maria de Serpa Lopes, “[...] que se desfaça a unidade biológica, de forma a constituírem mãe e filho dois corpos com economia orgânica própria”¹⁷². Assim, basta, para nascer, que a criança saia do ventre materno, ainda que interligada por meio do cordão umbilical. A prova da segunda condição, qual seja, o nascimento com vida, dá-se pela constatação da respiração ou, como define o autor, pela “[...]

¹⁷¹ *Curso de direito civil brasileiro*. v. 1, p. 169.

¹⁷² *Curso de direito civil*. v. 1, p. 161.

primeira troca oxcarbônica no meio ambiente”¹⁷³. Portanto, se respirou, viveu. A prova inequívoca da respiração pertence à seara da Medicina.

O dispositivo do atual Código Civil é quase idêntico ao art. 4º do Código Civil de 1916¹⁷⁴, com a única diferença de que, neste, ao invés de “pessoa natural”, havia referência ao “homem”. Sob a égide do Código Civil anterior, Clovis Bevilacqua asseverava que:

A personalidade civil do ser humano começa com a concepção, declarava o Projecto do Codigo Civil brasileiro elaborado em 1899, sob a condição, acrescentava, de nascer com vida. Esta doutrina apóia-se em razões valiosas, e tem por si autoridades egrégias. As razões são as seguintes: a) Desde a concepção o ser humano é protegido pelo direito. A provocação ao aborto é punida. Quando, entre nós, havia a pena de morte, não era aplicada à mulher em estado de gravidez. Nesse estado não era sequer submetida a julgamento. O Direito penal mostra, assim, considerações pelo feto, isto é, por um ser humano ainda não desprendido das entranhas maternas. Por não faria o mesmo o Direito Civil? Não podia deixar de atender ao ser humano nessa phase da existência.¹⁷⁵ (grifos nossos)

Assim, o próprio autor do Código Civil de 1916 – que, como visto, possuía redação praticamente igual à atual – defendia, expressamente, o início da personalidade a partir da concepção.

Grande parte dos autores, no entanto, posiciona-se no sentido de que a legislação pátria teria adotado a teoria natalista, que só considera pessoa o ser humano já nascido. Será que podemos dizer, com segurança, que o Código Civil de 2002 adotou referida corrente?

Eventual resposta afirmativa, com base na primeira parte do dispositivo do Código Civil (“a personalidade civil da pessoa começa com o nascimento com vida”), imprimiria ao nascituro uma condição, no mínimo, peculiar. Assim, não possuindo personalidade, qual seria a configuração do nascituro? Seria, aos olhos do ordenamento, tido como coisa?

¹⁷³ *Curso de direito civil*. v. 1, p. 161.

¹⁷⁴ “Art. 4. A personalidade civil do homem começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro.”

¹⁷⁵ *Theoria geral do direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1929, p. 85.

Os defensores da teoria da personalidade condicional oferecem resposta negativa, argumentando que a lei põe a salvo seus direitos desde a concepção, com a condição de nascer com vida. No entanto, tal entendimento parece envolver um circunlóquio, já que, ao entender que o nascituro não tem personalidade – que só adviria com o nascimento com vida – fica difícil vislumbrar a que título ele possuiria tais direitos. Ademais, conforme salienta Silmara Juny Chinellato, “[...] seria contraditório, por exemplo, admitir condicionalmente o direito à vida, subordinando à condição de nascer com vida.”¹⁷⁶

Parece ter faltado coragem ao legislador de 2002 em expressamente adotar – sem margem de discussões – a corrente concepcionista, preferindo, no que concerne ao nascituro, apegar-se à mesma redação do Código Civil de 1916 que, já àquela época, gerava discussões.

Analisando-se o ordenamento e algumas decisões judiciais, pode-se notar que são vários os direitos que se asseguram ao nascituro. Nesse sentido, tem-se, no Código Civil, as seguintes disposições: art. 542, a consentir seja contemplado em doação; art. 1609, parágrafo único, que permite seja reconhecido como filho; art. 1779, que admite a curatela do nascituro e art. 1799, I, que permite sejam os nascituros chamados à sucessão. Ademais, a edição da Lei 11.804, de 5 de novembro de 2008, conhecida como Lei dos Alimentos Gravídicos, inflamou ainda mais as discussões acerca da situação jurídica do nascituro. Isso porque, conforme defende Silmara Juny Chinellato, muito embora a denominação “alimentos gravídicos”, nítido é que o titular destes não é a mãe gestante, mas o nascituro¹⁷⁷. Prova disso é que muito antes da edição de tal diploma já era assente na jurisprudência a possibilidade de que a mulher grávida pleiteasse alimentos para a boa manutenção da gravidez¹⁷⁸. A novidade está, portanto, em estabelecer o nascituro como titular de tais alimentos.

Ademais, estabelece o Enunciado nº 1 do CJF/STJ, aprovado na I Jornada de Direito Civil do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que: “A proteção que o Código

¹⁷⁶ O nascituro e a reprodução humana assistida no Código Civil. In: NANNI, Giovanni Ettore. *Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexões sobre os cinco anos do Código Civil*, São Paulo: Atlas, 2008, p. 204.

¹⁷⁷ *Código civil interpretado*. 2. ed. São Paulo: Manole, 2009, p. 29.

¹⁷⁸ TARTUCE, Flávio. *Direito Civil I: lei de introdução e parte geral*, p. 123-124.

defere ao nascituro alcança o natimorto no que concerne aos direitos de personalidade, tais como nome, imagem e sepultura.”

Ora, sabemos que só as pessoas podem ser titulares de direito. Assim, como pode o nascituro não ter sua personalidade reconhecida e, ao mesmo tempo, ser titular de direitos? Para responder à questão, César Fiuza adota a teoria do sujeito de direitos sem personalidade:

Apesar disso tudo, entendo ser a melhor tese a do sujeito de direitos sem personalidade. O nascituro, seria, assim, de fato, sujeito de direitos despido de personalidade. Sujeito de direitos subjetivos, porque o próprio ordenamento jurídico expressamente (segunda parte do art. 2º do CC) lhos confere. Despido de personalidade também por força de norma expressa (primeira parte do art. 2º do CC). A questão que se impõe responder é a seguinte: se o nascituro não é pessoa, como poderia ser detentor de direitos da personalidade? De fato, o nascituro, enquanto sujeito de direitos detém uma série de prerrogativas, de direitos subjetivos, inclusive alguns direitos da personalidade, como o direito à vida, à saúde etc. É na categoria de sujeito de direitos que detém esses direitos; sujeito de direitos, pessoa natural em formação e, portanto, nessa qualidade, titular dos direitos da personalidade, que lhe sejam compatíveis.¹⁷⁹

A opinião esposada colide com a concepção técnica de personalidade, como *quid* que transforma alguém em sujeito de direitos¹⁸⁰ e, portanto, não se antolha a melhor solução.

A solução mais técnica, portanto, parece ser a de considerar a adoção da teoria concepcionista, muito embora, como observado, critique-se o rodeio de palavras do legislador ao redigir o art. 2º do Código Civil.

Se, no âmbito do direito civil, a questão levanta dúvidas, certo é que a dogmática do direito constitucional é lapidar em fornecer abalizada resposta à polêmica que se trava. Assim é que o constitucionalista Ives Gandra da Silva Martins, com a autoridade que lhe é peculiar, afirma que “[...] quanto ao nascituro,

¹⁷⁹ FIUZA, César. *Direito civil: curso completo*. 18. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 161.

¹⁸⁰ NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. *Instituições de direito civil*. v. 1. tomo II. p. 1.

impõe que sua vida seja respeitada desde a concepção”¹⁸¹. Traz à baila o art. 4º, caput, do Pacto de São José da Costa Rica¹⁸², que prevê: “Art. 4º: Toda a pessoa tem direito a que se respeite sua vida. Este direito estará protegido pela lei e, em geral, a partir do momento da concepção.”

Para tanto, explica o autor que o art. 5º, §2º, da Constituição Federal permite que os tratados internacionais sobre direitos fundamentais sejam hospedados na ordem pátria como normas constitucionais e, mais especificamente, cláusulas pétreas¹⁸³. Assim, a previsão do Pacto de São José da Costa Rica, ao ingressar no ordenamento com dignidade constitucional, estaria a obrigar a normativa interna no respeito integral à vida do nascituro. A leitura conjunta do bloco constitucional e da legislação civil, portanto, permitem uma segura interpretação no sentido de que art. 2º do Código Civil teria realmente albergado a corrente concepcionista.

Parece ter sido essa a teoria adotada em recente decisão do Superior Tribunal de Justiça, conforme segue:

DIREITO CIVIL. ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO. ABORTO. AÇÃO DE COBRANÇA. SEGURO OBRIGATÓRIO. DPVAT. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. ENQUADRAMENTO JURÍDICO DO NASCITURO. ART. 2º DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. EXEGESE SISTEMÁTICA. ORDENAMENTO JURÍDICO QUE ACENTUA A CONDIÇÃO DE PESSOA DO NASCITURO. VIDA INTRAUTERINA. PERECIMENTO. INDENIZAÇÃO DEVIDA. ART. 3º, INCISO I, DA LEI N. 6.194/1974. INCIDÊNCIA.

1. A despeito da literalidade do art. 2º do Código Civil – que condiciona a aquisição de personalidade jurídica ao nascimento –, **o ordenamento jurídico pátrio aponta sinais de que não há essa indissolúvel vinculação entre o nascimento com vida e o conceito de pessoa, de personalidade jurídica e de titularização de direitos, como pode aparentar a leitura mais simplificada da lei.**

2. Entre outros, registram-se como indicativos de que o direito brasileiro confere ao nascituro a condição de pessoa, titular de direitos: exegese sistemática dos arts. 1º, 2º, 6º e 45, caput, do Código Civil; direito do nascituro de receber doação, herança e de ser curatelado (arts. 542, 1.779 e 1.798 do Código Civil); a especial proteção conferida à gestante, assegurando-se-lhe atendimento pré-natal (art. 8º do ECA, o qual, ao fim e ao cabo, visa a garantir o

¹⁸¹ Inviolabilidade do direito à vida. In: CARVALHO, Paulo de Barros; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Inviolabilidade do direito à vida*. São Paulo: Noeses, 2013, p. 13.

¹⁸² Promulgado no ordenamento pátrio pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992.

¹⁸³ MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Inviolabilidade do direito à vida*, p. 10.

direito à vida e à saúde do nascituro); alimentos gravídicos, cuja titularidade é, na verdade, do nascituro e não da mãe (Lei n. 11.804/2008); no direito penal a condição de pessoa viva do nascituro – embora não nascida – é afirmada sem a menor cerimônia, pois o crime de aborto (arts. 124 a 127 do CP) sempre esteve alocado no título referente a "crimes contra a pessoa" e especificamente no capítulo "dos crimes contra a vida" – tutela da vida humana em formação, a chamada vida intrauterina (MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de direito penal, volume II. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 62-63; NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 658)

3. As teorias mais restritivas dos direitos do nascituro – natalista e da personalidade condicional – fincam raízes na ordem jurídica superada pela Constituição Federal de 1988 e pelo Código Civil de 2002. O paradigma no qual foram edificadas transitava, essencialmente, dentro da órbita dos direitos patrimoniais. Porém, atualmente isso não mais se sustenta. **Reconhecem-se, corriqueiramente, amplos catálogos de direitos não patrimoniais ou de bens imateriais da pessoa – como a honra, o nome, imagem, integridade moral e psíquica, entre outros.**

4. Ademais, hoje, mesmo que se adote qualquer das outras duas teorias restritivas, **há de se reconhecer a titularidade de direitos da personalidade ao nascituro, dos quais o direito à vida é o mais importante. Garantir ao nascituro expectativas de direitos, ou mesmo direitos condicionados ao nascimento, só faz sentido se lhe for garantido também o direito de nascer, o direito à vida, que é direito pressuposto a todos os demais.**

5. Portanto, é procedente o pedido de indenização referente ao seguro DPVAT, com base no que dispõe o art. 3º da Lei n. 6.194/1974. Se o preceito legal garante indenização por morte, o aborto causado pelo acidente subsume-se à perfeição ao comando normativo, haja vista que outra coisa não ocorreu, senão a morte do nascituro, ou o perecimento de uma vida intrauterina.

6. Recurso especial provido. (REsp 1415727/SC, 4ª Turma, min. Relator Luis Felipe Salomão, j. 04/09/14, DJe 29/09/14) (grifos nossos)

Ademais, no decorrer de seu voto, o relator, Ministro Luis Felipe Salomão, afirmou, expressamente, que “o ordenamento jurídico como um todo – e não apenas o Código Civil de 2002 – alinhou-se mais à teoria concepcionista para a construção da situação jurídica do nascituro”.

Maria Helena Diniz, ao reconhecer personalidade jurídica ao nascituro, ainda que sob ótica formal, posiciona-se dentre os defensores da teoria concepcionista. Assim:

Poder-se-ia até mesmo afirmar que na vida intrauterina tem o nascituro e na vida extrauterina tem o embrião, concebido in vitro,

personalidade jurídica formal, no que atina aos direitos da personalidade, visto ter carga genética diferente desde a concepção, seja ela *in vivo* ou *in vitro* (...), passando a ter *personalidade jurídica material*, alcançando os direitos patrimoniais (...) e obrigacionais, que se encontravam em estado potencial, somente com o nascimento com vida.¹⁸⁴

Silmara Juny Chinellato, que desponta entre os defensores da teoria concepcionista, afirma que:

A corrente doutrinária denominada concepcionista ou verdadeiramente concepcionista [...] sustenta que a personalidade começa da concepção e não do nascimento com vida, considerando que muitos dos direitos e *status* do nascituro não dependem do nascimento com vida, como os Direitos da Personalidade, o direito de ser adotado, de ser reconhecido, atuando o nascimento sem vida como a morte, para os já nascidos.¹⁸⁵

Importa anotar que a teoria concepcionista é adotada em outros países. Assim o art. 19 do Código Civil argentino: “Começo da existência. A existência da pessoa humana começa com a concepção.”

O Código Civil mexicano, no art. 22, dispõe que a capacidade só se adquire com o nascimento. No entanto, ao assegurar todos os direitos ao nascituro – considerando-o como se nascido fosse – certo é que está a adotar a teoria concepcionista:

A capacidade jurídica das pessoas físicas se adquire quando do nascimento e se perde com a morte; no entanto, desde o momento em que o indivíduo é concebido, recebe a proteção da lei e se tem por nascido para todos os efeitos declarados no presente Código.

Por fim, confira-se lição de Rubens Limongi França que, muito embora se refira ao Código Civil de 1916, também se aplicam à novel legislação que, como visto, tem dispositivo de quase idêntica redação:

¹⁸⁴ *Curso de direito civil brasileiro*. v. 1, p. 222.

¹⁸⁵ *O nascituro e a reprodução humana assistida no código civil*, p. 210.

A despeito de contar (ainda) com a minoria dos autores, a *doutrina racional é aquela que admite a condição de pessoa a partir da concepção.*

[...]

A condição do nascimento não é para que a personalidade exista, mas tão-somente para que se *consolide* a sua *capacidade jurídica*.¹⁸⁶

Entende-se, portanto, que as construções doutrinárias e jurisprudenciais conferem o supedâneo necessário para se defender a corrente concepcionista, ainda que a literalidade do art. 2º possa, à primeira vista, levar a entendimento diverso. No entanto, certo é que a interpretação sistemática é a que deve prevalecer, devendo o operador do direito valer-se não só da letra fria da lei, mas dos valores subjacentes ao ordenamento. Assim, tendo a Constituição Federal erigido a dignidade como um dos fundamentos da República, não se pode descurar da natureza humana ínsita ao nascituro, daí extraindo as necessárias consequências jurídicas.

1.4.2 *Fim da personalidade*

Assente, portanto, o início da personalidade, passa-se à verificação de seu término.

Dispõe o Código Civil: “Art. 6º. A existência da pessoa natural termina com a morte; presume-se esta, quanto aos ausentes, nos casos em que a lei autoriza a abertura da sucessão definitiva.”

Mors omnia solvit, ou seja, a morte tudo resolve.

A personalidade, assim, cessa apenas e tão-somente com a morte. Nesse aspecto, é importante salientar a distinção entre a morte real e a presumida, já que apenas aquela tem o efeito de fazer cessar a personalidade.

No Direito moderno, não mais há referência ao instituto da morte civil, muito embora ainda se vislumbrem alguns de seus resquícios no sistema pátrio.

¹⁸⁶ *Manual de direito civil*. v. 1. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1971, p. 127.

Historicamente, o instituto se prestava a fazer cessar a personalidade da pessoa ainda em vida, como forma de sanção.

Alguns apontam que o art. 1816, *caput*, do Código Civil, ao tratar da exclusão do herdeiro por indignidade, traria um resquício da morte civil no ordenamento. Reza o dispositivo:

Art. 1816: São pessoais os efeitos da exclusão; os descendentes do herdeiro excluído sucedem, **como se ele morto fosse antes da abertura da sucessão**. (grifos nossos)

Entende-se, no entanto, com Sílvio de Salvo Venosa, que não se trata de reminiscência de morte civil, que possui caráter sancionatório, devendo o dispositivo citado ser tido “[...] mais como uma solução técnica do que como pena”¹⁸⁷. Segundo se compreende, verdadeiros resquícios da morte civil encontram-se no art. 7º do Decreto-lei nº 3.038/41¹⁸⁸ e art. 130 da Lei nº 6.880/80¹⁸⁹, que dispõem que, uma vez declarado indigno do oficialato, ou com ele incompatível, o então militar perderá seu posto e sua patente. Seus familiares, ademais, receberão pensão, como se efetivamente estivesse morto. Aqui, sim, aflora, o nítido caráter sancionatório de tais disposições, podendo-se equipará-las a hipóteses de morte civil.

A morte natural – real, efetiva – tem o efeito de fazer necessariamente cessar a personalidade jurídica e, portanto, extinguir a titularidade ativa e passiva das situações jurídicas de que a pessoa fazia parte.

Caio Mário da Silva Pereira leciona da seguinte forma:

A personalidade é um atributo do homem, e o acompanha por toda a sua vida. Como a existência da pessoa natural termina com a morte, somente com esta cessa a sua personalidade.¹⁹⁰

¹⁸⁷ *Direito civil* (parte geral), p. 192.

¹⁸⁸ “Art. 7º: Uma vez declarado indigno do oficialato, ou com ele incompatível, perderá o militar seu posto e respectiva patente, ressalvada à sua família o direito à percepção das suas pensões, como se houvesse falecido.”

¹⁸⁹ “Art. 130: O extravio do militar na ativa acarreta interrupção do serviço militar, com o consequente afastamento temporário do serviço ativo, a partir da data em que o mesmo for oficialmente considerado extraviado.”

¹⁹⁰ *Instituições de direito civil*. v. 1, p. 163.

Atualmente, prevalece, quanto à determinação do momento da morte, o critério da morte encefálica, sendo esta a que permite a retirada de órgãos, tecidos e partes do corpo humano, conforme art. 3º da Lei 9.434/1997:

Art. 3º: A retirada *post mortem* de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano destinados a transplante ou tratamento deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, constatada e registrada por dois médicos não participantes das equipes de remoção e transplante, mediante a utilização de critérios clínicos e tecnológicos definidos por resolução do Conselho Federal de Medicina.

Ademais, conforme acentua José Carlos Moreira Alves, considera-se também a ocorrência da morte “[...] se há ausência de batimentos cardíacos, término de movimentos respiratórios, contração da pupila [...]”¹⁹¹. Assim, muito embora seja a morte encefálica o critério para possibilidade de remoção de órgãos e tecidos, referidas ocorrências também se prestam a caracterizar o evento morte.

Rosa Maria de Andrade Nery e Nelson Nery Junior acentuam que: “[...] a morte é um fato marcante para o direito, que deve ser proclamado, cercado dos cuidados que lhe confirmam credibilidade, para o bem da segurança jurídica de todos.”¹⁹²

Importante destacar que há de se ter, ínsita à morte, a noção de irreversibilidade. O problema surge em razão do desenvolvimento de técnicas cada vez mais avançadas de recuperação, que podem fazer voltar à vida aquele que, aparentemente, estava morto. Para o Direito, conforme salienta José de Oliveira Ascensão, “[...] basta-se [...] dizer que, se voltou à vida, é porque não estava morto”¹⁹³. A objetivação, por assim dizer, do evento morte é importante para evitarem-se questionamentos que trariam grave insegurança jurídica a fato que deve estar cercado de evidências irrefutáveis.

¹⁹¹ *Os efeitos jurídicos da morte*, p. 19.

¹⁹² *Instituições de direito civil*. v. I. tomo II. parte geral, p. 37.

¹⁹³ *Direito civil: teoria geral*. v. 1, p. 46.

Há, juntamente com a morte real (ou natural), outras possibilidades de sua decretação, conforme lição de Maria Helena Diniz¹⁹⁴:

(i) Morte presumida, sem decretação de ausência, conforme art. 7º, I e II e parágrafo único, do Código Civil¹⁹⁵. Presume-se, assim, a morte em casos de desaparecimento de pessoas em situações-limite, como desastres, acidentes, catástrofes naturais e guerras. Conforme decreta o parágrafo único do dispositivo citado, a decretação da morte só ocorrerá depois de esgotados todos os meios e averiguações para descoberta do corpo.

(ii) Morte presumida com decretação de ausência, de acordo com art. 6º, 2ª parte e art. 9º, IV, ambos do Código Civil¹⁹⁶. Trata-se do desaparecimento da pessoa natural, sem que se venha a encontrar seu cadáver. No entanto, distintamente da hipótese anterior – em que não há decretação de ausência – inexistente, subjacente ao desaparecimento, nenhuma situação objetiva (desastres, guerra, catástrofes) que faça tornar provável sua morte. Assim, o procedimento que leva à declaração da morte por ausência é bastante complexo, envolvendo etapas variadas, podendo ter duração de mais de vinte anos.

(iii) Morte simultânea ou comoriência. Não se trata de presunção da morte em si, já que, na hipótese, há a presença dos corpos. Trata-se, isso sim, de presunção quanto à simultaneidade das mortes, com importantes desdobramentos no que atina ao direito das sucessões. Assim, de acordo com o art. 8º do Código Civil, “[...] se dois ou mais indivíduos falecerem na mesma ocasião, não se podendo averiguar se algum dos comorientes precedeu aos outros, presumir-se-ão simultaneamente mortos”¹⁹⁷. A aplicação prática da regra está no seguinte efeito: os

¹⁹⁴ *Curso de direito civil brasileiro*. v. 1, p. 252-257.

¹⁹⁵ “Art. 7º: Pode ser declarada a morte presumida, sem decretação de ausência:

I - se for extremamente provável a morte de quem estava em perigo de vida;

II - se alguém, desaparecido em campanha ou feito prisioneiro, não for encontrado até dois anos após o término da guerra.

Parágrafo único. A declaração da morte presumida, nesses casos, somente poderá ser requerida depois de esgotadas as buscas e averiguações, devendo a sentença fixar a data provável do falecimento.”

¹⁹⁶ “Art. 6º: “A existência da pessoa natural termina com a morte; **presume-se esta, quanto aos ausentes, nos casos em que a lei autoriza a abertura da sucessão definitiva.**” (grifos nossos) e Art. 9º: “Serão registrados em registro público: IV – a sentença declaratória de ausência e de morte presumida.

¹⁹⁷ Idêntica opção foi adotada pelo Código Civil português, no art. 68º/2: “Quando certo efeito jurídico depender da sobrevivência de uma a outra pessoa, presume-se, em caso de dúvida, que uma e outra faleceram ao mesmo tempo.”

comorientes não herdam entre si. Assim, sendo (presumidamente) simultâneas as mortes de marido e esposa, sem que tivessem filhos, apenas irmãos, os bens de cada um deles serão transferidos aos seus respectivos herdeiros colaterais. Do contrário, não sendo possível estabelecer-se a presunção aventada – ou seja, averiguada a premissa de um dos cônjuges – aquele que faleceu primeiro transmitirá seus bens ao que faleceu posteriormente o qual, por sua vez, transmitirá esses mesmos bens aos referidos herdeiros colaterais.

A morte natural e a comoriência revelam hipóteses de morte efetiva, em que há a presença de cadáver, tornando-a, assim, indiscutível. Já as hipóteses de sua presunção – com ou sem decretação de ausência – trazem meras probabilidades, eis que a ausência de corpo morto evoca a possibilidade de que ainda haja vida. Portanto, e é importante salientar, as hipóteses de morte presumida não são aptas a extinguir a personalidade jurídica. Nesse sentido, José Carlos Moreira Alves:

Com a morte real, portanto, há a extinção imediata da personalidade jurídica, e, conseqüentemente, o falecido deixa de ser titular de direitos e deveres, ao contrário do que ocorre em relação à chamada '**morte presumida**', **que é a morte em que não há cadáver, e, mais, é a morte cuja presunção não destrói a personalidade do que presumidamente morreu**, levando-se em conta que, na morte presumida, há a possibilidade de o indivíduo presumidamente morto estar vivo e continuar, onde estiver vivo, a gozar de todos os atributos da personalidade jurídica.¹⁹⁸(grifos nossos)

Com efeito, no caso do desaparecimento de alguém, em situação tal que faça presumir sua morte, não se desconsidera que sua personalidade pode remanescer. Se determinada pessoa some de seu domicílio, mas, em verdade, não morreu, apenas localizando-se em outro Estado, certo é que continua a ter personalidade jurídica. Não se pode dizer que não tem personalidade jurídica em São Paulo, de onde desapareceu, mas que a possui no Acre, sua atual localização. Como dito, a personalidade é conceito absoluto, ou se a possui, ou não. Mais uma vez, ressalta José Carlos Moreira Alves:

¹⁹⁸ *Os efeitos jurídicos da morte*, p. 20.

[...] a não ser a morte real, **a morte presumida, em quaisquer de suas modalidades, não interfere na personalidade do presumidamente morto**, que, no lugar onde estiver, se vivo, continua com personalidade e é capaz juridicamente, como é capaz ou incapaz de fato, conforme os fatores de incapacidade que porventura lhe ocorram.¹⁹⁹ (grifos nossos)

Pode-se dizer que, enquanto na morte real há efetiva extinção da personalidade, na morte presumida (com ou sem decretação de ausência) há, diversamente, mera presunção de cessação de personalidade jurídica.

Pontes de Miranda, em passagem sobre a vida humana, nascimento e morte, assevera que:

Para se fazer fato jurídico *stricto sensu*, é preciso que [a morte] entre no mundo jurídico. À primeira vista e para juristas superficiais, a toda morte correspondem entrada e eficácia no mundo jurídico. Então, se A morreu, o fato da morte de A entrou no mundo jurídico com todas as consequências. **Não é tão automática quanto se pode pensar essa juridicização do fato da morte.** Se A desaparece a 1º de janeiro, morre a 1º de março, sem que se possa saber que morreu nesse dia (e.g., caiu em rio que o levou ao mar, onde os peixes o devoraram e não há vestígios) e se abriu após o desaparecimento o processo de curadoria dos ausentes, seguindo-se-lhe a sucessão provisória e a definitiva (arts. 481 e 482), nunca se saberá quando morreu. **A coincidência da morte com a entrada dela no mundo jurídico não se deu. O que entrou no mundo jurídico foi a ausência, tendo-se constituído, com a sentença [...] a presunção da morte.**²⁰⁰ (grifos nossos)

Assim, nas hipóteses de morte presumida – caso da ausência (art. 22 e seguintes, do Código Civil) e do art. 7º, I e II, do Código Civil (presunção de morte sem decretação de ausência) – o evento morte não entra no mundo jurídico, ou seja, não se constitui como fato jurídico. O que se constitui juridicamente é tão-somente a presunção da morte. Tal observação sustenta, portanto, a alegação de que a personalidade não se extingue quando a morte é mera presunção do ordenamento jurídico. Se a morte não entrou no mundo jurídico, não tem o condão de fazer cessar a personalidade jurídica, que efetivamente se encontra naquele âmbito.

¹⁹⁹ *Os efeitos jurídicos da morte*, p. 26.

²⁰⁰ *Tratado de direito privado*. parte geral. tomo II. Bens. Fatos Jurídicos. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1954, p. 191.

A morte real, sendo fato jurídico de extrema relevância, eis que faz extinguir a personalidade da pessoa, retirando-a do mundo jurídico, deve restar caracterizada por métodos técnico-científicos que lhe confirmem a mais absoluta certeza. Os requisitos e normatização para o tratamento jurídico do fato morte encontram-se na Resolução nº 1480/1997, do Conselho Federal de Medicina, e arts. 77 a 88 da Lei de Registros Públicos.

A prova da morte, seja ela real ou presumida, é feita por meio da certidão de óbito, que deverá conter as exigências preconizadas pelos textos legislativos mencionados. Na ausência desta, dever-se-á recorrer a meios supletivos de prova, de acordo com o regramento constante dos arts. 212 a 232 do diploma civil.

A morte, pelo exposto, não pode ser definida como o evento jurídico que faz cessar a personalidade. Apenas a morte real é que traz tal certeza. Pode-se conceituá-la, portanto, como o fato jurídico que, ao menos presumidamente, faz cessar a personalidade jurídica, ou seja, a pessoa em si.

Para arrematar – e prenunciar futura discussão – colaciona-se lição de Antonio Carlos Morato, segundo o qual o fato de a personalidade constituir o suporte necessário dos direitos de personalidade não impede que tais direitos sejam defendidos após a morte de seu titular²⁰¹. Com efeito, nesse particular, não é aplicável o *mors omnia solvit*, sendo possível identificar, nos arts. 12, parágrafo único e 20, parágrafo único, ambos do Código Civil, a possibilidade da tutela *post mortem*.

²⁰¹ Quadro geral dos direitos da personalidade. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. São Paulo, v. 106/107, jan./dez. 2011/2012, p. 144.

2 DIREITOS DE PERSONALIDADE

2.1 Considerações gerais

A análise dos direitos de personalidade implica a projeção dos pressupostos já analisados, que são o ser humano e a pessoa. San Tiago Dantas afirma que a construção da teoria dos direitos de personalidade como categoria à parte, distinta dos direitos patrimoniais, é obra majoritária da doutrina germânica moderna da última metade do século XIX²⁰².

Conforme ensina Antonio Carlos Morato, a importância dos direitos de personalidade reside na repersonalização do Direito como um todo, em especial do Direito Privado, tradicionalmente fincado em meandros de cunho patrimonialista. Assim:

A importância dos direitos da personalidade e em seu compreensível fascínio teórico está, como salientou Walter Moraes, na importância que confere à pessoa humana, antes esquecida pela hipertrofia do estudo da empresa e do Estado, possibilitando que a solidariedade e a dignidade humana estejam no centro de todo o ordenamento jurídico.²⁰³

A origem dos direitos de personalidade está na reação ao domínio estatal sobre o indivíduo, por meio da teoria contratualista de Rousseau, que concebeu tais direitos como inatos ao homem²⁰⁴.

Fábio Siebeneichler de Andrade aponta que, muito embora se defenda a ideia de que a teoria dos direitos de personalidade tenha gênese em autores do século XVI, como Donellus, certo é que quase até o crepúsculo do século XIX ainda não havia consenso na doutrina acerca dos contornos de tais direitos. Foi apenas ao final do século XIX que a natureza jurídica dos direitos de personalidade passou a ser delineada, muito embora a inserção da matéria nas codificações só tenha

²⁰² *Programa de direito civil: teoria geral*, p. 192.

²⁰³ *Quadro geral dos direitos da personalidade*, p. 128.

²⁰⁴ *Ibidem*, p. 128.

ocorrido no século XX, a exemplo do Código Civil italiano de 1942 e do Código Civil português de 1966²⁰⁵.

No Brasil, a omissão do Código Civil de 1916 quanto ao tema deve-se ao fato de seu anteprojeto ter sido redigido por Clovis Bevilacqua no século XIX, período em que, como visto, a dogmática da matéria ainda não havia alcançado sua plenitude²⁰⁶.

A positivação dos direitos de personalidade no Direito brasileiro ocorreu apenas com a Constituição Federal de 1988, sob a denominação “direitos fundamentais”, sendo ausente regulamentação específica da matéria no plano infraconstitucional. O Código Civil de 2002 finalmente introduziu no ordenamento brasileiro um capítulo específico sobre a temática, cabendo a ele concretizar, na esfera do Direito Civil, as normas constitucionais²⁰⁷.

Releva demonstrar a importância da tutela privada dos direitos de personalidade. Como noticia Rubens Limongi França, tais direitos foram, por muito tempo, entregues unicamente à tutela pública²⁰⁸. Tal realidade demonstrou-se insatisfatória, em especial pela ausência de guarda de direitos altamente relevantes, como o direito ao próprio corpo.

Fábio Maria de Mattia afirma que: “[...] a tutela dos direitos subjetivos não poderia ser completa com a regulamentação dos direitos essenciais dos indivíduos apenas no campo do Direito Público.”²⁰⁹

A definição dos aspectos privados dos direitos de personalidade, de acordo com Rubens Limongi França, levou ao desenvolvimento de sanções civis aos atos lesivos, bem como ao ressarcimento dos danos, com fundamento na responsabilidade civil²¹⁰.

²⁰⁵ ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. O desenvolvimento da tutela dos direitos da personalidade nos dez anos de vigência do Código Civil de 2002. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues (Coord.). *Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexões sobre os 10 anos do Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 53.

²⁰⁶ *Ibidem*, p. 52.

²⁰⁷ *Ibidem*, p. 55.

²⁰⁸ *Instituições de direito civil*, p. 1032.

²⁰⁹ *Direitos da personalidade: aspectos gerais*, p. 251.

²¹⁰ *Op. cit.*, p. 1032.

Ives Gandra da Silva Martins ressalta que o Código Civil apresenta-se como condicionador e condicionado à Constituição Federal. Assim:

Condicionador, na medida em que, sendo projeto anterior à Constituinte, alguns dos seus conceitos e princípios, debatidos no Congresso Nacional, influenciaram a formulação do Texto maior de 1988. Condicionado, porque, a partir de outubro de 1988, toda legislação inferior passou a estar subordinada ao perfil da Constituição.²¹¹

Peculiar, assim, observar que a anterioridade do projeto do Código Civil de 2002 – aprovado em 1984 – serviu de supedâneo para que a própria lei suprema nele se inspirasse, em especial no que atina à matéria referente aos direitos de personalidade. O direito privado, portanto, serviu de meio não só ao rearranjo do tema em seus domínios, mas também se prestou, nesse caso, a iluminar fortemente o constituinte de 1988.

Não basta, no entanto, a redefinição do tema na esfera do direito privado, é necessário, conforme aponta António Menezes Cordeiro, “[...] colocar a matéria no coração do Direito privado”²¹². Isso porque a tutela da pessoa é, em última análise, a finalidade de todos os esquemas jurídicos. Os direitos de personalidade, portanto, surgem como a solução dogmática para fazer com que aquela tutela se torne concreta e efetiva, ao considerar especificamente cada um dos aspectos da personalidade humana.

Fábio Maria de Mattia ressalta a autonomia dos direitos de personalidade, em razão da essencialidade que lhes é intrínseca:

Os direitos da personalidade constituem uma categoria autônoma entre os direitos subjetivos, sendo certo que esta autonomia provém do caráter essencial que apresentam por causa da especialidade do seu objeto e da singularidade do seu conteúdo.²¹³

²¹¹MARTINS, Ives Gandra da Silva. Os direitos da personalidade. In: FRANCIULLI NETTO, Domingos; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Gandra (Coord.). *O novo código civil – estudos em homenagem ao Prof. Miguel Reale*. São Paulo: LTR Editora, 2003, p. 56.

²¹² *Tratado de direito civil*. v. IV (parte geral, pessoas), p. 99.

²¹³ *Direitos da personalidade: aspectos gerais*, p. 252.

Adriano de Cupis compreende os direitos de personalidade como integrantes da esfera privada. Assim:

De qualquer modo, podemos notar desde já que a vida, a integridade física, a honra, a liberdade, etc., satisfazem aspirações e necessidades próprias do indivíduo considerado em si mesmo, e ficam compreendidos, por isso, na esfera da *utilitas* privada.²¹⁴

Ademais, conforme acentua Roxana Cardoso Brasileiro Borges, a inserção do tema no âmbito do Direito Civil altera o próprio eixo axiológico desta seara jurídica, “[...] pondo o foco sobre a valorização da pessoa humana, deixando periféricas as relações puramente patrimoniais que sempre ocuparam a atenção dos civilistas”²¹⁵.

Com efeito, tendo em vista que os direitos de personalidade relacionam-se com os modos de ser da pessoa, é certo que sobreleva seu caráter privado. Não se nega, no entanto, a existência de direitos públicos que também ostentam referibilidade à pessoa, como as chamadas liberdades públicas. A diferença, no entanto, consiste em que estes não têm por essência o modo de ser dos indivíduos, referindo-se mais às suas posições frente ao Estado e particulares exigências de liberdade. Adiante desenvolver-se-á mais o assunto, ao distinguir os direitos de personalidade de figuras afins.

Os direitos de personalidade são marcados por forte conteúdo ético, devendo ser esse o referencial para sua identificação. De tal conteúdo trata Diogo Costa Gonçalves: “[...] entendemos por conteúdo ético a orientação dessa realidade [da pessoa] aos fins da realização humana, à construção do Homem no sentido de ser mais, que se consubstancia, como vimos, em ser para.”²¹⁶

Assim é que só deverão ser valorados pelo Direito aqueles bens intimamente ligados à realização estrutural do Homem, facultando, desta forma, sua plenitude ontológica.

²¹⁴ *Os direitos da personalidade*, p. 27.

²¹⁵ *Dos direitos da personalidade*, p. 243.

²¹⁶ *Pessoa e direitos de personalidade: fundamentação ontológica da tutela*, p. 86.

Deve-se, ademais, evitar a ampliação desmedida do rol dos direitos de personalidade, a fim de que não se tornem os direitos “do egoísmo individual”²¹⁷. Adriano de Cupis, em clássica passagem, ensina que:

[...] existem certos **direitos sem os quais a personalidade restaria uma susceptibilidade completamente irrealizada**, privada de todo o valor concreto: direitos sem os quais todos os outros direitos subjetivos perderiam todo o interesse para o indivíduo – o que equivale a dizer que, **se eles não existissem, a pessoa não existiria como tal**. São esses os chamados ‘direitos essenciais’, com os quais se identificam precisamente os direitos da personalidade. Que a denominação de direitos da personalidade seja reservada aos direitos essenciais justifica-se plenamente pela razão de que **eles constituem a medula da personalidade**.²¹⁸ (grifos nossos)

Portanto, apenas os bens que apresentem valor inseparável ao modo de ser da pessoa é que podem receber a denominação de direitos de personalidade.

2.2 Direitos de personalidade como situações jurídicas

Os direitos de personalidade podem ser conceituados, segundo doutrina de Pietro Perlingieri, como situações subjetivas existenciais²¹⁹. Longe de descer às minúcias do tema, procurar-se-á demonstrar, ainda que brevemente, no que consistem as situações subjetivas, também denominadas situações jurídicas.

Conforme apontado alhures, o desenvolvimento da doutrina acerca das situações jurídicas busca ampliar a visão do Direito como fenômeno meramente circunscrito às posições intersubjetivas. Com efeito, há força jurígena também nas situações jurídicas uniposicionais, isto é, que não demandam pluralidade de sujeitos para engendram-se. Trata-se da análise das situações jurídicas em liame com as relações jurídicas.

²¹⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil*, teoria geral (introdução, as pessoas, os bens), p. 63.

²¹⁸ *Os direitos da personalidade*, p. 17-18.

²¹⁹ *Perfis do direito civil*, p. 153.

Ademais – e é esse o ponto que aqui interessa – o estudo das situações jurídicas está intimamente ligado ao dos direitos subjetivos. As situações subjetivas de que ora tratamos são, conforme lição de Pietro Perlingieri, uma categoria geral que inclui uma multiplicidade de figuras, tais como o direito subjetivo, o poder jurídico, o interesse legítimo, a obrigação, o ônus²²⁰. A situação subjetiva, portanto, é continente que abrange referidos conteúdos, apresentando, assim, perfil dinâmico.

Enquanto alguns autores propugnam a substituição das expressões²²¹ – direito subjetivo por situação subjetiva (ou situação jurídica) – outros entendem pela possibilidade de que coexistam no mesmo sistema²²². Seguiremos a orientação preconizada por Pietro Perlingieri, para quem o direito subjetivo – categoria à qual tradicionalmente defende-se pertencerem os direitos de personalidade²²³ – é, em verdade, um dos aspectos de uma categoria mais ampla, que é a situação subjetiva.

São numerosas as definições de direito subjetivo. As concepções clássicas sobre o tema foram fruto da doutrina alemã do século XIX. Windscheid e Savigny o definiram como um poder de vontade²²⁴. Assim, uma pessoa teria direito subjetivo a partir do momento em que sua vontade fosse, sobre determinado ponto, mais forte do que a do outro. Tal concepção, conforme aponta Maria Helena Diniz²²⁵, desconhece o fato de que há direitos plenamente conformados, não obstante a falta de vontade real de seu titular, como no caso dos incapazes.

Tradicional teoria, propugnada por Jhering, define o direito subjetivo como o interesse juridicamente protegido²²⁶. Destaca-se a fragilidade de tal concepção, sendo claro que nem todo interesse protegido corresponde a um direito subjetivo, como nos casos de normas que só impõem deveres a serem observados.

Outras teorias contemporâneas procuraram esquadrihar o direito subjetivo, tendo por expoentes os franceses Jean Dabin, com sua obra “*Le droit subjectif*”, de

²²⁰ *Perfis do direito civil*, p. 105.

²²¹ NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. *Instituições de direito civil*. v. 1. tomo I. teoria geral do direito privado, p. 344.

²²² BENACCHIO, Marcelo. Direito subjetivo – situação jurídica – relação jurídica. In: LOTUFO, Renan e NANNI, Giovanni Ettore (coord.). *Teoria geral do direito civil*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 186.

²²³ Adriano de Cupis, Serpa Lopes, Sílvio Rodrigues, Caio Mário, Carlos Alberto Bittar, Elimar Szaniawski, Fabio Maria de Mattia.

²²⁴ SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil*. v. 1, p. 231.

²²⁵ *Curso de direito civil brasileiro*. v. 1, p. 26.

²²⁶ SERPA LOPES, Miguel Maria de. Op. cit., p. 231.

1952, e Paul Roubier, autor do clássico “*Droits subjectives et situations juridiques*”, publicado em 1963. Tais doutrinadores entenderam o direito subjetivo como um feixe de proteção jurídica contra atos de terceiros, “[...] havendo, nesse âmbito, dois lados, um interno, voltado contra aquele a quem o direito subjetivo é exercido, e outro externo, referentemente à garantia da própria existência do direito subjetivo em si”²²⁷. Como se vê, remanesce, mesmo em tais concepções, a feição puramente individualista do direito subjetivo, centrada, tão-só, na atribuição de vantagens ao seu titular.

A grande crítica que a doutrina contemporânea faz aos direitos subjetivos é sinalizada por Pietro Perlingieri, segundo o qual inexistem direitos que confirmam poder ilimitado ao seu titular²²⁸. Com efeito, os direitos subjetivos, ao serem identificados tão-somente com a vontade ou interesse daquele que os detêm, acabam por expressar verdadeiro poder arbitrário, sem limitações intrínsecas.

Note-se que a noção de direitos subjetivos é fruto do liberalismo – vertente política do iluminismo – que concebia a formação da sociedade a partir da livre vontade daqueles que a compunham. Seu substrato, assim, assenta-se em momento histórico em que urgia a realização do indivíduo, tendo em vista a hipertrofia estatal típica do absolutismo monárquico então vigente.

As exigências da sociedade contemporânea, no entanto, instam a releitura de antigos institutos sob lentes que possibilitem sua atualização segundo valores vigentes. Com efeito, o Direito não pode ser concebido como realidade estática e desvinculada da realidade denominada extrajurídica. Deve, ao contrário, trazê-la aos seus domínios, de forma a constituir soluções verdadeiramente eficazes e concretas. Assim é o dizer de Marcelo Benacchio:

[...] não mais se cogitar metodologicamente de divisão entre a realidade social e econômica e a realidade jurídica, como outrora, mas sim do **direito como cultura, como estrutura da sociedade, no confronto entre sistema jurídico e realidade social**, onde as transformações redundam em mudanças no ordenamento jurídico,

²²⁷ BENACCHIO, Marcelo. *Direito subjetivo* – situação jurídica – relação jurídica, p. 195.

²²⁸ *Perfis do direito civil*, p. 121.

não mais se podendo crer que o Direito seja imodificável, eterno e insensível a qualquer ideologia.²²⁹ (grifos nossos)

É nesse sentido que vem sendo estudadas novas possibilidades de análise do direito subjetivo, não mais como categoria impregnada de inegável carga de individualismo, mas como conceito harmônico com o princípio da socialidade, um dos vetores que inspiraram o projeto do Código Civil de 2002.

Assim é que surge a ideia de situação subjetiva, que atende aos interesses “não apenas do titular do direito, como se dava, historicamente, no campo do direito subjetivo, mas de toda a coletividade”²³⁰. Trata-se de ideia sintetizadora que visa à análise global de certos direitos não mais sob o aspecto do poder e vontade de seu titular, mas, igualmente, como criador de comportamentos para esse mesmo titular, ainda que credor²³¹.

Conforme acentua António Menezes Cordeiro, “[...] síntese não é somatório[...]”, mas sim, continua, “[...] um estágio diferente, na evolução global da ideia em que, de algum modo, se encontram e superam seus antecedentes”²³².

Assim, o caráter sintetizador ínsito ao conceito de situação subjetiva não significa seja essa mero somatório de seus conteúdos (v.g., direito subjetivo, interesse legítimo, ônus). Trata-se, em verdade, do ponto de chegada - sempre passível de modificação – da maturação do raciocínio jurídico. A situação subjetiva seria, assim, verdadeira amálgama de certos conteúdos que, reunidos, formam um arquétipo autônomo.

António Menezes Cordeiro leciona que a situação jurídica é subjetiva porque se refere à pessoa²³³. No entanto, a ela não se resume, donde se infere não ter a situação jurídica (ou situação subjetiva) uma essência psicológica. Em verdade, ela compartilha da natureza cultural do Direito e, por isso, a realidade social apresenta-se como referência inarredável de sua estrutura.

²²⁹ *Direito subjetivo* – situação jurídica – relação jurídica, p. 190.

²³⁰ *Ibidem*, p. 202.

²³¹ *Ibidem*, p. 204.

²³² *Tratado de direito civil*. v. I: introdução, fontes do direito, interpretação da lei, aplicação das leis no tempo, doutrina geral. 4. ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2012, p. 893.

²³³ *Tratado de direito civil*. v. I, p. 863.

A situação subjetiva não é conceito que vise substituir a ideia de direito subjetivo, mas sim albergá-lo sob viés mais abrangente. A visualização do direito subjetivo não como categoria estanque, mas como aspecto dinâmico de uma estrutura maior, que é a situação subjetiva, permite, nos dizeres de Pietro Perlingieri, funcionalizá-lo e socializá-lo. Assim:

No ordenamento moderno, **o interesse é tutelado se, e enquanto for conforme não apenas ao interesse do titular, mas também àquele da coletividade**. Na maior parte das hipóteses, o interesse faz nascer uma **situação subjetiva complexa**, composta **tanto de poderes quanto de deveres, obrigações, ônus**. **É nesta perspectiva que se coloca a crise do direito subjetivo. Este nasceu para exprimir um interesse individual e egoísta, enquanto que a noção de situação subjetiva complexa configura a função de solidariedade presente no nível constitucional.**²³⁴ (grifos nossos)

A fim de se tentar salvar a noção estanque de direito subjetivo, há os que identificam limites à sua atuação, embora externos. Assim, conforme aponta o mestre italiano, o poder da vontade, sob o viés do direito subjetivo, exercer-se-ia, em regra, de forma arbitrária e absoluta. Os limites, por sua vez, consistiriam em exceções, ou seja, elementos externos à sua conformação. E continua:

No vigente ordenamento não existe um direito subjetivo – propriedade privada, crédito, usufruto – ilimitado, atribuído ao exclusivo interesse do sujeito[...]
[...]
O que existe é um interesse juridicamente tutelado, **uma situação jurídica que já em si mesma encerra limitações para o titular. Os chamados limites externos, de um ponto de vista lógico, não seguem a existência do princípio** (direito subjetivo), **mas nascem junto com ele e constituem seu aspecto qualitativo.**²³⁵ (grifos nossos)

É necessário, assim, superar a noção estanque de direito subjetivo, que passa a dar espaço para a ideia, mais ampla, de interesse. Frise-se que não se está aqui a concordar com as teses negativistas – cujo principal representante foi Leon

²³⁴ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*, p. 121.

²³⁵ *Ibidem*, p. 122.

Duguit²³⁶ – que intentaram suprimir a noção de direito subjetivo, substituindo-a por outras figuras. Trata-se, em verdade, do deslocamento de tal concepção para o bojo mais abrangente da situação subjetiva, donde, sendo um de seus aspectos, ganha, agora, feição dinâmica. Nesse sentido é a lição de Marcelo Benacchio:

Assim é que a situação jurídica, ou situação subjetiva, consiste em uma série de disposições normativas, que atribuem, a um sujeito, direitos e obrigações consistentes em comportamentos, que podem ser opostos e exigidos em um **aspecto estrutural dinâmico**, de forma que há um **desenvolver constante desse plexo de deveres e correlativos direitos**, conforme as relações existentes e seu desenvolvimento perante outros sujeitos de direito.²³⁷ (grifos nossos)

A necessidade de um novo modelo para solução do arquétipo de atribuição de certos objetos às pessoas demanda a superação do direito subjetivo. Isso porque este, pela evidente carga individualista que carrega, não permite o controle social que se impõe. Conforme acentua Marcelo Benacchio, certo é que alguns casos outrora dos domínios do direito subjetivo passarão, agora, a hospedar-se no bojo da situação subjetiva²³⁸. Isso não significa, frise-se, a exclusão do conceito de direito subjetivo, e sim sua contextualização não mais como instituto estanque, mas com viés dinâmico, sendo um dos aspectos do conceito superior de situação subjetiva.

O direito subjetivo, em síntese, não é modelo idôneo para a definição dos direitos de personalidade²³⁹. Isso porque, como visto, centra-se na categoria do “ter”, ao passo que a pessoa deve ser considerada na categoria do “ser”. Pietro Perlingieri, em já citada passagem, mas, agora, com realce para o viés que se aborda, leciona que:

Tais situações subjetivas não assumem necessariamente a forma do direito subjetivo e não devem fazer perder de vista a unidade do valor envolvido.²⁴⁰ (grifos nossos)

²³⁶ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil*. v. I, p. 882.

²³⁷ *Direito subjetivo* – situação jurídica – relação jurídica, p. 204.

²³⁸ *Ibidem*, p. 198.

²³⁹ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*, p. 155.

²⁴⁰ *Ibidem*, p. 156.

A tutela da personalidade, assim, deve levar em conta sua unidade valorativa. A proteção da pessoa deve se efetivar por meio de uma cláusula geral, que é possibilitada por meio do já analisado princípio da dignidade humana²⁴¹, erigido pela Constituição Federal, em seu art. 1º, III, como um dos fundamentos da República.

Pietro Perlingieri, em importante passagem para elucidação das ideias aqui expostas, afirma que:

Afirmada a natureza necessariamente aberta da normativa, é da máxima importância constatar que **a pessoa se realiza não através de um único esquema de situação subjetiva, mas com uma complexidade de situações que ora se apresentam como poder jurídico (*potestà*), ora como interesse legítimo, ora como direito subjetivo, faculdade, poderes.**²⁴² (grifos nossos)

Assim, os chamados direitos de personalidade, em verdade, encerram as mais variadas situações subjetivas existenciais (isto é, não patrimoniais), todas voltadas à promoção da pessoa em seu sentido mais abarcante. É nesse sentido que se pode asseverar que os direitos de personalidade não são necessariamente, direitos subjetivos, muito embora possam ter tal configuração em algumas hipóteses. Mesmo nesses casos, conforme acentua António Menezes Cordeiro, “[...] a liberdade jurídico-subjetiva deve ser complementada com as ideias de cooperação, de participação e de responsabilidade ou de deveres imanentes”²⁴³.

2.3 Fundamentação dos direitos de personalidade

Discussão tradicional se dá em relação à fundamentação dos direitos de personalidade: seriam eles fruto do ordenamento jurídico ou, ao contrário, seriam inatos²⁴⁴ à pessoa, eis que derivados de uma ordem natural?

²⁴¹ E, conforme será visto, pelo próprio art. 12 do Código Civil de 2002.

²⁴² *Perfis do direito civil*, p. 155.

²⁴³ *Tratado de direito civil*. v. I, p. 890.

²⁴⁴ Está-se, nesse ponto, a entender por inatos os direitos respeitantes à pessoa por concessão da própria natureza. Isso porque Adriano de Cupis, embora positivista, os considera inatos como sinônimo de direitos originários do tão-só pressuposto da personalidade.

Os jusnaturalistas, por óbvio, consideram os direitos de personalidade como direitos naturais. Tal premissa, no entanto, não significa a adoção de uma única vertente, já que o pensamento jusnaturalista ramifica-se em diversas fundamentações. Conforme acentua Roxana Cardoso Brasileiro Borges, para alguns autores, o direito natural seria estabelecido por uma vontade divina revelada aos homens. Outros concebem os direitos naturais como uma derivação da ordem – também denominada lei – natural, que se aplicaria ao homem pelo fato de ser este um componente da natureza. Por fim, há os que propugnam que os direitos naturais adviriam da razão, algo inerente ao homem²⁴⁵.

Rubens Limongi França defende serem os direitos de personalidade oriundos do direito natural. Assim:

Assim, além de direitos privados da personalidade definidos em lei, outros há, reconhecidos pelo costume e pelo direito científico.
[...]
Mas seu fundamento primeiro são as imposições da natureza das coisas, noutras palavras, o direito natural.²⁴⁶

Fábio Maria de Mattia também adota a corrente jusnaturalista, ao afirmar que “[...] consideramos que o direito natural é o fundamento primeiro dos direitos da personalidade segundo a lição do Prof. Rubens Limongi França”.²⁴⁷

Carlos Alberto Bittar também posiciona-se entre os jusnaturalistas, sustentando que:

Em nosso entender, pois, os direitos da personalidade devem ser compreendidos como: a) **os próprios da pessoa em si (ou originários), existentes por sua natureza, como ente humano, com o nascimento**; b) e os referentes às suas projeções para o mundo exterior[...]²⁴⁸ (grifos nossos)

²⁴⁵ *Direitos de personalidade e autonomia privada*, p. 22-23.

²⁴⁶ *Instituições de direito civil*, p. 1033.

²⁴⁷ *Direitos da personalidade: aspectos gerais*, p. 256.

²⁴⁸ BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995. p. 10.

Dentre os positivistas, Roxana Cardoso Brasileiro Borges, mais uma vez, destaca as diversas vertentes que buscam a fundamentação positiva dos direitos de personalidade²⁴⁹. Há quem os conceba como direitos positivos na medida em que outorgados pelo Estado à sociedade. Outros entendem que a positividade independe do Estado, sendo direitos de personalidade aqueles que emanam da sociedade em determinado momento histórico, ainda que não haja positivação estatal. Há, ainda, aqueles que consideram que se da sociedade emana certa concepção de direitos de personalidade, esta prevaleceria mesmo diante de lei que estabelecesse o contrário.

Adriano de Cupis revela-se defensor da corrente positivista o afirmar que:

Por tal razão, **os direitos da personalidade estão vinculados ao ordenamento positivo** tanto como outros direitos subjectivos, uma vez admitido que as ideias dominantes no meio social sejam revestidas de uma particular força de pressão sobre o próprio ordenamento. Por consequência, **não é possível denominar os direitos da personalidade como ‘direitos inatos’, entendidos no sentido de direitos respeitantes, por natureza, à pessoa.**²⁵⁰ (grifos nossos)

Gustavo Tepedino critica as concepções jusnaturalistas, asseverando que a tutela da personalidade por meio da vontade ou consciência populares restaria menoscabada, tendo em vista que históricas atrocidades foram cometidas sob a guarida de tal argumento. Assim:

Tal circunstância histórica, contudo, que se justifica mais por razões metajurídicas do que técnico-jurídicas, **não autoriza a construção de uma categoria de direitos impostos à sociedade independentemente de sua própria formação cultural, social e política.**

[...]

No Estado de Direito, **a ordem jurídica serve exatamente para evitar os abusos** cometidos por quem, com base em valores supralegislativos, ainda que em nome de interesses aparentemente humanistas, viesse a violar garantias individuais e sociais

²⁴⁹ *Direitos de personalidade e autonomia privada*, p. 23.

²⁵⁰ *Os direitos da personalidade*, p. 18.

estabelecidas através da representação popular, pelo direito positivo.²⁵¹ (grifos nossos)

Entende-se, como já demonstrado anteriormente, que a personalidade não decorre de concepção jurídico-normativa, mas sim da realidade psicofísica do homem²⁵². Assim, mais coerente seria a adoção da corrente jusnaturalista. Ocorre que, conforme será visto, a discussão, no atual estágio do Direito, perdeu parte de sua relevância.

A atual concepção do jusnaturalismo – que tem por expoente o jurista alemão Samuel Pufendorf – traz a ideia de Direito como sistema, passando o Direito Natural a ter “características de uma estrutura lógico-demonstrativa”²⁵³. Pode-se dizer, portanto, que a codificação dos direitos naturais, concebida pelo moderno jusnaturalismo, acabou, nas palavras de Celso Lafer, por “[...] corroer o paradigma que os inspirou”²⁵⁴. Isso porque os efeitos da codificação dos direitos naturais acabaram, mesmo que acidentalmente, por aproximar os conteúdos de concepções bastante distintas. Nesse sentido:

Ora, transposta e positivada pelos códigos e pelas constituições a visão jusnaturalista de um Direito racional e sistemático, foi perdendo significado a idéia de outro Direito que não o Direito do Código e da Constituição. Por isso, o fundamento do Direito deixou de ser buscado nos ditames da razão e passou a afirmar-se como a vontade do legislador, independentemente de qualquer juízo sobre a conformidade desta vontade com a razão. Nesse sentido, o processo de laicização e sistematização do Direito terminou por confluir com o fenômeno da crescente positivação do Direito pelo Estado, que é outro processo característico da experiência jurídica no mundo moderno.²⁵⁵

Tem-se, assim, que a importância em se definir a fundamentação – positiva ou jusnatural – dos direitos de personalidade é mais histórica do que metodológica. Com efeito, pode-se afirmar que, independentemente da concepção adotada, releva

²⁵¹ TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 40-42.

²⁵² MATTIA, Fábio Maria de. *Direitos da personalidade: aspectos gerais*, p. 255.

²⁵³ LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998, p. 38.

²⁵⁴ *Ibidem*, p. 38.

²⁵⁵ *Ibidem*, p. 39.

considerar que a dimensão cultural do Direito – “como criação do homem para o homem”²⁵⁶ – não pode descurar de um conteúdo mínimo que confira eficácia à própria personalidade humana.

Norberto Bobbio, em interessante passagem, assevera que:

[...] o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais amplo, político. **Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual é sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro para garanti-los,** para impedir que, apesar das solenes declarações eles sejam continuamente violados.²⁵⁷ (grifos nossos)

Assim, o que o operador do Direito deve ter em mente ao tratar dos direitos de personalidade é, de forma clara e objetiva, a questão referente à sua imperiosa efetivação. Nesse sentido, ganha relevo o entendimento de Pietro Perlingieri, segundo o qual os direitos de personalidade seriam atípicos, perfazendo uma série aberta, que não se resume às previsões normativas. Nesse sentido:

Afirmada **a natureza necessariamente aberta da normativa**, é da máxima importância constatar que a pessoa se realiza não através de um único esquema de situação subjetiva[...]²⁵⁸ (grifos nossos)

Portanto, ao invés da discussão acerca da fundamentação primeira dos direitos de personalidade, entende-se que análise do caráter aberto destes – com o qual se concorda – possui maior relevância prática. Isso porque tal elasticidade permite uma tutela mais efetiva e abrangente da dignidade humana, já que não se resumiria aos esquemas normativos preestabelecidos. Mais à frente será tratada a questão relativa ao direito geral de personalidade, tema relacionado à consideração dos direitos de personalidade em *numerus apertus*.

²⁵⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. v. 1, p. 186.

²⁵⁷ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 9. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 45.

²⁵⁸ *Perfis do direito civil*, p. 155.

2.4 Algumas definições. A definição de Walter Moraes. O direito geral de personalidade

Há inúmeros conceitos de direitos de personalidade²⁵⁹ na doutrina. Adriano de Cupis leciona que: “[...] [são] o *minimum* necessário e imprescindível ao seu conteúdo [da personalidade] [...] direitos sem os quais todos os outros direitos subjectivos perderiam todo o interesse para o indivíduo.”²⁶⁰

Maria Helena Diniz assevera que: “[...] os direitos da personalidade são os direitos subjetivos da pessoa de defender o que lhe é próprio, ou seja, a identidade, a liberdade, a sociabilidade, a reputação, a honra, a autoria etc.”²⁶¹

José Serpa de Santa Maria, por sua vez, afirma:

[...] consideramos os direitos da personalidade, os atinentes à utilização e disponibilidade de certos atributos inatos ao indivíduo, como projeções bio-psíquicas integrativas da pessoa humana, constituindo-se em objetos (bens jurídicos), assegurados e disciplinados pela ordem jurídica imperante²⁶².

Antonio Carlos Morato define os direitos de personalidade “[...] como direitos que versam sobre a própria pessoa e seus reflexos que são *reconhecidos* à pessoa humana e *atribuídos* à pessoa jurídica”²⁶³. O autor, ao estabelecer a distinção entre os verbos “reconhecer” e “atribuir”, aloca-se dentre os jusnaturalistas, já que,

²⁵⁹ Importa salientar que, não obstante se tenha estabelecido que tais direitos configuram situações subjetivas (do tipo existencial), adota-se a terminologia “direitos da personalidade” por ser já bastante assimilada no ordenamento pátrio. Tal denominação também é a adotada no Código Civil português e de Cabo Verde (em ambos a “Secção II”, trata dos “direitos de personalidade”), e também no Código Civil de Quebec (Art. 3^o: “*Toute personne est titulaire de droits de la personnalité, tels le droit à la vie, à l’inviolabilité et à l’intégrité de sa personne, au respect de son nom, de sa réputation et de sa vie privée*”. Em tradução livre: “Toda pessoa é titular de direitos da personalidade, como o direito à vida, à inviolabilidade e à integridade de sua pessoa, ao respeito de seu nome, de sua reputação e de sua vida privada”. Já o Código Civil italiano traz a tutela de determinados direitos da personalidade em espécie (nome, tutela do pseudônimo e imagem) nos arts. 6^o a 10, embora sem denominá-los. O Código Civil peruano, por seu turno, trata, no Título II, dos “*derechos de la persona*”, ou seja, denomina os direitos da personalidade de “direitos da pessoa”.

²⁶⁰ *Os direitos da personalidade*, p. 17.

²⁶¹ *Curso de direito civil brasileiro*. v. 1, p. 134.

²⁶² *Direitos da personalidade e a sistemática civil geral*, p. 33.

²⁶³ *Quadro geral dos direitos da personalidade*, p. 124.

conforme acentua, “[...] só seria possível o reconhecimento de uma situação preexistente”²⁶⁴.

Para Rubens Limongi França: “Direitos da personalidade dizem-se as faculdades jurídicas cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim as suas emanações e prolongamentos.”²⁶⁵

Orlando Gomes, por seu turno, oferece conceito detalhado, destacando o aspecto funcional dos direitos de personalidade:

Sob a denominação de direitos da personalidade, compreendem-se os direitos personalíssimos e os direitos sobre o próprio corpo. São direitos considerados essenciais ao desenvolvimento da pessoa humana, que a doutrina moderna preconiza e disciplina, no corpo do Código Civil, como direitos absolutos, desprovidos, porém, da faculdade de disposição. Destinam-se a resguardar a eminente dignidade da pessoa humana, preservando-a dos atentados que pode sofrer por parte dos outros indivíduos.²⁶⁶

E necessário sublinhar – e tal lição é ministrada por Rosa Maria de Andrade Nery –: muito embora haja coincidência nos estudos de personalidade e direitos de personalidade, são, na verdade, temas que sustentam, autonomamente, ramos distintos dentro do Direito.

A personalidade, tal qual estudada aqui, é tema atinente à Teoria Geral do Direito Privado. Com efeito, todas as considerações já tecidas sobre o tema têm plena aplicabilidade para todo e qualquer ramo jurídico. Por qualquer ângulo, a personalidade será, sempre, o *quid* axiológico que consubstancia a projeção da natureza humana, tornando o homem uma pessoa no sentido jurídico do termo.

Já os direitos de personalidade, embora se refiram formalmente à personalidade – até mesmo pelo seu *nomem iuris* – a ela extrapolam. Não se pode afirmar que os direitos de personalidade cuidam de objetos que estão no sujeito. Com efeito, seus objetos, “estão na natureza humana, não na pessoa”²⁶⁷. Sob este

²⁶⁴ *Quadro geral dos direitos da personalidade*, p. 125.

²⁶⁵ *Manual de direito civil*. v. 1, p. 403.

²⁶⁶ GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Edição Forense, 1965, p. 131-132.

²⁶⁷ NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. *Instituições de direito civil*. v. I. tomo II. parte geral, p. 9.

ângulo, será até mesmo preferível a denominação “direitos de humanidade” a “direitos de personalidade”²⁶⁸.

Esse é o ponto nodal da doutrina de Walter Moraes:

Os bens que em direito se qualificam como de personalidade são partes integrantes do homem *in natura*. Com efeito, excluam-se das extensas relações de bens de personalidade (supra, n. 1) os que extravasam dos limites da individualidade humana, também os simples desdobramentos de componentes fundamentais e algumas extravagâncias do entusiasmo teórico avaliáveis de pronto, e teremos **alguns poucos direitos básicos**, estes admitidos pela *communis opinio* doutrinária: o corpo (saúde etc...) e a psique (integridade física), que são substâncias. A vida, que é a essência da psique, a obra, dita do espírito, que é ato da potência intelectual, a imagem, que é propriedade do corpo (visibilidade), a condição de família, que é propriedade da potência generativa (congeneratividade), a liberdade e a dignidade, que são propriedades da *anima intelectual*, a identidade (verdade pessoal, nome) e a intimidade (incomunicabilidade ontológica), que são propriedades de todo humano – além de outros cuja qualificação como bens e direitos de personalidade é discutida.²⁶⁹ (grifos nossos)

Para o autor, portanto, os ditos “direitos de personalidade” – e aqui manteremos tal denominação, por simples razão didática – não obstante referirem-se à individualidade humana, a ela extravasam. Ademais, continua o autor, devem ser excluídos de tal rol os meros desdobramentos dos que seriam os autênticos direitos de personalidade.

Para Walter Moraes, o alicerce sobre o qual se erigem os direitos de personalidade são o corpo físico e o corpo psíquico (psique humana). A partir deles – e a eles relacionados – é que surgem os direitos de personalidade em espécie. Sob tal ângulo, portanto, o rol dos direitos básicos de personalidade é bastante diminuto em comparação com propostas de outros autores.

Não se defende aqui a ideia de que os direitos de personalidade constituam *numerus clausus*, como se fossem somente aqueles com referibilidade direta ao corpo ou a psique. Os que assim se constituem são, nas palavras do supracitado

²⁶⁸ NERY, Rosa Maria de Andrade. *Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do direito privado*, p. 285.

²⁶⁹ *Concepção tomista de pessoa – um contributo para a teoria do direito da personalidade*, p. 835.

doutrinador, os “direitos básicos”, como a vida, por exemplo. Além destes, há os que se referem apenas indiretamente aos elementos fulcrais (corpo e psique) e, ainda assim, consubstanciam direitos de personalidade. Como exemplo destes últimos, temos o direito moral de autor, que só mediatamente se relaciona com a integridade psíquica da pessoa.

Ainda nesse ponto, é interessante trazer à baila as lições de Adriano de Cupis, para quem:

Todos os direitos subjectivos derivam do ordenamento positivo; mas enquanto para criação de alguns deles – os chamados direitos derivados ou adquiridos – se requer, além de pressuposto da personalidade jurídica, a verificação de determinados requisitos, relativamente a outros – e estes são os direitos inatos – é suficiente o pressuposto da personalidade.²⁷⁰

Distinguem-se, assim, os direitos inatos – aqui entendidos como direitos originários, qualquer que seja a fundamentação utilizada (positiva ou jusnatural) – dos direitos derivados que, por seu turno, embora guardem a essencialidade comum a todos os direitos de personalidade, não têm por pressuposto a simples existência da personalidade, necessitando de outros requisitos para que sejam revelados. Adriano de Cupis afirma ser o direito moral de autor²⁷¹ um exemplo da segunda categoria, já que não tem por finalidade precípua “[...] assegurar um valor concreto à personalidade”²⁷².

A categoria dos direitos de personalidade está em constante expansão, conforme o avanço da sociedade e da tecnologia em geral. Quanto a esta última, certo é que o surgimento de aparelhos eletrônicos cada vez mais sofisticados, o acesso a redes sociais e até mesmo o desenvolvimento de mecanismos de instantânea troca de mensagens (como o *whatsapp*, por exemplo), trazem novas preocupações e, conseqüentemente, aceleram o surgimento de novos direitos de personalidade.

²⁷⁰ *Os direitos da personalidade*, p. 20.

²⁷¹ Rosa Maria de Andrade Nery identifica na hipótese dos direitos morais de autor “[...] a ocorrência de um fenômeno natural de constituição de direito adquirido por alguém que, em virtude de uma **operação jurídica** (*Realakte*), se torna titular dele”. (NERY, Rosa Maria de Andrade. *Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do direito privado*, p. 295) (grifos nossos).

²⁷² *Os direitos da personalidade*, p. 21.

Apresenta-se pertinente traçar algumas breves ideias sobre o direito geral de personalidade, sem a pretensão de esgotar tão profícuo assunto, que é objeto de monografias bastante completas²⁷³.

Rosa Maria de Andrade Nery e Nelson Nery Junior lecionam que:

A norma (texto normativo) precisa realizar a tutela da personalidade em várias direções; precisa garantir condições que possibilitem a vida de todos em igualdade de oportunidade.

Por isso, o direito positivo responde através de uma cláusula geral de tutela da personalidade, que possibilita:

- a) absorver novos pensamentos de tutela;
- b) deixar permanecer as antinomias que resultam do ser, da personalidade e de sua previsão jurídica, até que elas encontrem a sua solução nos casos concretos, através de decisão judicial.²⁷⁴

Trata-se, assim, da noção de “personalidade total”, cunhada por Heinrich Hubmann²⁷⁵, grande estudioso alemão do direito de personalidade. Semeado está o campo para tratar da questão atinente ao direito geral de personalidade.

A gênese da teoria do direito geral de personalidade encontra-se na Alemanha, em cenário no qual urgia a necessidade de colmatação de lacunas na legislação civil sobre os direitos de personalidade. Hans Carl Nipperdey foi quem afirmou a existência de um direito geral de personalidade²⁷⁶. Trata-se de concepção bastante fluida em sua extensão e conteúdo, apresentando-se como conceito jurídico indeterminado.

O objetivo da teoria do direito geral de personalidade é revestir a personalidade da tutela mais abrangente possível – com base na ideia de “personalidade total” - tendo em vista seu caráter dinâmico e inerente ao homem, como ser único e irredutível. Capelo de Sousa leciona que:

²⁷³ A exemplo de: CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995; e GARCIA, Enéas Costa. *Direito geral da personalidade no sistema jurídico brasileiro*.

²⁷⁴ *Instituições de direito civil*. v. I. tomo II. parte geral, p. 11.

²⁷⁵ *Das Persönlichkeitsrecht*. 2. ed. Köln: Böhlau, 1967, p. 92, *apud* NERY, Rosa Maria de Andrade, NERY JUNIOR, Nelson. *Instituições de direito civil*. v. I. tomo II. parte geral, p. 11.

²⁷⁶ NIPPERDEY, Hans Carl. Livre desenvolvimento da personalidade. In: *Direitos fundamentais e direito privado: textos clássicos*. HECK, Luís Afonso (Org.). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012, p. 71.

[...] [o homem constitui] um ser eminentemente dinâmico, evolutivo, com um ciclo próprio de vida animal, com sua trajetória particular de existência moral e integrado num processo humano comunitário, em que o próprio género humano evolui. Ou seja, **a personalidade humana tutelada não reveste um carácter estático, mas dinâmico**, protegendo-se por isso mesmo também o direito ao desenvolvimento da própria personalidade (com a sua inerente adaptabilidade ambiental e sócio-econômica) e sufragando-se a ideia de que tanto a essência como a existência do homem, enquanto determinantes da sua personalidade, merecem idêntica proteção legal.²⁷⁷ (grifos nossos)

O ponto fulcral da teoria do direito geral de personalidade é possibilitar a tutela mais abrangente possível da personalidade humana, que restaria apequenada se protegida unicamente por meio de direitos típicos. Afirma-se, nesse sentido, que, embora seja uma, a dinamicidade da personalidade leva a uma miríade de situações que nem sempre podem ser previstas pelo legislador.

Em Portugal, a doutrina divide-se sobre a aceitação do direito geral de personalidade. Capelo de Sousa defende que o art. 70 do Código Civil português, ao estabelecer que “[...] a lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral”, encerraria uma cláusula geral de tutela da pessoa humana. Afirma, assim, que referido dispositivo visa a proteção direta da personalidade humana, “[...] quer enquanto participante numa comum dignidade humana quer na sua extrinsecada manifestação individualizada e existencial.”²⁷⁸

José de Oliveira Ascensão, por seu turno, nega a existência de um direito geral de personalidade no direito português, alegando ser figura anômala e de complexa aplicação prática.²⁷⁹

É certo que a cláusula geral de tutela da personalidade humana possibilitaria uma tutela mais ampliada, mas, indubitavelmente, mais lenta. Isso porque a tipificação expressa dos direitos de personalidade permite sua aplicação imediata, ao passo que o recurso à referida cláusula geral demandaria uma referibilidade

²⁷⁷ *O direito geral de personalidade*, p. 117.

²⁷⁸ *Ibidem*, p. 105.

²⁷⁹ *Direito civil, teoria geral (introdução, as pessoas, os bens)*, p. 71.

apenas mediata, sendo necessário envidarem-se esforços interpretativos para uma razoável resolução da contenda.

Portanto, conforme observa Leonardo Zanini, a teoria do direito geral de personalidade não pode ser levada ao extremo, já que é inconteste que a tutela da personalidade também se desenvolve de forma bastante eficaz por meio dos direitos expressamente tipificados no ordenamento jurídico²⁸⁰.

A solução, assim, está no justo-meio propugnado por Aristóteles. Entre a doutrina do direito geral de personalidade e aquela que preconiza a necessidade da tipificação expressa dos direitos de personalidade, fica-se com aqueles que defendem a coexistência das estruturas normativas. São, assim, doutrinas que se complementam e harmonizam mutuamente, não havendo que se falar de exclusão de uma por outra.

Há que se entender o direito geral de personalidade como um direito-fonte, ou direito-mãe, do qual decorrem os demais direitos de personalidade²⁸¹. Enéas Costa Garcia acentua que o direito geral de personalidade aplica-se de forma subsidiária, pois, havendo regulamentação específica, incidirá a lei especial²⁸². Trata-se, em verdade, da regra segundo a qual *lex specialis derogat generali*.

Em contrapartida, havendo lesão à personalidade que não conste de direito expressamente tipificado, o direito geral de personalidade atuará em toda sua inteireza e vigor. Tal aplicação subsidiária, sublinha o aludido autor, é a maior vantagem da adoção da teoria do direito geral de personalidade, pois permite a colmatação de lacunas que invariavelmente existem – e sempre existirão – no direito positivo.

Entende-se que a adoção de uma cláusula geral de tutela da personalidade traria enormes benefícios ao ordenamento pátrio. Com efeito, os direitos de personalidade não são passíveis de alocação em rol exaustivo, tendo em vista o surgimento de novas necessidades de tutela da pessoa com o decorrer do tempo e, em especial, com a evolução de novas tecnologias na sociedade contemporânea.

²⁸⁰ *Direitos da personalidade*, p. 152.

²⁸¹ GARCIA, Enéas Costa. *Direito geral da personalidade no sistema jurídico brasileiro*, p. 164.

²⁸² *Ibidem*, p. 164.

Assim, o ideal seria afastar-se do rigorismo de uma normativa estritamente regulamentar, hospedando, em nosso sistema, a adoção de cláusulas gerais que contemplem as mais diversas manifestações da personalidade humana, sempre rica em sua efusão vital. Nesse sentido, Anderson Schreiber:

Não se trata, por conseguinte, de editar normas rígidas que privilegiem uma manifestação ou outra da personalidade, mas de reconhecer o conteúdo necessariamente dialético e por assim dizer 'móvel' dos direitos da personalidade, cuja exata extensão somente pode ser entendida em face do interesse com que colide.²⁸³

No Brasil, Fábio Maria de Mattia identifica no art. 12 de nosso Código Civil dispositivo que contempla o direito geral de personalidade:

O art. 12 do Projeto Brasileiro de Código Civil de 1975 prevê esse direito de personalidade ao estatuir: "Pode-se exigir que cesse a ameaça ou a lesão a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei."²⁸⁴

Com efeito, trata-se abertura do sistema para a solução de lesões a direitos de personalidade não especificados em lei. Nas palavras do supracitado autor: "Com este artigo poderão ser reconhecidos os direitos de personalidade que não estão regulamentados nos artigos seguintes, mas que ainda poderão se concretizar."²⁸⁵

Os direitos de personalidade, portanto, não se podem considerar aprisionados apenas em textos legais, dada a profusão de manifestações que a personalidade pode irradiar.

Para Fábio Siebeneichler de Andrade, a importância em considerar o art. 12 do Código Civil como uma cláusula geral de tutela da personalidade reside em resolver as pretensões da pessoa no âmbito do direito civil, sem a necessidade de se recorrer ao Direito Constitucional, mais especificadamente ao art. 1º, III, que traz

²⁸³ Os direitos da personalidade e o código civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN Luiz Edson (Org.), *Diálogos sobre direito civil*: volume 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 264.

²⁸⁴ *Direitos da personalidade*: aspectos gerais, p. 255.

²⁸⁵ *Ibidem*, p. 262.

o fundamento da dignidade humana²⁸⁶. Aliás, insta ressaltar que já se entende que referido dispositivo encerra uma cláusula geral de tutela da pessoa, conforme o Enunciado nº 274 do CJF/STJ, aprovado na IV Jornada de Direito Civil, ao prever que: “Os direitos da personalidade, regulados de maneira não exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, III, da Constituição Federal.”

Com efeito, a solução apontada resguardaria o princípio da dignidade às situações efetivamente cabíveis, evitando sua banalização como vazio argumento retórico. Assim, de acordo com o autor:

A posição no sentido de reconhecer a existência de um Direito geral de personalidade no plano infraconstitucional – em especial no Código Civil –, portanto, não se apresenta supérflua. Ela institui, na esfera do Direito Civil, um instrumentário apto a tutelar de forma efetiva a personalidade humana em todas as suas potencialidades e relativamente a todos os seus eventuais modos futuros de expressão.

[...]

A fim de que dela [cláusula geral de direito da personalidade] se possam extrair instrumentos mais efetivos de defesa dos direitos da pessoa sem a necessidade de recorrer – a todo o momento – à esfera constitucional.²⁸⁷

Conclui-se, assim, que a teoria do direito geral de personalidade, desde que considerada em conjunto com o sistema de direitos expressamente tipificados, visa conferir máxima eficácia à tutela da personalidade humana, identificando-se, desta forma, com o espírito da Constituição Federal que, como visto, erige a dignidade humana como um dos fundamentos da República.

2.5 Direitos de personalidade e institutos afins: direitos fundamentais e direitos humanos

Analisar-se-á brevemente a superposição das tutelas conferidas por cada uma de tais modalidades de direitos.

²⁸⁶ *O desenvolvimento da tutela dos direitos da personalidade nos dez anos de vigência do Código Civil de 2002*, p. 57.

²⁸⁷ *Ibidem*, p. 58.

Os direitos de personalidade, assim como os direitos fundamentais e direitos humanos, prestam-se, em última análise, à tutela da pessoa humana. São, assim, direitos protetivos dos valores mais essenciais aos indivíduos, motivo pelo qual, sob pena de confusão terminológica, se faz necessário estabelecer a devida distinção entre tais categorias.

Os direitos fundamentais possuem nítida dimensão objetiva²⁸⁸, consubstanciando os valores inerentes a uma ordem jurídica justa e democrática. Se, na época do liberalismo clássico, limitavam-se à concepção de limites impostos ao poder estatal – que deveria se abster de condutas que viessem a enfraquecê-los – hoje é assente seu caráter injuntivo, que exige prestações positivas do Estado, a fim de implementá-los. Conforme leciona Daniel Sarmento:

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais liga-se ao reconhecimento de que tais direitos, além de imporem certas prestações aos poderes estatais, consagram também os valores mais importantes em uma comunidade política [...] ²⁸⁹

Os direitos de personalidade, por sua vez – muito embora tenham por objeto bens que se encontram na natureza humana – vigem na relação entre indivíduos, visando à satisfação de suas necessidades e aspirações mais particulares. Não há, assim, o caráter político inerente aos direitos fundamentais, cuja dimensão objetiva envolve a atuação estatal positiva.

Certo é que os direitos de personalidade podem ser opostos ao Estado no sentido de evitar que sejam por ele aviltados. No entanto, distintamente do que se dá no âmbito dos direitos fundamentais, a atuação estatal quanto aos direitos de personalidade resume-se a um *non facere*, ou seja, à abstenção de condutas a eles lesivas.

Ademais, caso o Estado figure em determinada relação jurídica como titular de interesse privado, exsurgirá também o dever de observá-los tal qual um particular. Nessas mesmas relações, o Estado poderá, ainda, figurar como titular de direitos de personalidade.

²⁸⁸ SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*, p. 106.

²⁸⁹ *Ibidem*, p. 105.

Adriano de Cupis assevera:

[...] notemos que os direitos da personalidade aparecem, sobretudo, como direitos privados.

Podem reconhecer-se como direitos subjectivos privados aqueles direitos que respeitam aos indivíduos como tais, quer dizer, considerados no círculo dos fins que têm como simples seres humanos, ou mesmo aos entes revestidos de autoridade imperante, na medida em que, não exercendo a autoridade de que são investidos, sejam titulares de interesses privados.

[...]

De qualquer modo, podemos notar desde já que a vida, a integridade física, a honra, a liberdade, etc., satisfazem aspirações e necessidades próprias do indivíduo considerado em si mesmo, e ficam compreendidos, por isso, na esfera da *utilitas* privada.²⁹⁰

Há autores que procedem à distinção ora estabelecida afirmando que os direitos fundamentais, ao contrário dos direitos de personalidade, pressupõem, necessariamente, uma relação de autoridade, envolvendo, assim, os direitos que o cidadão pode opor frente ao Estado. Tal entendimento decorre da alegação de que o Direito Constitucional aplicar-se-ia verticalmente – relação Estado-indivíduo – e os direitos fundamentais, por estarem previstos na Carta Magna, também não escapariam desta limitação eficaz. Nesse sentido, Leonardo Zanini:

É que o direito constitucional, conforme a doutrina alemã majoritária, a qual foi aceita em nosso país, tem validade vertical na pirâmide hierárquica das normas, mas não horizontal, é dizer: salvo algumas exceções, que confirmam a regra, ele não vale imediatamente na relação cidadão-cidadão.²⁹¹

Não se adentrará aqui na discussão acerca dos limites de aplicação do direito constitucional. O que se quer afirmar é que, seja ou não uma exceção à regra supramencionada, os direitos fundamentais são também dotados de eficácia horizontal e, assim, aplicáveis às relações privadas. Outro não é o entendimento de Daniel Sarmento:

[...] a Constituição brasileira impõe a **extensão dos direitos fundamentais às relações entre pessoas e entidades privadas.**

²⁹⁰ *Os direitos da personalidade*, p. 27.

²⁹¹ *Direitos da personalidade*, p. 60.

Pelo menos no ordenamento brasileiro, que tem em seu cimo uma Constituição fortemente voltada para o social, não é possível conceber tais direitos como meros limites ao poder do Estado em favor da liberdade individual. A Constituição e os direitos fundamentais que ela consagra não se dirigem apenas aos governantes, mas a todos, que têm de conformar seu comportamento aos ditames da Lei Maior. Isto porque, a Constituição de 1988 não é apenas a Lei Fundamental do Estado brasileiro. Trata-se, na verdade, da Lei Fundamental do Estado e da sociedade [...] ²⁹² (grifos nossos)

Assim, o traço distintivo mais marcante entre os direitos fundamentais e os direitos de personalidade está em que aqueles consubstanciam exigências que se podem opor frente ao Estado, muito embora, conforme visto, também se apliquem ao âmbito das relações particulares. Já os direitos de personalidade, por configurarem direitos privados, podem ser opostos exclusivamente nas relações entre os indivíduos, visando à proteção da dignidade da pessoa humana.

Importante destacar que, entre os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, podem constar alguns direitos de personalidade. Da mesma forma, pode ocorrer que, no rol dos direitos de personalidade, previstos na lei civil, constem alguns direitos fundamentais. Exemplo de dita reciprocidade é o direito à honra, previsto concomitantemente no art. 20, do Código Civil e no art. 5º, X, da Constituição Federal. Tal circunstância não pode levar à confusão conceitual, pois as duas categorias conservam autonomia e distinção. Eventual coincidência entre institutos é, afinal, exceção que confirma a regra, não havendo que se falar em assimilação recíproca de conceitos, pelos motivos anteriormente expendidos.

Os direitos humanos, por sua vez, distinguem-se dos direitos de personalidade na medida em que atuam internacionalmente e, por isso, conforme Leonardo Zanini, estão previstos em documentos internacionais ²⁹³. Os direitos de personalidade, por sua vez, estão previstos no ordenamento interno de cada país, tendo atuação, por assim dizer, doméstica.

Há, ainda aqueles que, como Arturo Valencia Zea, sustentam que os direitos humanos são os mesmos que os direitos de personalidade. Em sua opinião, carece

²⁹² *Direitos fundamentais e relações privadas*, p. 235.

²⁹³ *Direitos da personalidade*, p. 62.

de sentido dar uma denominação a um direito quando se relaciona com o Estado e um nome diferente quando se refere às demais pessoas²⁹⁴. Não obstante o abalizado posicionamento, acredita-se que a distinção guarda importância em termos metodológicos, muito embora, em essência, possam ter conteúdos similares.

Em analogia, Antonio Carlos Morato utiliza um exemplo bastante gráfico da relação entre direitos de personalidade, direitos fundamentais e direitos humanos. Assim, concebe a imagem de três observadores de uma estátua em um museu, sendo esta o próprio objeto (a pessoa) e cada um daqueles um ramo do Direito:

Assim, o **Direito Civil**, mediante os direitos da personalidade, trataria da questão sob o âmbito privado, regulando as relações entre os particulares, enquanto o **Direito Constitucional** disciplinaria as relações entre a pessoa e o Estado, coibindo os abusos deste por meio das liberdades públicas e os **Direitos humanos** fariam parte do Direito Internacional Público, no qual os Estados – entre si – exigiriam o respeito aos direitos da pessoa humana.²⁹⁵ (grifos nossos)

Ainda de acordo com tal autor, é salutar a simultaneidade de tutelas dos diversos campos jurídicos, de forma a proteger, da forma mais ampla possível, a dignidade da pessoa humana. Portanto:

[...] nada impede que utilizemos concomitantemente o Código Civil (art. 11 e ss), a Constituição Federal (essencialmente o art. 5º) e qualquer Tratado que tenha ingressado em nosso sistema (por exemplo, o Pacto de San José da Costa Rica) para a defesa de uma pessoa diante do Estado ou de outros indivíduos.²⁹⁶

À guisa de conclusão, pode-se dizer que, muito embora exista a tricotomia ora analisada, o que deve prevalecer é uma tutela interdisciplinar da pessoa humana. Com efeito, ao invés de se estabelecer rígidos critérios de distinção entre as esferas que tutelam os bens mais essenciais ao ser humano, releva atentar-se à real

²⁹⁴ ZEA, Arturo Valencia. *Derecho Civil*. sexta edición. tomo I. parte general y personas. Bogotá: Editorial Themis, 1974, p. 255-256, *apud* MATTIA, Fábio Maria de. *Direitos da personalidade: aspectos gerais*, p. 250.

²⁹⁵ MORATO, Antonio Carlos. *Quadro geral dos direitos da personalidade*, p. 131-132.

²⁹⁶ *Ibidem*, p. 133.

efetividade e concretude de todo e qualquer direito que a ele se relacione, independentemente do ramo jurídico.

2.6 Características

Passar-se-á, agora, à breve análise das principais características dos direitos de personalidade. Já se adianta que a intransmissibilidade será tratada em capítulo próprio, assim como suas manifestações correlatas, que são a indisponibilidade e a irrenunciabilidade.

Fábio Maria de Mattia compila os principais entendimentos doutrinários acerca da indicação dos caracteres dos direitos de personalidade, conforme se segue, de forma esquemática²⁹⁷:

ADRIANO DE CUPIS	ALBERTO TRABUCCHI	ANTÔNIO CHAVES	ARTURO VALENCIA ZEA	JEAN CARBONNIER	SIMÓN CARREJO
Intransmissíveis	Intransmissíveis	Intransmissíveis	X	X	Intransmissíveis
Indisponíveis	Inalienáveis	Indisponíveis	X	X	Indisponíveis
X	Extrapatrimoniais	Extrapatrimoniais	Extrapatrimoniais	Extrapatrimoniais	X
X	Imprescritíveis	Imprescritíveis	X	X	X
X	Absolutos	Absolutos	Absolutos	Absolutos	X
X	X	X	Generais	Generais	X
X	X	Inatos	Inatos	X	X
X	X	Subjetivos	X	X	X
X	X	X	X	X	Ilimitados

Os caracteres que constam da quase unanimidade dos autores mencionados são, portanto: intransmissibilidade, indisponibilidade (referida como inalienabilidade por Alberto Trabucchi), irrenunciabilidade, extrapatrimonialidade, imprescritibilidade e caráter absoluto.

Os direitos de personalidade, sob qualquer ângulo, são o patrimônio mínimo de uma pessoa, ou seja, os atributos essenciais para sua existência. As características dos direitos de personalidade têm por supedâneo, justamente, referido caráter essencial.

²⁹⁷ *Direitos da personalidade: aspectos gerais*, p. 256.

Há características dos direitos de personalidade que não constam expressamente do art. 11, do Código Civil, sendo consequência de sua natureza peculiar. Uma delas é o fato de serem absolutos, ou seja, oponíveis *erga omnes*, gerando, assim, um dever geral de abstenção por parte da coletividade. Conforme leciona Adriano de Cupis:

Todos os sujeitos compreendidos na generalidade são destinatários das normas de direito objetivo das quais derivam os direitos da personalidade; e todos, igualmente, perante o pressuposto das mesmas normas, isto é, perante a existência de um determinado sujeito, estão vinculados à obrigação jurídica com outros sujeitos; e qualificam-se pela identificação destes outros sujeitos com a generalidade.²⁹⁸

O caráter absoluto dos direitos de personalidade também implica no dever jurídico do próprio titular de respeitá-los. Fábio Maria de Mattia bem expressa tal conceito:

Nisto diferenciam-se dos demais direitos, porque uma pessoa pode não querer conservar seu direito de propriedade, seus créditos etc. Por outro lado, **toda pessoa está obrigada a conservar e respeitar seus próprios direitos humanos**, no sentido de que ninguém pode atentar contra sua vida, seu corpo, sua saúde, sua honra etc. Pode-se dizer que estes direitos partem da pessoa configurados como um poder de vontade e regressam à mesma em sua condição de um dever essencial de conservação.²⁹⁹(grifos nossos)

É certo que referida qualidade poderá ser mitigada no caso concreto, a exemplo do direito de intimidade referente a pessoas públicas, conforme bem elucidado por Maria Helena Braceiro Daneluzzi e Maria Ligia Coelho Mathias:

É reconhecido [o direito de imagem] como direito da personalidade, congregando dentre outras características a de ser absoluto (cuja compreensão vem sendo relativizada), no sentido de não exposição a terceiros do quanto se passa na vida íntima. Sublinhe-se, todavia, que pessoas dotadas de notoriedade sofrem considerável limitação no exercício desse direito como os políticos, atletas, cientistas, artistas e escritores. A notoriedade dessas pessoas faz com que desfrutem do direito à intimidade em menor dimensão, já que fatos

²⁹⁸ *Os direitos da personalidade*, p. 30.

²⁹⁹ *Direitos da personalidade: aspectos gerais*, p. 257.

ou circunstâncias próprias de sua atividade não estão protegidas ou resguardadas pelo segredo.³⁰⁰

Antônio Menezes Cordeiro acentua que a absolutidade dos direitos de personalidade é vislumbrada no aspecto de sua vocação para uma total cobertura aquiliana³⁰¹.

Ainda, os direitos de personalidade são imprescritíveis, isto é, não se extinguem pelo não-uso. Contudo, não se deve confundir a imprescritibilidade do direito de fundo, que é o direito de personalidade, com a possibilidade de prescreverem as prestações a ele relativas. Assim, por exemplo, o direito à imagem é imprescritível, mas a ação de indenização por sua eventual lesão submete-se aos prazos prescricionais do Código Civil. Assim:

Submetem-se, contudo, aos efeitos da prescrição as pretensões que decorrem de direitos indisponíveis, como as de reclamar prestações alimentícias e as de exigir reparação pelo dano moral de ofensa ao direito de personalidade.³⁰²

É assente, ademais, a característica inafastável de não extinção dos direitos de personalidade pela inércia de seu titular. Desnecessário, portanto, que referida característica conste expressamente do texto do Código Civil, pois decorre da natureza dos direitos de personalidade. Com efeito, não se pode admitir que um direito de tal envergadura perca sua vigência pelo mero desuso de seu titular.

Por fim, pode-se afirmar que os direitos de personalidade são, conforme tradicional definição, extrapatrimoniais, pois insuscetíveis de aferição econômica. Adriano de Cupis sublinha que “[...] os direitos patrimoniais [...] seriam aqueles que têm por objeto bens capazes de assegurar imediatamente (directamente) uma utilidade econômica ao indivíduo.”³⁰³ Já os direitos de personalidade, muito embora possam produzir consequências econômicas (por exemplo, a utilização remunerada

³⁰⁰ DANELUZZI, Maria Helena Marques Braceiro; MATHIAS, Maria Ligia Coelho. Observações sobre a biografia não autorizada à luz da decisão do STF. In: *Interrogatio: reflexões de direito brasileiro e internacional*. 1. ed. Botucatu: QuintAventura, 2015.

³⁰¹ *Tratado de direito civil*. v. IV, p. 107.

³⁰² THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo código civil: dos efeitos do negócio jurídico ao final do livro III*. v.3. t. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 167.

³⁰³ *Os direitos da personalidade*, p. 29.

da própria imagem ou a indenização por sua eventual lesão), não são, eles próprios, suscetíveis de valoração patrimonial.

Nesse ponto, cabe aqui ressaltar que, conforme arguta ensinança de Rosa Maria de Andrade Nery, abaixo exposta, entende-se que a ideia de patrimônio guarda um sentido de unidade, consubstanciando um continente em relação ao qual podem ser alocados conteúdos de ordem econômica, ou não. Patrimônio, assim, não se identifica com a possibilidade de valoração argentária de determinado bem. Nesse sentido, tanto um direito de personalidade como um objeto de conteúdo econômico (uma joia, por exemplo) são, igualmente, bens patrimoniais. O primeiro não pode ser valorado economicamente – muito embora possa gerar consequências de ordem econômica – ao passo que os segundos têm valor pecuniário imediato. Leciona a autora:

Entretanto, convém tornar a dizer que patrimônio é o continente que reúne tanto os bens e interesses com conteúdo econômico, como os bens e interesses sem essa dimensão meramente argentária.

[...]

Neste passo, e por causa disso, afasta-se do conceito de patrimônio o sentido que lhe dá a doutrina clássica, de ser um composto econômico de ativos e passivos: direitos exigíveis e obrigações passivas.³⁰⁴

A concepção de patrimônio, assim, é muito mais abrangente do que a que tradicionalmente lhe confere a doutrina, podendo-se – e é do cotidiano – falar em patrimônio moral, que abarcaria a categoria dos direitos de personalidade. Portanto, pode-se melhor definir os direitos de personalidade não mais como extrapatrimoniais, mas sim como insuscetíveis de valoração econômica, já que integrantes do patrimônio imaterial de seu titular.

A ideia de generalidade dos direitos de personalidade, por seu turno, – afirmada por Arturo Valencia Zea e Jean Carbonnier – é de fácil apreensão, tendo em vista pertencerem a todas as pessoas, pelo simples fato de existirem. Daí também se depreende o caráter inato ou originário – citado por Antônio Chaves e Arturo Valencia Zea – no sentido que se adquirem com a formação da pessoa.

³⁰⁴ *Instituições de direito civil*. v. I. tomo II. parte geral, p. 86.

O caráter ilimitado dos direitos de personalidade, referido por Simón Carrejo, no entanto, não pode ser admitido. Com efeito, é da contemporânea cultura jurídica o entendimento de que não existem direitos verdadeiramente ilimitados. No caso dos direitos de personalidade, é a própria dignidade humana que, ao mesmo tempo que lhe confere a robustez necessária, também delimita seu campo de atuação. Daniel Sarmiento pondera que:

O princípio da dignidade humana [...] que costura e unifica todo o sistema pátrio de direitos fundamentais, 'representa o epicentro axiológico da ordem constitucional, irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico e **balizando não apenas os atos estatais, mas também toda a miríade de relações privadas que se desenvolvem no seio da sociedade civil e no mercado.**³⁰⁵ (grifos nossos)

Justamente por não serem ilimitados é que surgem, nos tribunais, discussões práticas acerca do confronto entre dois ou mais direitos de personalidade³⁰⁶.

³⁰⁵ *Direitos fundamentais e relações privadas*, p. 87-88.

³⁰⁶ Tome-se como exemplo a decisão do STF (ADI 4815) acerca das biografias não autorizadas, em que se discutiu a oposição entre o direito de intimidade e o direito à liberdade de expressão e informação, resultando, na hipótese, a prevalência do último.

3 INTRANSMISSIBILIDADE DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE

3.1 Objeto dos direitos de personalidade

O desenvolvimento do presente tópico se justifica em razão da afirmação de Adriano de Cupis, segundo o qual “[...] a intransmissibilidade [...] desta categoria de direitos [...] é facilmente verificável no próprio objecto dos direitos da personalidade”³⁰⁷. Será tratada, aqui, de que forma o objeto dos direitos de personalidade apresenta-se como a razão de ser da intransmissibilidade.

A análise do objeto de direito é realizada quando do estudo de bem, no bojo do tratamento dos bens jurídicos. Ambas as noções – bem e objeto - genericamente considerados, trazem a ideia ainda mais genérica de coisa. Os três conceitos, por seu turno – bem, objeto e coisa – identificam-se pelo antagonismo ao sujeito, isto é, apreendem-se pela noção de não-pessoa. Rosa Maria de Andrade Nery e Nelson Nery Junior identificam a gradação de tais ideias em três momentos:

- a) primeiro, a ideia de coisa, que – embora bem ampliada, antecede a noção de bens;
- b) segundo, a ideia de bens, porque a ideia de bens pressupõe noção mais ampliada e qualificada que a de coisa, e qualificada pelo interesse;
- c) terceiro, a ideia de objeto, ideia essa que pressupõe uma funcionalidade do conceito de bens, ou seja, de ‘não-pessoa’, para compor depois todos os elementos necessários à apreensão lógica e jurídica dos conceitos de situação, de relação e de posição jurídica.³⁰⁸

O objeto é parte do tripé fundante do Direito, que se decompõe em pessoa (sujeito), bem (objeto) e situações ou relações jurídicas (causa)³⁰⁹. A noção de objeto, assim, é que confere juridicidade aos conceitos de bem (coisa qualificada pela utilidade ao sujeito, podendo, ou não, ter apreciação econômica³¹⁰) e de coisa

³⁰⁷ *Os direitos da personalidade*, p. 45.

³⁰⁸ *Instituições de direito civil*. v. I. tomo II. parte geral, p. 84.

³⁰⁹ *Ibidem*, p. 6.

³¹⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. v. I, p. 271-272.

(conceito genérico e abrangente das ideias anteriores)³¹¹, podendo ser este corpóreo ou incorpóreo.

O objeto, portanto, é o bem a que se refere determinada situação ou relação jurídica. Ademais, à noção de objeto acresce uma segunda qualificação, além da já citada, que é a valoração pelo Direito. São, portanto, objeto de direitos os bens que possuem efetiva relevância para o homem e que, por isso, merecem ser tutelados juridicamente.

Questionar qual seria o objeto dos direitos de personalidade é, portanto, perscrutar a quais bens jurídicos referem-se os direitos de personalidade. É certo que o direito das coisas tem, dentre seus objetos, a propriedade. Já o direito de família tem por objeto, grosso modo, as relações de parentesco. E os direitos de personalidade? Qual seria seu ponto de referência objetivo? Nesse ponto, não se pode deixar de novamente mencionar as lições de Rosa Maria de Andrade Nery e de Walter Moraes, que distinguem as searas jurídicas a que pertenceriam os temas pessoa, personalidade e direitos de personalidade.

Como visto, pessoa e personalidade seriam temas afetos à teoria geral do Direito, corretamente inseridos na parte geral do Código Civil. Já os direitos de personalidade compreenderiam matéria diversa, que poderia ser denominada teoria geral do direito de personalidade³¹², apta a tratamento em livro próprio do diploma civil.

Com efeito, para Walter Moraes, os objetos de direitos de personalidade tratam, no máximo de “[...] valores relacionados com a pessoa”³¹³. O uso da expressão “relacionados” se dá a fim de afastar todo e qualquer entendimento que apresente tais objetos em nexos de necessidade ou intimidade com a pessoa, “[...] e tanto menos de existência ou de subsistência da personalidade”³¹⁴.

Para o autor, a personalidade em si está na pessoa. No entanto, a expressão “direitos de personalidade”, por sua vez, designaria algo fora da pessoa. O que

³¹¹ NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JUNIOR, Nelson. *Instituições de direito civil*. v. I. tomo II. parte geral, p. 84.

³¹² *Ibidem*, p. 7.

³¹³ *Concepção tomista de pessoa* – um contributo para a teoria do direito da personalidade, p. 819.

³¹⁴ *Ibidem*, p. 820.

haveria de comum entre todos os direitos de personalidade – pergunta-chave após demonstração da extensão e perplexidades geradas pelo tema³¹⁵ – seria o fato de que consistiriam em bens inerentes à natureza humana como um todo, fora da pessoa, portanto.

Desse modo, conclui Walter Moraes que o objeto dos direitos de personalidade são os componentes da natureza humana, comuns a todos os homens, como as substâncias, potências, atos e propriedades³¹⁶. Rosa Maria de Andrade Nery conclui que os direitos de personalidade referir-se-iam a “[...] objetos que não estão na pessoa, mas na humanidade total do homem (*Leib*)”³¹⁷.

A novidade em tal construção dogmática, que adota a concepção substancialista pura, está na objetivação entre a pessoa e sua natureza. É aquela o suposto da natureza racional, ou seja, a substância perfeitamente subsistente, isto é, que é em si só, não demandando outra substância para se ordenar. Já a natureza é, ao contrário da personalidade – que configura a própria subsistência da pessoa – *quid* extrínseco à pessoa.

Referida construção inova a tradicional forma de se analisar o objeto dos direitos de personalidade – que os define em nítida relação de inerência com a

³¹⁵ “Nossa doutrina civil já está familiarizada com esta classe de direitos: direito à vida, ao corpo, à imagem, à honra, à liberdade, ao nome, à intimidade. A lista não fica aí. Gierke já incluía a livre atividade (intelectual, corporal, econômica, o monopólio), sinais de identificação análogos ao nome (firma, marca, selo ou chancela, símbolo, nomes das coisas), produções do espírito (a criação autoral, a invenção). Adiante, a doutrina passou a acrescentar: o estado civil, a integridade moral, a psique, a igualdade, a verdade, o trabalho, a clientela – além de desdobrar direitos de base em outros tantos pretensamente autônomos: a integridade física e a psíquica, a saúde, as partes do corpo (unidas ou separadas), o cadáver, produtos da pessoa, o segredo, as cartas, o domicílio, a reputação, a boa fama, a consideração, o pseudônimo, a alcunha, títulos, signos figurativos (emblemas, brasões, insígnias, divisas; cogitou-se, ainda, dos números telefônicos e das placas de automóvel) e um número indefinido de liberdades. A jurisprudência francesa, conforme Raymund Lindon, considera direitos deste setor os *souvenirs* de família (papéis, registros, peças decorativas, costumes, armas, diplomas, correspondência, retratos) e a sepultura. Na relação de Henrique Hubmann o número dos direitos de personalidade ascende a 32, sem contar possíveis e novos desdobramentos e, na do nosso Limongi França, sobe a 60. (MORAES, Walter. *Concepção tomista de pessoa* – um contributo para a teoria do direito da personalidade, p. 818).

³¹⁶ As **substâncias** seriam a matéria corpórea (organização química das propriedades físicas) e a matéria psíquica. Já as **potências**, segundo a antropologia filosófica, seriam a potência vegetativa (forças naturais como a nutrição, crescimento, geração ou procriação), a potência sensitiva (sensações, cognição sensitiva, senso comum, fantasia, estimulação, memória), a potência locomotiva (automovimentação), a potência apetitiva (apetite sensitivo, que pode ser concupiscível ou irascível) e a potência intelectual (inteligência e vontade). Os **atos**, por sua vez, são a efetivação prática das potências enumeradas. Já as **propriedades** advêm das substâncias e das potências e, neste entender, traduzem certas qualidades da natureza humana, como a liberdade e dignidade. (MORAES, Walter. *Concepção tomista de pessoa* – um contributo para a teoria do direito da personalidade, p. 828) (grifos nossos).

³¹⁷ *Instituições de direito civil*. v. I. tomo II. parte geral, p. 6.

pessoa – identificando-a, assim, como sujeito e objeto do mesmo direito. Tal identificação acaba sempre por definir os objetos dos direitos de personalidade com base no nexó de necessidade com a pessoa, tese essa refutada por Walter Moraes, conforme visto. Enquanto muitos autores tratam tal identificação de forma natural, outros procuram justificá-la. Citaremos breves excertos de tais entendimentos.

Francisco Amaral entende que:

Embora se reconheça nos direitos da personalidade uma certa imprecisão, o que torna difícil integrá-los nas categorias dogmáticamente estabelecidas, é de consenso considerá-los direito subjetivo que tem, como particularidade inata e original, **um objeto inerente ao titular, que é a sua própria pessoa, considerada nos seus aspectos essenciais e constitutivos, pertinente à sua integridade física, moral e intelectual.**³¹⁸ (grifos nossos)

Antonio Carlos Morato, em definição já colacionada, entende os direitos de personalidade como “[...] direitos que versam sobre a própria pessoa”³¹⁹.

Adriano de Cupis, por seu turno, leciona:

Ora aqueles que se apresentam como os bens mais preciosos relativos à pessoa, são precisamente modos de ser físicos ou morais – aptos a satisfazer correspondentes necessidades de ordem física e moral; por isso pode dizer-se que também se situam nela mesma. **O objecto dos direitos da personalidade não é, pois, exterior ao sujeito, ao contrário dos outros bens que são possível objecto de direito.**³²⁰ (grifos nossos)

Gustavo Tepedino obtempera:

[...] a **separação entre o sujeito e o objeto do direito** é postulado lógico quando o interesse protegido dirige-se a uma utilidade externa, tal qual ocorre nas relações jurídicas patrimoniais. Entretanto, a regra **não se adapta definitivamente à categoria das relações jurídicas não-patrimoniais.**³²¹ (grifos nossos)

³¹⁸ *Direito civil*: introdução. 7. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 285.

³¹⁹ *Quadro geral dos direitos da personalidade*, p. 124.

³²⁰ *Os direitos da personalidade*, p. 23.

³²¹ *A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro*, p. 31.

Para Fábio Maria de Mattia:

quanto à objeção de que no direito moderno a pessoa não pode ser objeto de direitos, devemos assinalar que não estamos reproduzindo a velha regra romana de que uma pessoa podia ser objeto de propriedade por parte de outra pessoa. Mas **é a própria pessoa que, ao exercer a função de sujeito de direitos subjetivos, converte em objeto alguns dos atributos ou bens dela própria. Além disso, o objeto dos direitos de personalidade não é a pessoa humana considerada em sua totalidade, senão realidades antropológicas** (o corpo, a vida, a saúde) ou de ordem moral (honra, liberdade etc.).³²² (grifos nossos)

Paulo Mota Pinto deixa clara a ideia de inerência em sua definição sobre direitos de personalidade:

Designa-se assim um conjunto de direitos subjectivos que **incidem sobre a própria pessoa** ou sobre alguns fundamentais modos de ser, físicos ou morais, da personalidade, e que **inerem, portanto, à pessoa humana** – são direitos das pessoas que tutelam bens ou interesses da sua própria personalidade.³²³ (grifos nossos)

Poder-se-ia continuar a citar diversos outros autores que comungam da mesma opinião, praticamente incontestemente até a lição paradigmática de Walter Moraes. As conclusões expendidas pelo autor conferem trazem tecnicidade à doutrina sobre o objeto dos direitos de personalidade que, até então, era repleta de imprecisões e perplexidades. Com efeito, seus ensinamentos conferem o arrimo teórico necessário para suprir a falta de clareza e coerência com que o tema vinha sendo tratado até então.

Neste ponto pode ser feito um questionamento, que remete ao parágrafo introdutório ao tema ora versado: se se negou a ideia de inerência do objeto dos direitos de personalidade com a pessoa, de que maneira se podem apresentar tais objetos como a fundamentação da intransmissibilidade? A questão se mostra coerente, já que é muito mais cômodo vislumbrar a fundamentação da

³²² *Direitos da personalidade: aspectos gerais*, p. 254.

³²³ *Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e os direitos de personalidade no direito português*, p. 62.

intransmissibilidade dos direitos de personalidade com base em sua (refutada) inerência à pessoa.

Com efeito, por mais que se conclua que o objeto dos direitos de personalidade está fora da pessoa, também é certo que sua alocação concreta não está na terra, ar ou estrelas, mas na própria natureza humana. E esta é composta, como visto, de substâncias, potências, atos e propriedades, ou seja, de composições naturais das quais necessita o homem. Importa notar que, ao desvincular o objeto dos direitos de personalidade da pessoa³²⁴, o resultado é tornar tais direitos ainda mais jungidos a ela. Isso porque a premissa eleita leva a que só se considerem direitos de personalidade aqueles que visarem ao suprimento das necessidades da individualidade humana. Portanto, toda e qualquer classificação que se desviar tais limites será extravagante e desnecessária. Trata-se da irrefutável ideia de essencialidade dos direitos de personalidade. Nesse sentido, Walter Moraes:

Nesta dimensão, constituem-se em bens, para um sujeito, as substâncias, essências, potências, atos e propriedades que integram o seu composto natural, **pela suficiente razão de carecer delas o homem, como é evidente**.³²⁵ (grifos nossos).

Assim, o objeto dos direitos de personalidade, por mais que não esteja na pessoa, mas na natureza humana, possui pertinência jurídica a um titular. Exemplificativamente, tem-se o corpo, a vida, a obra, a liberdade, ou seja, objetos que, muito embora se encontrem na natureza humana como um todo, possuem, individualmente, referibilidade a um titular, que é a pessoa. A objetivação do objeto dos direitos de personalidade não conduz à anulação da figura da pessoa individual, mas sua alocação em outro plano. Assim, não é a pessoa – tampouco sua personalidade – o objeto dos direitos de personalidade, mas encontra-se, indubitavelmente, na matriz desta construção. Substitui-se, assim, o nexo de **inerência** pelo de **pertinência**, em razão da essencialidade de tais direitos.

³²⁴ Conforme afirma Walter Moraes, dizer que os direitos da personalidade são da pessoa é algo vazio em conteúdo, já que, em última análise, todos os direitos são da pessoa, já que apenas esta é que pode figurar como sujeito de direitos. (MORAES, Walter. *Concepção tomista de pessoa* – um contributo para a teoria do direito da personalidade, p. 819).

³²⁵ *Ibidem*, p. 834.

Pode-se concluir, portanto, que o fundamento da intransmissibilidade é, nos exatos dizeres de Adriano de Cupis, “[...] facilmente verificável no próprio objecto dos direitos da personalidade”³²⁶. A diferença de fundo, no entanto, está no conceito de objeto do direito de personalidade. Para o autor italiano e para a doutrina em geral, tal objeto guarda nexos de identidade com o sujeito, ao passo que no entendimento que se adota, com base em Walter Moraes, os objetos dos direitos de personalidade guardam com a pessoa relação de pertinência e essencialidade.

3.2 Titularidade e direitos de personalidade: vínculo orgânico

As situações subjetivas dão lugar a três momentos cronologicamente sucessivos: existência, titularidade e exercício. Conforme afirma Pietro Perlingieri³²⁷, a titularidade pressupõe a existência da situação e, seu exercício, pressupõe a titularidade. Assim, a análise das formas sobre as quais a titularidade se apresenta é parte do estudo – já delineado – das situações jurídicas em geral.

A palavra titularidade remete a “titular” que, por sua vez, tem significado ligado à noção de assenhoreamento ou posse de algo. Juridicamente, titularidade é, nas palavras do citado autor italiano, a ligação entre sujeito e situação³²⁸.

No que se refere à matéria ora versada, pode-se concluir que a titularidade é a ligação entre uma situação subjetiva existencial (ou seja, um direito de personalidade) e seu senhor. Perscrutar o titular de um direito de personalidade é analisar a quem pertencem os bens correlatos (v.g., corpo, imagem, honra, obra). A resposta é óbvia: o titular é a pessoa a quem tais bens – integrantes do homem *in natura*³²⁹ – individualmente se referem. Portanto, o que aqui se almeja realçar não é o titular em si, mas sim a forma na qual tal titularidade se apresenta quando se trata dos direitos de personalidade.

³²⁶ *Os direitos da personalidade*, p. 45.

³²⁷ *Perfis do direito civil*, p. 112.

³²⁸ *Ibidem*, p. 107. Acentua o autor, no entanto, a possibilidade de existirem situações sem sujeito, ou seja, sem titular atual, como no caso do nascituro.

³²⁹ MORAES, Walter. *Concepção tomista de pessoa* – um contributo para a teoria do direito da personalidade, p. 835.

Com base nas lições do Pietro Perlingieri, pode-se distinguir entre as seguintes formas de titularidade³³⁰:

(i) titularidade atual e potencial: a primeira refere-se a uma situação que se coloca imediatamente em relação ao seu titular, como no caso da pessoa em relação à sua própria imagem. Já a segunda traduz uma situação de mera potencialidade, ou seja, de possibilidade de se adquirir determinado título. Trata-se, por exemplo, daquele que possui certo direito sob condição suspensiva. Como é cediço, só será efetiva sua titularidade após o implemento de sobredita condição³³¹.

(ii) titularidade formal e substancial: referem-se imediatamente à quantidade de poder que o sujeito exerce em determinada situação. Exemplificativamente, tem titularidade formal o locador que, muito embora titularize, de fato, a situação proprietária, não possui todos os poderes correlatos à propriedade. Já a titularidade substancial revela-se como o assenhoramento de certa situação como se fosse o legítimo senhor. É o exemplo do enfiteuta que, muito embora não seja proprietário, detém poderes similares àquele. Importante destacar que não há exemplos de tal distinção no que concerne aos direitos de personalidade, em que a titularidade sempre pertencerá ao senhor dos bens (no caso, imateriais, como a vida, honra etc.).

(iii) titularidade ocasional e institucional (ou orgânica): trata-se da distinção que possui efetiva relevância no que concerne aos direitos de personalidade. A titularidade ocasional traduz-se em todas as hipóteses em que há fungibilidade ilimitada do sujeito. Identifica-se, assim, com situações que podem pertencer a qualquer pessoa. Exemplificativamente, temos a propriedade e as obrigações que não envolvam conteúdo *intuitu personae*. Já a titularidade institucional ou orgânica singulariza-se “pela impossibilidade da aquisição, por outros sujeitos, da situação subjetiva, já que vindo a faltar o titular originário, extingue-se também a situação”³³².

Assim, a titularidade orgânica encontra seu campo de atuação majoritário no âmbito dos direitos de personalidade. A ligação do sujeito com a situação é tão

³³⁰ *Perfis do direito civil*, p. 107-112.

³³¹ Conforme art. 125, do Código Civil de 2002: “Subordinando-se a eficácia do negócio jurídico à condição suspensiva, enquanto esta se não verificar, não se terá adquirido o direito, a que ele visa.”

³³² PERLINGIERI, Pietro. Op. cit., p. 109.

robusta e sólida que, em não havendo aquele, a situação simplesmente se extingue³³³.

Semeado está o campo para tratar diretamente da intransmissibilidade dos direitos de personalidade, característica que assenta fundamentos no objeto de tais direitos e em sua peculiar configuração de titularidade.

3.3 Caráter absoluto da intransmissibilidade dos direitos de personalidade

O art. 11 do Código Civil dispõe que os direitos de personalidade são “intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.” É dizer, a intransmissibilidade e a irrenunciabilidade foram as características eleitas pelo Código Civil de 2002 para o dispositivo inaugural do capítulo dos direitos de personalidade.

Com efeito, a intransmissibilidade revela um dos traços mais característicos dos direitos de personalidade, eis que estes pressupõem, em sua tessitura, a pessoa, com a qual se relacionam em nexos de pertinência lógica e essencialidade. Intransmissibilidade e direitos de personalidade, portanto, são conceitos que se se enlaçam de modo umbilical, autorremetendo-se.

De acordo com De Plácido e Silva, a intransmissibilidade “[...] é indicativo do caráter do que não pode ser *transmitido* ou *comunicado* de uma pessoa a outra”³³⁴. Revela, assim, a impossibilidade de mudança do sujeito que, como visto, detém titularidade reforçada com os direitos de personalidade.

Para Maria Helena Diniz, igualmente, os direitos de personalidade são intransmissíveis, “[...] visto não poderem ser transferidos à esfera jurídica de outrem”³³⁵.

Carlos Alberto Bittar ensina:

³³³ Analisar-se-á adiante algumas observações em relação à situação dos direitos de personalidade após a morte de seu titular.

³³⁴ *Vocabulário jurídico*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 448.

³³⁵ *Curso de direito civil brasileiro*. v. 1, p. 135.

Com efeito, esses direitos são dotados de caracteres especiais, para uma proteção eficaz à pessoa humana, em função de possuírem, como objeto, os bens mais elevados da pessoa humana. Por isso é que o ordenamento jurídico não pode consentir que deles se despoje o titular, emprestando-lhes caráter essencial. Daí são, de início, direitos intransmissíveis e indispensáveis, **restringindo-se à pessoa do titular** e manifestando-se desde o nascimento.³³⁶ (grifos nossos)

Se nos direitos privados em geral a intransmissibilidade afigura-se uma característica excepcional, no âmbito dos direitos de personalidade tal qualidade revela-se intrínseca ou se se preferir, natural. Adriano de Cupis assevera que:

Se o direito se radicasse noutro sujeito, ficaria separado daquilo que constitui o seu pressuposto [...]
[...]
[...] a vida, a integridade física, a liberdade, a honra, etc. de Tício, não podem vir a ser bens de Caio por virtude de uma impossibilidade que se radica na natureza das coisas. Nem o ordenamento jurídico pode consentir que o indivíduo se despoje daqueles direitos que, por corresponderem aos bens mais elevados, têm o carácter de essencialidade.³³⁷

A intransmissibilidade dos direitos de personalidade, portanto, advém da própria natureza destes, dada a pertinência lógica entre os bens a que se referem e o sujeito. Assim, não é possível – e é impensável – apartar a honra de determinada pessoa de sua própria fruição, atribuindo-a ao usufruto de outrem.

Fábio Maria de Mattia leciona que:

Quanto à intransmissibilidade, devemos ressaltar que a personalidade compreende os bens mais importantes do homem, e seus atributos pertencem, também, ao indivíduo sem que se possa transferi-los porque são inerentes à pessoa humana. Caso fosse admissível sua transmissão, perderiam sua razão de ser. Os direitos da personalidade são inseparáveis da pessoa em razão do que é inconcebível que a vida, a liberdade, a integridade etc. possam transferir-se da esfera jurídica de um indivíduo para a de outro porque isto implicaria em sua própria desnaturação e iria contra a natureza das coisas. Os negócios jurídicos que selariam tal transferência seriam nulos por lhes faltar causa e objeto.³³⁸

³³⁶ *Os direitos da personalidade*, p. 11.

³³⁷ DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*, p. 48.

³³⁸ *Direitos da personalidade: aspectos gerais*, p. 258.

Ademais, António Menezes Cordeiro refere-se à intransmissibilidade como um aspecto da inerência: “Nos direitos de personalidade, uma primeira vertente de inerência é constituída pela intransmissibilidade da sua posição ativa. O direito de personalidade nasce na esfera de um titular e aí ficará até à sua extinção.”³³⁹

Conforme já ventilado prefere-se, aqui, falar em pertinência lógica entre bem da personalidade e sujeito, ao invés de inerência. Isso porque a ideia de pertinência, segundo se entende, desvela melhor a concepção segundo o qual o objeto dos direitos de personalidade reside na natureza humana, muito embora se refira individualmente a cada uma das pessoas. A noção de inerência, por sua vez, poderia dar ensejo à confusão de premissas, já que traduz a ideia de que os bens de personalidade especializam-se em razão de sua identidade com a pessoa, ideia refutada páginas atrás.

Assim, o objeto dos direitos de personalidade – ou seja, os bens a que estes se referem – não inerem ao sujeito individual, mas à humanidade como um todo. Vida, honra, liberdade, intimidade, entre outros, são comuns à própria natureza humana e ao “todo harmonioso de que o homem é composto”³⁴⁰. O fato de a pessoa, individualmente, detê-los em concreto revela a referibilidade lógica que com eles possui, mas a inerência, repise-se, é com a natureza humana. O que poderia ser mero jogo de palavras revela, em verdade, doutrina que conferiu a tecnicidade necessária aos direitos de personalidade, sempre tratados de forma um tanto nebulosa, como, aliás, já observado.

Os direitos de personalidade só podem ser gozados por seus titulares, daí falar-se em “intransmissibilidade natural” de tais direitos, em contraposição à “intransmissibilidade legal” que pode caracterizar alguns direitos patrimoniais. A primeira advém da configuração peculiar dos direitos de personalidade, que têm relação de pertinência com a pessoa, enquanto a segunda é mera característica eventual, podendo, ou não, incidir no caso concreto.

³³⁹ *Tratado de direito civil*. v. IV, p. 108.

³⁴⁰ NERY, Rosa Maria de Andrade. *Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do direito privado*, p. 297.

A intransmissibilidade, assim, relaciona-se com a impossibilidade de modificação subjetiva dos direitos de personalidade, sendo inadmissível que uma pessoa ocupe o lugar da outra no que se refere ao gozo e desfrute dos bens correlatos.

É relevante salientar que, muito embora o Código Civil, no art. 11, expressamente considere a existência de exceções à intransmissibilidade, tal particularidade pode ser considerada absoluta. Isso porque ditas exceções referem-se tão-só à transferência dos aspectos patrimoniais do direito de personalidade, e não de sua essência. Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery bem dilucidam:

Embora intransmissíveis em sua essência, os efeitos patrimoniais dos direitos de personalidade são transmissíveis. A utilização dos direitos de personalidade, se tiverem expressão econômica, é transmissível. A autoria de obra literária (direito de personalidade) é intransmissível, mas o recebimento de dinheiro pela comercialização da referida obra (direito patrimonial) pode ser negociado livremente, sendo, portanto, transmissível inclusive por herança (CF, XXVII).³⁴¹ (grifos nossos)

No mesmo sentido, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho:

Tome-se o exemplo do direito à imagem. Em essência, esse direito é intransmissível, uma vez que ninguém pode transferir juridicamente a sua forma plástica a terceiro. Ocorre que a natureza do próprio direito admite a cessão de uso dos direitos à imagem. Não se trata da transferência do direito em si, mas apenas da sua faculdade de uso.³⁴²

O que se pode transmitir, portanto, são os reflexos patrimoniais dos direitos de personalidade, que possuem configuração bastante distinta. Com efeito, com a cessão da imagem de determinada pessoa, permanece intacto seu direito de imagem em abstrato. Também a cessão de direitos autorais não implica a transmissão do direito moral de autor, que remanesce na esfera jurídica de seu titular. Portanto, não é o direito em si que se está a transmitir, mas tão-somente seu

³⁴¹ *Código civil comentado*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 181.

³⁴² *Novo curso de direito civil*. v. 1, p. 195.

aspecto material. É nesse sentido que deve ser interpretado o art. 49 da Lei nº 9.610/98, que, no capítulo denominado “Da transferência dos direitos de autor”, dispõe o seguinte:

Art. 49. Os direitos de autor poderão ser total ou parcialmente transferidos a terceiros, por ele ou por seus sucessores, a título universal ou singular, pessoalmente ou por meio de representantes com poderes especiais, por meio de licenciamento, concessão, cessão ou por outros meios admitidos em Direito [...]

Leonardo Zanini acentua:

[...] o que se transmite não é propriamente o direito da personalidade, mas sim somente seus efeitos patrimoniais, de forma que a intransmissibilidade consagrada pelo Código Civil é do direito da personalidade em si mesmo e não dos seus efeitos patrimoniais, os quais, em caráter excepcional e quando for respeitado o princípio da dignidade da pessoa, admitem transmissão.³⁴³

Assim, é de se concluir que a intransmissibilidade é uma característica absoluta, imanente e indelével dos direitos de personalidade, isto é, que não admite exceção. Isso porque a transmissibilidade a que se refere o Código Civil refere-se tão-somente ao direito patrimonial reflexo que, tendo objeto econômico, em nada se confunde com o direito de personalidade que lhe serve de supedâneo.

3.4 Caracteres afins: indisponibilidade e irrenunciabilidade

A indisponibilidade e a irrenunciabilidade, ao lado da já tratada intransmissibilidade, remetem à noção mais genérica de inalterabilidade dos direitos de personalidade. No entanto, embora exista íntima relação entre tais caracteres, guardam particularidades aptas a distingui-los.

³⁴³ *Direitos da personalidade*, p. 241.

De acordo com De Plácido e Silva, a indisponibilidade, em sentido jurídico, “[...] exprime a qualidade atribuída às coisas que, sob encargo ou ônus de inalienabilidade, não podem ser vendidas nem alheadas sob qualquer pretexto”³⁴⁴.

Adriano de Cupis reconhece que o conceito de indisponibilidade não é unívoco na doutrina:

O conceito de faculdade de disposição é **muito oscilante** na doutrina, pois enquanto alguns a definem como o poder que tem o titular de um direito de o transferir para outrem, outros observam que tal poder não pode identificar-se com a faculdade de alienar, a qual é somente uma espécie macroscópica que atraiu sobre si toda a atenção, identificando-se, assim, com o género.³⁴⁵ (grifos nossos)

Certo é que a indisponibilidade é mais ampla que a inalienabilidade. Enquanto esta se refere à qualidade de coisas que não podem ser vendidas, cedidas ou alheadas, a indisponibilidade abrange também a impossibilidade oneração com direito real, por exemplo. Adriano de Cupis adverte qual sentido deve ser apostado ao conceito de indisponibilidade: “A faculdade de disposição deveria, pois, definir-se como a faculdade de determinar o destino do direito subjectivo, ou a faculdade de actuar sobre este mesmo direito segundo a própria vontade.”³⁴⁶

Enéas Costa Garcia conclui que:

Em síntese: o direito disponível é aquele que pode ser extinto ou modificado pela vontade do titular. *A contrario sensu*, o direito indisponível é aquele que está imune à vontade do titular quanto ao seu destino, direito que não pode ser extinto ou modificado pela sua vontade.³⁴⁷

A indisponibilidade, portanto, refere-se à impossibilidade de livre atuação da autonomia privada no âmbito dos direitos de personalidade, significando, assim, que não há plena liberdade do sujeito para empregá-los conforme lhe aprouver.

³⁴⁴ *Vocabulário jurídico*, p. 427.

³⁴⁵ *Os direitos da personalidade*, p. 49.

³⁴⁶ *Ibidem*, p. 49-50.

³⁴⁷ *Direito geral da personalidade no sistema jurídico brasileiro*, p. 46.

A vedação da autonomia privada no âmbito dos direitos de personalidade, no entanto, não é absoluta. O próprio Código Civil, no art. 11, prevê que, *a contrario sensu*, nos casos previstos em lei, poderá haver limitação voluntária do exercício dos direitos de personalidade. A doutrina critica a tentativa de normatização exaustiva de tais atos de disponibilidade:

Realmente, é praticamente impossível delimitar normativamente, de forma exaustiva, toda a gama de atos que estão na esfera de disponibilidade das pessoas, o que atualmente apenas pode ser feito por meio de conceitos jurídicos indeterminados ou por cláusulas gerais.³⁴⁸

Nesse ponto, merece destaque o Enunciado nº 4 do CJF/STJ, aprovado na I Jornada de Direito Civil: “Art.11: O exercício dos direitos da personalidade podem sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente nem geral.”

Assim, existem certas situações que, com fulcro no princípio da dignidade humana, admitem certa liberdade de exercício. Pietro Perlingieri adverte que:

A negociação que tem por objeto situações subjetivas não-patrimoniais – de natureza pessoal e existencial – deve ser colocada em relação à cláusula geral da pessoa humana. **Os atos de autonomia** têm, portanto, fundamentos diversificados; porém, encontram um **denominador comum na necessidade de serem dirigidos à realização de interesses e de funções que merecem tutela e que são socialmente úteis**. E na utilidade social existe sempre a exigência de que atos e atividade **não contrastem com a segurança, a liberdade e a dignidade humana**.³⁴⁹ (grifos nossos)

Tem-se, assim, que a relativização da indisponibilidade dos direitos de personalidade visa à integral tutela da pessoa, admitindo, assim, o ingresso da autonomia privada para efetivo cumprimento do princípio da dignidade humana.

O Código Civil, no art. 14, expressamente admite a disponibilidade do direito ao corpo ao prescrever que: “É válida, com objetivo científico ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte.”

³⁴⁸ ZANINI, Leonardo. *Direitos da personalidade*, p. 212.

³⁴⁹ *Perfis do direito civil*, p. 18-19.

Ademais, o art. 13, parágrafo único, do diploma civil, permite o transplante, que nada mais é do que a disposição do próprio corpo ainda em vida.

Os dispositivos são regulamentados pela Lei nº 9.434, de 04 de fevereiro de 1997, que trata da disposição *post mortem* de tecidos, órgãos e partes do corpo humano para fins de transplante.

Tradicionalmente também se admite a disposição do direito de imagem. Antônio Chaves chega a conceber tal possibilidade como elemento integrante do próprio direito de personalidade em questão:

O direito exclusivo que tem qualquer pessoa à própria imagem manifesta-se, sob o ponto de vista material, numa série de faculdades, dizendo respeito as mais importantes, ao **direito de divulgá-la, vendê-la, publicá-la, cedendo o titular cada uma dessas faculdades, em conjunto ou separadamente, no todo ou com limitações** relativas a um determinado tempo, a um determinado âmbito territorial, etc.³⁵⁰ (grifos nossos)

Há, ademais, outros exemplos de admissão de disposição de direitos de personalidade, conforme mostra a doutrina:

- disponibilidade dos direitos autorais, permitindo ao autor, a fim de aumentar suas receitas, a adaptação da obra escrita a outros meios, como filmes ou novelas³⁵¹;

- disponibilidade do direito à privacidade, por meio da autorização da publicação do estilo de vida de determinada pessoa, exibindo sua residência, escritório, quarto de dormir, animais de estimação³⁵². É bastante comum na atualidade, em que as denominadas “blogueiras”³⁵³ compartilham nas redes sociais suas coleções de bolsas, roupas e produtos de beleza, fazendo um verdadeiro diário *online* sobre seus estilos de vida pessoal.

³⁵⁰ *Direito à própria imagem*. Conferência proferida no dia 28 de abril de 1972, no Salão Nobre da Biblioteca Municipal de Araras, a convite da Associação dos Advogados local, p. 53.

³⁵¹ BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*, p. 12.

³⁵² BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*, p. 165.

³⁵³ Nome dado a quem publica em um *blog*, simplificação do termo *weblog*, consistindo em páginas da internet em que são publicados textos e imagens diversos, geralmente de assuntos específicos.

- disponibilidade do direito à intimidade, por meio da revelação consentida “[...] de remédios que a pessoa usa, ou de comportamentos que apenas seu parceiro sexual pode saber, a revelação de doença ou deformidade não perceptíveis ou não visíveis na vida comum em sociedade, que apenas o convívio íntimo é capaz de fornecer”³⁵⁴. Tais situações podem ser até mesmo objeto de negócio jurídico oneroso, como no já clássico exemplo de programas televisivos como *Big Brother* e afins.

- disponibilidade do próprio corpo em cirurgias de embelezamento³⁵⁵.

- disponibilidade da integridade física ao submeter-se ao adorno do corpo com tatuagens e *piercings*³⁵⁶.

São diversos os exemplos que poderiam ser enumerados, de forma a deixar assente a ideia de que a indisponibilidade dos direitos de personalidade é meramente relativa. Isso porque é a própria essência do direito que se submete à disposição do titular, ingressando em circulação jurídica. Assim, na utilização do próprio corpo para feitura de tatuagem, por exemplo, não é possível vislumbrar um aspecto patrimonial a ser cedido. Com efeito, é a própria integridade física que, na hipótese, consubstancia objeto de disposição. Portanto, não se trata da disposição de um mero aspecto econômico, mas do direito em si. Isso não significa, em absoluto, a renúncia do direito – que continua sob titularidade do sujeito, dada sua absoluta intransmissibilidade – mas sim sua utilização para deleite do próprio titular.

A indisponibilidade difere da intransmissibilidade, portanto, por apresentar caráter mais amplo, significando, como visto, a impossibilidade de livre atuação da autonomia privada, como regra. Já a intransmissibilidade refere-se a aspecto mais restrito, qual seja, a impossibilidade de novação subjetiva. Esta leva a que, qualquer que seja a hipótese aventada, não haverá modificação do titular, transmitindo-se, apenas e tão-somente, o aspecto econômico de determinado direito da personalidade.

³⁵⁴ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*, p. 167.

³⁵⁵ *Ibidem*, p. 185.

³⁵⁶ *Ibidem*, p. 197.

A disposição de um direito de personalidade, frise-se, deve estar estribada no princípio da dignidade humana, não podendo contrariar a ordem pública e os bons costumes. Nesse diapasão, seria interessante que o Código Civil brasileiro, à semelhança do diploma português³⁵⁷, previsse expressamente tais liames à disponibilidade ora tratada. Merece destaque, nesse ponto, o Enunciado nº 139 do CJK/STJ, aprovado na II Jornada de Direito Civil. Além de previsão semelhante ao Código Civil português, traz também a desnecessidade de lei estrita para atos de disposição de um direito de personalidade:

Enunciado nº 139: Art. 11: Os direitos da personalidade podem sofrer limitações, ainda que não especificamente previstas em lei, não podendo ser exercidos com abuso de direito de seu titular, contrariamente à boa fé objetiva e aos bons costumes.

Conclui-se, assim, que a indisponibilidade dos direitos de personalidade é regra que admite exceção, consistente na atuação da autonomia privada. Reconhece-se a existência de uma esfera privada da vida da pessoa, na qual não cabe a interferência nem do Estado, nem da sociedade. E a eventual disponibilidade, ao mesmo tempo que permite a melhor realização do princípio da dignidade humana, deve ter por supedâneo o respeito à ordem pública e bons costumes, evitando-se, assim, o aviltamento da honorabilidade ínsita à natureza humana. Qualquer ato de disposição que extrapole referidos parâmetros deverá ser imediatamente repellido, com fulcro no art. 11, parte final, do Código Civil.

O Código Civil, no supramencionado artigo, também se refere expressamente à irrenunciabilidade dos direitos de personalidade³⁵⁸. Isso significa que não podem ser extirpados por vontade de seu titular. Adriano de Cupis pondera que:

³⁵⁷ “Art. 81º (Limitação voluntária dos direitos de personalidade): 1. Toda a limitação voluntária ao exercício dos direitos de personalidade é nula, se for contrária aos princípios de ordem pública”.

³⁵⁸ O Código Civil peruano é bem específico ao tratar de tal característica: “*Irrenunciabilidad de los derechos fundamentales. Artículo 5º.- El derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad, al honor y demás inherentes a la persona humana son irrenunciables y no pueden ser objeto de cesión. Su ejercicio no puede sufrir limitación voluntaria, salvo lo dispuesto en el Artículo 6º.*” Em tradução livre: “Irrenunciabilidade dos direitos fundamentais. Art. 5º. O direito à vida, integridade física, liberdade, honra, dentre outros inerentes à pessoa humana, são irrenunciáveis e não podem ser objeto de cessão. Seu exercício não pode sofrer limitação voluntária, salvo conforme disposto no art. 6º.” O art. 6º, por seu turno, reza que: “*Actos de disposición del propio cuerpo Artículo 6º.- Los actos de disposición del propio cuerpo están prohibidos cuando ocasionen una disminución permanente de la integridad física o cuando de alguna manera sean contrarios al orden público o a las buenas costumbres. Empero, son válidos si su exigencia corresponde a un estado de necesidad, de orden médico o quirúrgico o si están inspirados por motivos humanitarios. Los actos de*

Os direitos da personalidade são, assim, direitos que devem necessariamente permanecer na esfera do próprio titular, e o vínculo que a ele os liga atinge o máximo de intensidade. Na sua maior parte, respeitam ao sujeito pelo simples e único facto da sua qualidade de pessoa, adquirida com o nascimento, continuando todos a ser-lhe inerentes durante toda a vida, mesmo contra a sua vontade, que não tem eficácia jurídica.³⁵⁹

Tal característica é reforçada pelo art. 27 da Lei nº 9.610/98 que também prevê, no âmbito dos direitos de autor, serem estes inalienáveis e irrenunciáveis.

Distingue-se da vedação à transmissibilidade na medida em que a renúncia refere-se ao abandono voluntário de um direito, sem transferi-lo a quem quer que seja.

Impende destacar que a irrenunciabilidade, assim como a indisponibilidade, também admite temperamentos, já que a autonomia privada revela-se componente essencial da dignidade humana³⁶⁰. No entanto, eventual renúncia nunca se referirá ao direito em si, mas apenas e tão-somente ao seu exercício, à semelhança da intransmissibilidade. Exemplo disso é o art. 1578, do Código Civil, que permite ao cônjuge, após a separação, renunciar ao uso do sobrenome do outro. Nessa hipótese, é certo que não é o direito ao nome em si que se está a renunciar, já que este se refere à necessidade humana de identificação e especialização no seio da família e da sociedade. Conserva-se, assim, o direito em sua essência, operando-se a renúncia, apenas, no que se refere a seu exercício.

Conclui-se que a irrenunciabilidade, assim como a intransmissibilidade, revela-se, no âmbito dos direitos de personalidade, como característica absoluta. Recorde-se apenas que a intransmissibilidade, ao traduzir-se na impossibilidade de modificação subjetiva do direito de personalidade, fundamenta-se na própria forma – orgânica – com que a titularidade se apresenta no âmbito de tais direitos. A irrenunciabilidade, por sua vez, também se assenta sobre idêntico fundamento, já

disposición o de utilización de órganos y tejidos de seres humanos son regulados por la ley de la materia.”
Em tradução livre: “Atos de disposição do próprio corpo. Artigo 6º: Os atos de disposição do próprio corpo estão proibidos quando ocasionem diminuição permanente da integridade física ou quando de alguma forma sejam contrários à ordem pública e aos bons costumes. No entanto, são válidos se sua exigência corresponde a um estado de necessidade, de ordem médica ou cirúrgica ou se se inspiram em motivos humanitários. Os atos de disposição ou de utilização de órgãos e tecidos de seres humanos serão regulados em lei própria.”

³⁵⁹ *Os direitos da personalidade*, p. 53.

³⁶⁰ ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direitos da personalidade*, p. 231.

que essa mesma titularidade impede que o sujeito se despoje do núcleo de seu direito de personalidade.

Assim, das características estudadas, apenas a indisponibilidade é que se revela verdadeiramente relativa. Com efeito, embora não se admita a mudança de titular, tampouco o abandono voluntário do direito de personalidade, afigura-se possível a atuação da autonomia privada em certas hipóteses.

Pode-se dizer, portanto, que os direitos de personalidade serão sempre irrenunciáveis e intransmissíveis, mas nem sempre indisponíveis. Disso se infere que não se vislumbra, dentre as características arroladas, genuína relação de gênero e espécie. Nesse diapasão, afigura-se mais coerente a análise apartada de tais qualidades jurídicas que, embora relacionadas à ideia mais genérica de imutabilidade, conservam conteúdos distintos e singulares.

3.5 Intransmissibilidade *causa mortis* dos direitos de personalidade

Conforme foi demonstrado, os direitos de personalidade se referem a objetos identificáveis na natureza humana e, por conseguinte, com pertinência lógica na pessoa individualmente considerada. Ademais, ligam-se a ela por meio da chamada titularidade orgânica ou institucional, consubstanciando situações que, por apresentarem um liame estreito com o sujeito, “[...] encontram naquele liame a sua razão de ser, a sua função”³⁶¹.

A intransmissibilidade, por tais fundamentos, é característica absoluta dos direitos de personalidade, não sendo possível vislumbrar-se exceção. Com efeito, reafirma-se que se transmite apenas e tão-somente o reflexo econômico de determinado direito de personalidade, nunca o direito em si.

O que releva aqui ressaltar é que a vedação à novação subjetiva incide não só durante a vida do titular, mas, especialmente, quando de sua morte. E é exatamente aqui que surge a questão acerca da configuração da tutela *post mortem* dos direitos de personalidade, conforme será adiante desenvolvido.

³⁶¹ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*, p. 109.

A questão que ora se coloca é: ao falecer uma pessoa, o que ocorre com os direitos de personalidade que titularizava em vida? Nesse ponto, é oportuno tecer breves considerações acerca de conceitos de direito das sucessões.

Conforme Maria Helena Marques Braceiro Daneluzzi, em alentado estudo sobre a sucessão do cônjuge sobrevivente, suceder significa “[...] acontecer posteriormente, vir em seguida, tomar o lugar, ser substituto; substituir; ter a posse do que pertencia ao seu antecessor; ser sucessor, assumir direitos do *auctor successionis*.”³⁶²

Segundo Pontes de Miranda, “[...] quem sucede põe-se no lugar da pessoa de quem provém o patrimônio ou o direito ou de que provém alguns direitos”³⁶³. Suceder, portanto, significa receber a titularidade de direitos e obrigações que pertenciam ao *de cuius*.

Certo é que a capacidade sucessória passiva³⁶⁴ – ou seja, a aptidão para ser herdeiro – defere-se, segundo art. 1.798, do Código Civil³⁶⁵, às pessoas já nascidas ou concebidas no momento da abertura da sucessão que, por sua vez, ocorre com o falecimento do *de cuius*. Conforme Maria Helena Marques Braceiro Daneluzzi, “[...] o herdeiro precisa pertencer à espécie humana, dado que só o homem e as pessoas jurídicas por causa dos homens podem adquirir *causa mortis*.”³⁶⁶

Pode-se dizer, com base em tal lição, que referida legitimação é conferida aos dotados de personalidade e, independentemente da teoria que se adote – natalista ou concepcionista – ao nascituro, por força de expressa previsão legal. Ademais, é necessário ter título sucessório, ou seja, figurar na ordem de vocação hereditária do

³⁶² *Aspectos polêmicos na sucessão do cônjuge sobrevivente*: de acordo com a Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. São Paulo: Letras Jurídicas, 2004, p. 103.

³⁶³ *Tratado de direito privado*. parte especial. tomo LV. Direito das sucessões. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1968, p. 179.

³⁶⁴ Para apurá-la, Maria Helena Marques Braceiro Daneluzzi adverte que devem ocorrer os seguintes pressupostos: “1) Morte do *de cuius*, porque só nesse momento é que a propriedade e a posse da herança se transmitem aos herdeiros legítimos e testamentários. 2) Sobrevivência do sucessor, ainda que por fração ínfima de tempo, dado que a herança não se transmite ao nada. Ao tempo do falecimento do autor da herança, o herdeiro deve estar vivo, ou pelo menos concebido, para ocupar o lugar que lhe compete. Se, por ocasião do óbito do *de cuius*, o herdeiro estiver morto, passa-se o acervo hereditário aos outros de sua classe ou aos da classe imediata, se for ele o único.” (*Aspectos polêmicos na sucessão do cônjuge sobrevivente*: de acordo com a Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. p. 126.

³⁶⁵ Art. 1.798. Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão.

³⁶⁶ Op. cit., p. 103.

art. 1829 do Código Civil³⁶⁷ ou, no caso de sucessão testamentária, ter sido beneficiado em testamento ou legado.

No entanto, certo é que não será todo e qualquer bem do *de cuius* que poderá ser transmitido aos sucessores. Nesse ponto, é relevante citar o art. 928 do Código Civil de 1916, que prescrevia da seguinte forma: “Art. 928. A obrigação, não sendo personalíssima, opera, assim entre as partes, como entre seus herdeiros.”

Trata-se de um dos efeitos das obrigações, que consiste, em regra, na sua transmissibilidade aos sucessores. A exceção está nos casos de obrigações personalíssimas. Nesse sentido, J. M. de Carvalho Santos, em comentários ao Código Civil de 1916:

Prevê o Código, neste caso, mais um efeito das obrigações em geral: a sua transmissibilidade aos sucessores do credor e devedor. E firma logo a exceção: não sendo personalíssima.³⁶⁸

Mais à frente, concebe-se o sentido que deve ser dado ao termo “obrigação”, de forma a albergar, também, os direitos intransmissíveis. Assim:

Obrigação personalíssima é a que não passa aos herdeiros. Dá-se-lhe esse nome, ensina Clóvis Bevilaqua, para significar que não passam das pessoas do credor e do devedor. Teixeira de Freitas chama-as obrigações inerentes às pessoas.

[...]

De acordo com a melhor doutrina, **são personalíssimas:**

[...]

b) **as obrigações e os direitos intransmissíveis por natureza**

[...]³⁶⁹ (grifos nossos)

Sobre o objeto da herança, leciona Clovis Bevilaqua:

³⁶⁷ “Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III - ao cônjuge sobrevivente;

IV - aos colaterais.”

³⁶⁸ *Código civil brasileiro interpretado*. v. XII. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1945, p. 8.

³⁶⁹ CARVALHO SANTOS, J. M. de. *Código civil brasileiro interpretado*. v. XII, p. 8.

Nem todos os direitos, porém, são suscetíveis de transmissão hereditária. Os direitos personalíssimos terminam com a morte do agente, desfazem-se, extinguem-se com a vida sem que os possa continuar o sucessor da pessoa em favor da qual existiam.³⁷⁰

Os direitos da personalidade, portanto, são imunes à transmissão *causa mortis*, não os recebendo os sucessores do *de cuius*. Importante observar que não havia, no dispositivo citado, menção expressa aos direitos da personalidade porque a dogmática a eles referente ainda não se dava de forma sistemática no bojo do Código Civil de 1916. No entanto, Pontes de Miranda já tratava de tais direitos, acentuando-lhes a intransmissibilidade:

Já vimos [...] o que é patrimônio, como conjunto de direitos de valor econômico. **O que não é patrimonial não se transmite hereditariamente**, se bem que haja valores patrimoniais intransmissíveis.

[...]

O direito ao nome é direito da personalidade, que não se herda.³⁷¹ (grifos nossos)

É no mínimo peculiar que o Código Civil de 2002 não contenha dispositivo semelhante, de forma a tornar assente a intransmissibilidade *causa mortis* dos direitos personalíssimos. Por mais que já exista certo consenso doutrinário acerca da matéria, seria interessante que a legislação também tratasse especificamente do ponto em questão.

Os direitos de personalidade, portanto, não se transmitem por herança, em razão da intransmissibilidade que lhes é intrínseca, designando, em última análise, direitos personalíssimos³⁷² e, assim, refratários à transmissão sucessória. É numerosa a doutrina que trata da intransmissibilidade *causa mortis* dos direitos de personalidade. Para Anderson Schreiber:

³⁷⁰ BEVILAQUA, Clovis. *Direito das sucessões*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1945, p. 18.

³⁷¹ *Tratado de direito privado*. parte especial. tomo LV, p. 186.

³⁷² Carlos Alberto Bittar esclarece que os direitos da personalidade foram, durante muito tempo, conhecidos pela denominação direitos personalíssimos: “Daí o nome ‘direitos personalíssimos’ com que foram, durante muito tempo, conhecidos: voltam-se, pois, para aspectos íntimos da pessoa, ou seja, tomada esta em si, como ente individualizado na sociedade.” (BITTAR, Carlos Alberto. *Direitos da personalidade*, p. 29-30).

Como manifestações essenciais da condição humana, os direitos da personalidade não podem ser alienados ou transmitidos a outrem, quer por ato entre vivos, quer em virtude da morte do seu titular.³⁷³

Leonardo Zanini, por seu turno, afirma:

[...] não se podendo falar em transmissão *causa mortis*. É que a transmissão demanda que uma pessoa ocupe o lugar da outra, o que não ocorre quando tratamos dos direitos da personalidade, naturalmente intransmissíveis.³⁷⁴

Também José de Oliveira Ascensão, ao tratar as características dos direitos de personalidade, pontifica que: “1) São intransmissíveis. Não podem ser objeto de cessão. E, como veremos, não podem também ser objeto de sucessão.”³⁷⁵

Roxana Cardoso Brasileiro Borges leciona que:

São [os direitos de personalidade] intransmissíveis, pois não se transmitem a outros sujeitos. Mesmo após a morte da pessoa, não se transmitem por sucessão, embora continuem a ser protegidos pelo ordenamento.³⁷⁶

Paulo Mota Pinto leciona:

Além disso, os direitos da personalidade [...] **são direitos pessoais**, não só no sentido de não serem direitos patrimoniais, mas sobretudo por serem direitos ligados, estreita, directa e incindivelmente, à pessoa do seu titular e que, portanto, como é regra com os direitos pessoais, **não são transmissíveis, *inter vivos* ou *mortis causa* (não sendo, pois hereditáveis).**³⁷⁷ (grifos nossos)

Importante assentar, desde já, que aqui se entende que a intransmissibilidade não força à conclusão de que a morte do titular levaria ao aniquilamento completo dos direitos de personalidade. Ao contrário, os fundamentos de tal característica

³⁷³ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2014, p. 24.

³⁷⁴ *Direitos da personalidade*, p. 241.

³⁷⁵ *Direito civil*, teoria geral (introdução, as pessoas, os bens), p. 75.

³⁷⁶ *Direitos de personalidade e autonomia privada*, p. 33.

³⁷⁷ *Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e os direitos de personalidade no direito português*, p. 63.

desvelam pertinência tal com a pessoa que, mesmo após seu falecimento, continuam a irradiar efeitos, conforme será demonstrado.

4 ANOTAÇÕES SOBRE A TUTELA *POST MORTEM* DOS DIREITOS DE PERSONALIDADE

4.1 A problemática da tutela *post mortem* dos direitos de personalidade no Código Civil e na doutrina

A tutela *post mortem* dos direitos de personalidade é tema bastante controvertido na doutrina, assentando-se nos artigos 12, parágrafo único e 20, parágrafo único, ambos do Código Civil. Tais dispositivos preveem a legitimidade dos sucessores para a proteção de direitos de personalidade após a morte do *de cuius*. Assim:

Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Parágrafo único. **Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau.**

Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

Parágrafo único. **Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.** (grifos nossos)

Como se nota, o Código Civil pátrio não estabelece a configuração jurídica de referida tutela, isto é, qual seria a fundamentação lógica para que direitos expressamente reconhecidos como intransmissíveis (conforme art. 11 do mesmo diploma) sejam tutelados pelos sucessores do falecido.

O Código Civil português estabelece expressamente que os direitos de personalidade continuam a ser protegidos após a morte do sujeito, muito embora também não trate da tormentosa questão acerca da fundamentação de tal tutela, conforme segue:

1. Os direitos de personalidade gozam igualmente de protecção depois da morte do respectivo titular.

2. Tem legitimidade, neste caso, para requerer as providências previstas no n.º 2 do artigo anterior o cônjuge sobrevivente ou qualquer descendente, ascendente, irmão, sobrinho ou herdeiro do falecido.

3. Se a ilicitude da ofensa resultar de falta de consentimento, só as pessoas que o deveriam prestar têm legitimidade, conjunta ou separadamente, para requerer providências a que o número anterior se refere. (grifos nossos)A doutrina costuma tratar da

problemática da tutela *post mortem* sob diferentes perspectivas, conforme segue.

Diogo Leite de Campos entende que a personalidade se prolonga após a morte do sujeito:

[...] a doutrina, as leis, os juízes, afirmam **a permanência, depois da morte, de um certo número de interesses e dos direitos respectivos**: o direito à sepultura e à sua proteção; o direito ao seu cadáver e de decidir o seu destino; o direito à imagem que 'era', e também o direito à imagem do cadáver; o direito ao nome; o direito moral do autor; etc.

[...]

Os parentes e os herdeiros do falecido não defendem um interesse próprio (o que é evidente, tratando-se da defesa de um nome que não é usado pelo que o defende) **mas sim um interesse do defunto**.

[...]

Assim **a personalidade jurídica prolonga-se, é 'empurrada' para depois da morte**.³⁷⁸ (grifos nossos)

Gustavo Tepedino defende que “[...] muitos interesses relacionados à personalidade mantenham-se tutelados mesmo após a morte do titular”³⁷⁹, assentando a ideia com base nas lições do supracitado autor.

Além de ser de tormentosa apreensão, a ideia de prolongamento da personalidade após a morte traz consigo inconsistências técnicas que comprometeriam a lógica e segurança de nosso sistema. Há certos valores e regras que devem ser tidos por absolutos, sob pena de graves incongruências. Portanto, não há como se admitir, após a morte, o prolongamento formal da personalidade da pessoa que, conforme art. 6º do Código Civil, se extingue com a morte.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho entendem pela permanência de certos direitos de personalidade mesmo após a morte de seu titular:

³⁷⁸ Lições de direitos da personalidade. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Coimbra: [s.n.], n. 67, 1991.

³⁷⁹ *A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro*, p. 34.

Sendo inerentes à pessoa, extinguem-se, em regra, com o seu desaparecimento.

Destaque-se, porém, que **há direitos da personalidade que se projetam além da morte do indivíduo [...]**³⁸⁰ (grifos nossos)

Antonio Carlos Morato pontifica:

O fato da vida – e da própria personalidade como aptidão para figurar em uma relação jurídica – constituir o suporte dos direitos da personalidade, **não impede que tais direitos sejam defendidos após a morte de seu titular.**³⁸¹ (grifos nossos)

Fábio Maria de Mattia:

A maioria destes direitos [de personalidade] terminam com a morte do titular (a vida, a saúde a integridade física), mas outros **prolongam seus efeitos além da vida da pessoa** como, por exemplo, a honra, pois ninguém pode atacar a honra das pessoas falecidas.³⁸² (grifos nossos)

Confirmam-se comentários aos arts. 12, parágrafo único, e 20, parágrafo único, ambos do Código Civil:

Ainda, conquanto a morte ponha termo à existência da pessoa natural (art. 6º do CC), o cônjuge supérstite ou qualquer parente na linha reta ou colateral até o quarto grau do falecido, têm legitimidade para reclamar sanções contra a violação dos direitos da personalidade deste, pois **sobrevive-lhe ‘em algumas espécies, a proteção legal’**, no dizer de Orlando Gomes.

[...]

Não obstante a cessação da personalidade com a morte, **alguns aspectos do direito da personalidade são preservados**, como a honra, a boa fama da pessoa falecida, o que aliás, também legitima a revisão criminal de condenado falecido (art. 623 do CPP), de modo que a respectiva proteção pode ser reclamada pelo cônjuge, ascendente ou descendente, compreendendo-se nesse rol também o convivente.³⁸³ (grifos nossos)

Com efeito, se é certo que alguns direitos de personalidade continuam a repercutir mesmo após a morte do sujeito, a doutrina em geral, no entanto, não estabelece qual seria a fundamentação de referida eficácia *post mortem*, limitando-

³⁸⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. v. 1, p. 197.

³⁸¹ *Quadro geral dos direitos da personalidade*, p. 144.

³⁸² *Direitos da personalidade: aspectos gerais*, p. 257.

³⁸³ PELUSO, César (coord.). *Código civil comentado: doutrina e jurisprudência*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Manole, 2012, p. 29 e 40.

se a afirmar a preservação de certos aspectos da personalidade e/ou de seus direitos.

Por sua vez, Enéas Costa Garcia leciona:

Igualmente não são transmissíveis *causa mortis*, o que não se confunde com legitimidade extraordinária dos herdeiros para a defesa de direitos naqueles casos em que necessária a proteção *post mortem*.³⁸⁴

A legitimidade extraordinária revela situação em que alguém defende, em juízo, direito alheio³⁸⁵. Pressupõe-se, assim, que referida corrente considere que o direito de personalidade, em verdade, pertence ao falecido. No entanto, não são apresentadas as fundamentações necessárias a se aceitar que sujeito falecido continue a ostentar direitos mesmo após o fim de sua personalidade.

Flávio Tartuce traz a ideia de legitimação própria dos herdeiros:

O parágrafo único do mesmo art. 12 do CC acaba por reconhecer direitos da personalidade ao morto, cabendo legitimidade para ingressar com a ação correspondente aos lesados indiretos: cônjuge, ascendentes, descendentes e colaterais até quarto grau. Em casos tais, tem-se aquilo que a doutrina denomina dano indireto ou dano em ricochete.³⁸⁶

No mesmo sentido é o Enunciado nº 400 do CJF/STJ, aprovado na V Jornada de Direito Civil:

Enunciado nº 400: Arts. 12, parágrafo único, e 20, parágrafo único. Os parágrafos únicos dos arts. 12 e 20 asseguram legitimidade, por direito próprio, aos parentes, cônjuge ou companheiro para a tutela contra a lesão perpetrada *post mortem*.

Antônio Menezes Cordeiro, após atenta análise do tema, afirma que a tutela *post mortem* envolve direito dos sucessores: “[...] a tutela *post mortem* é, na

³⁸⁴ *Direito geral da personalidade no sistema jurídico brasileiro*, p. 48.

³⁸⁵ Segundo Fredie Didier Jr.: “O legitimado extraordinário atua no processo na qualidade de parte, e não de representante, ficando submetido, em razão disso, ao regime jurídico deste sujeito processual. Atua em nome próprio, defendendo direito alheio. Há incoincidência, portanto, entre as partes da demanda e as partes do litígio.” (*Curso de direito processual civil*. v. 1. 14. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2012, p. 222).

³⁸⁶ *Direito civil, I: Lei de introdução e parte geral*, p. 168.

realidade, a proteção concedida ao direito que os familiares têm de exigir o respeito pelo descanso e pela memória dos seus mortos.”³⁸⁷

Outra não é a orientação de Carlos Alberto Bittar:

Esses direitos são, ademais, sob certos aspectos, transmissíveis por sucessão *mortis causa*, cabendo aos herdeiros, ou ao cônjuge sobrevivente, ou a ambos, conforme o caso, promover a sua defesa contra terceiros. Assim ocorre com os citados direitos morais de autor (art. 24, §1º) e com outros direitos da personalidade, quanto à autorização para uso altruístico (como os direitos ao corpo, a partes e a órgãos), **agindo, pois, os herdeiros, em todos esses casos, por direito próprio.**³⁸⁸ (grifos nossos)

Carlos Alberto da Mota Pinto também concebe que o interesse tutelado pertence aos sucessores do *de cuius*:

Mantém-se, depois da morte do respectivo titular, a proteção dos que possam continuar a ser ofendidos (art. 71.º, n.º 1). A formulação do artigo 71.º, n.º 1, é, porém infeliz, **pois a tutela incide sobre direitos ou interesses das pessoas mencionadas no n.º 2 do mesmo artigo** e não significa que se mantenham os direitos na titularidade do defunto, cuja personalidade cessou com a morte.³⁸⁹(grifos nossos)

Nesse ponto, questiona-se como admitir serem os sucessores os únicos lesados em casos como de ofensas à honra de pessoa falecida. Suponha-se, exemplificativamente, seja atribuída ao *de cuius* (reconhecido em vida por sua ilibada reputação), a autoria de crime contra a dignidade sexual. Certo é que a ofensa, nesse caso, atinge também certos valores perenes relacionados ao morto e não – ou melhor, e não só – aos seus sucessores.

4.2 Entendimento proposto acerca da tutela *post mortem* de direitos de personalidade

³⁸⁷ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*. v. IV, p. 543.

³⁸⁸ *Os direitos da personalidade*, p. 13.

³⁸⁹ *Teoria geral do direito civil*. 4. ed. Por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 211.

Conforme visto, os direitos de personalidade não são objeto de sucessão hereditária, em razão de serem intransmissíveis. Com isso, alguns entendem que o evento morte seria apto a extinguir todo e qualquer direito, inclusive os referentes à personalidade. Nesse sentido, San Tiago Dantas: “[...] **a morte do homem leva naturalmente à extinção desses direitos [da personalidade], pelo perecimento do seu objeto** e não se pode cogitar da transmissão.”³⁹⁰ (grifos nossos)

No entanto, conforme já observado, entende-se que a intransmissibilidade não conduz à automática conclusão de que, com a morte, ocorreria extinção dos direitos de personalidade. Isso porque tais direitos – justamente por guardarem pertinência lógica com seu titular – continuam a irradiar efeitos no meio social. Assim é que, conforme precisa e paradigmática lição de Maria Helena Diniz, entende-se que “[...] o aniquilamento não é completo com a morte”³⁹¹. Continua a autora: “Certos direitos produzem efeitos após a morte, como o direito moral do autor (Lei n. 9.610/98, art, 24, §§1º e 2º), o direito à imagem e à honra.”³⁹²

Ademais, Maria Helena Diniz traz à colação hipóteses que confirmam referida assertiva:

(i) possibilidade de que militares e servidores públicos sejam promovidos *post mortem*, bem como aquinhoados com medalhas e condecorações³⁹³;

(ii) decretação de falência após a morte do empresário (Lei nº 11.101/2005, art. 97, II)³⁹⁴;

É certo que o evento morte faz necessariamente cessar a existência da pessoa e, portanto, de sua personalidade³⁹⁵. A extinção da personalidade com a morte é, nas palavras de António Menezes Cordeiro, “[...] dado ontológico que não pode ser revisto, sob pena de total contrariedade ao sistema”³⁹⁶.

³⁹⁰ *Programa de direito civil: teoria geral*, p. 195.

³⁹¹ *Curso de direito civil brasileiro*. v. 1, p 258.

³⁹² *Ibidem*, p. 258.

³⁹³ *Ibidem*, p. 258.

³⁹⁴ *Ibidem*, p. 259.

³⁹⁵ Art. 6º do Código Civil de 2002: “A existência da pessoa natural termina com a morte; presume-se esta, quanto aos ausentes, nos casos em que a lei autoriza a abertura de sucessão definitiva”.

³⁹⁶ *Tratado de direito civil*. v. IV, p. 526.

Se é certo que a personalidade cessa com o falecimento da pessoa, é também correto afirmar que não são todos os direitos de personalidade que deixam de se manifestar com a morte do seu titular. Se, em alguns casos, é possível verificar a cessação de efeitos, outras hipóteses revelam direitos que continuam a pulsar mesmo após o falecimento da pessoa.

Não se nega que o direito ao corpo, à integridade física e a liberdade de pensamento, por exemplo, efetivamente cessarão juntamente com seu titular. No entanto, há outras situações subjetivas que, não obstante a morte da pessoa, continuam a aflorar, a exemplo das contendas relativas ao direito moral de autor, direito à imagem, ao nome, à honra. São inúmeros os casos concretos que revolvem tais direitos mesmo após a morte de seu titular, conforme veremos à frente, analisando-se a jurisprudência.

Firma-se, assim, a ideia, já ventilada, de pós-eficácia dos direitos de personalidade, fenômeno pelo qual tais direitos, extintos pela morte de seu titular, continuariam a produzir efeitos³⁹⁷. Conforme acentua António Menezes Cordeiro: “De todo o modo, a existência da pós-eficácia aqui em causa parece hoje assente, apenas se discutindo os seus exatos efeitos.”³⁹⁸

Capelo de Sousa exemplifica:

Porém, isso [a morte] não impede, desde logo, que haja **bens da personalidade física e moral do defunto que continuam a influir no curso social** e que, por isso mesmo, perduram no mundo das relações jurídicas e como tais são autonomamente protegidos. É particularmente o caso do seu **cadáver, das partes destacadas do seu corpo, da sua vontade objectivada, da sua identidade e imagem, da sua honra, do seu bom nome e da sua vida privada, das suas obras e das demais objectivações criadas pelo defunto e nas quais ele tenha, de um modo muito pessoal, imprimido a sua marca.**³⁹⁹ (grifos nossos)

O que se questiona, nesse ponto, é qual seria a fundamentação de referida eficácia, tendo em vista o fim da personalidade do *de cuius* com a morte, a teor do art. 6º do Código Civil.

³⁹⁷ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*. v. IV, p. 534.

³⁹⁸ *Ibidem*, p. 536.

³⁹⁹ *O direito geral de personalidade*, p. 189-192.

António Menezes Cordeiro⁴⁰⁰ apresenta compilação das mais conhecidas construções jurídicas acerca da tutela *post mortem* dos direitos de personalidade, hauridas, em sua maioria, do direito alemão:

- teoria do direito sem sujeito: afirma que, mesmo com a morte do titular, determinados direitos de personalidade manter-se-iam. Como já observado quando da análise da situação jurídica do nascituro, tal teoria, muito embora aplicada na jurisprudência alemã⁴⁰¹, traz dificuldade de conciliar a ideia de personalidade como condição para aquisição de direitos.

- teoria da capacidade parcial: propõe que, mesmo após a morte, ficcionar-se-ia a manutenção de uma parcela da capacidade do sujeito. Além da problemática acima apontada, é orientação que porta insegurança jurídica, tendo em vista que referida ficção jurídica poderia ser adotada para fins menos nobres.

- teoria do dever geral de conduta: defende que o respeito pelo falecido adviria de um dever geral de respeito, que não se subjetivaria em nenhuma pessoa concreta. Trata-se de proposta muito genérica e que não explica, de fato, a eficácia póstuma dos direitos de personalidade. Com efeito, tal dever, ainda que acentuado no que concerne aos mortos, deve ser aplicado também durante a vida, evitando-se, por exemplo, remissões falsas ou maliciosas em relação a pessoas públicas.

- teorias processuais: de acordo com tais correntes, a tutela *post mortem* seria explicada por teorias processuais, com base em transferências de posições no processo. Ora, não é possível admitir-se que matéria típica de direito material possa ser explicada por meio da dogmática processual. Ademais, sendo o direito em questão intransmissível, fica difícil vislumbrar a que título ocorreriam tais transferências.

- teorias do alargamento de preceitos paralelos: trata-se de identificar, ao longo da lei, os dispositivos que confirmam efeitos à vontade do falecido e, com tal supedâneo, proceder a uma generalização. Ocorre que, no sistema pátrio, o art.

⁴⁰⁰ *Tratado de direito civil*. v. IV, p. 536-537.

⁴⁰¹ Conforme notícia António Menezes Cordeiro, foi orientação adotada pelo BGH em 26/11/1954, no caso Cosimo (*Tratado de direito civil*. v. IV, p. 536).

112⁴⁰², do Código Civil, confere maior ênfase à intenção da vontade do que em seu sentido literal e, como é de se imaginar, há intransponíveis barreiras a tal elucidação ao se tratar de pessoa falecida.

- teorias negativistas: defendem que a defesa *post mortem* seria, na verdade, uma tutela aos interesses dos vivos. Embora se admita que tal tutela possa realmente existir no caso concreto, é certo que a ela não resume, afinal, a eficácia póstuma que se está a fundamentar refere-se aos direitos do falecido.

- teoria da subjetividade complementar ou sublimada: trata-se de elevar a tutela da pessoa com base em sua dignidade, que se projetaria além da morte. Afigura-se tal teoria com grande semelhança com a proposta do presente trabalho.

Uma solução que, à primeira vista, se apresenta pertinente é a de Pietro Perlingieri que, como visto, trata os direitos de personalidade como situações jurídicas, tese aqui adotada.

Apenas para rememorar, a situação subjetiva, em síntese, seria categoria geral pensada para dar forma conceitual a comportamentos. O que a caracteriza, portanto, é a existência de um centro dinâmico de interesses, que abriga em seu bojo uma miríade de outras situações, como poderes, deveres, faculdades, obrigações, ônus. Trata-se – o interesse – do elemento essencial da situação subjetiva. O sujeito, para o jurista italiano é, por sua vez, mero elemento accidental, ou seja, não é necessário para a configuração da situação jurídica. Assim:

O sujeito não é elemento essencial para a existência da situação, podendo existir interesses – e, portanto, situações – que são tutelados pelo ordenamento apesar de não terem ainda um titular.

[...]

[...] o sujeito não é parte imanente da situação subjetiva.⁴⁰³

Adiante, ao tratar da relação jurídica como a ligação entre situações subjetivas, e não como o liame entre sujeitos, reforça:

⁴⁰² “Art. 112. Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem.”

⁴⁰³ PERLINGIERI, Pietro. *Perfil do direito civil*, p. 107-108.

A ligação essencial de um ponto de vista estrutural é aquela entre centros de interesses. O sujeito é somente um elemento externo à relação porque externo à situação; é somente o titular, às vezes ocasional, de uma ou de ambas as situações que compõem a relação jurídica.⁴⁰⁴

Tal constatação em nada contradiz as lições do mesmo autor no sentido de que os direitos de personalidade – chamados por ele de “situações subjetivas existenciais” – guardam com o sujeito a chamada titularidade orgânica ou institucional. Isso porque a noção de titularidade pressupõe a vida do sujeito. Com a morte, a tutela de tais interesses, nas lições de Pietro Perlingieri, resolve-se com o que denomina “[...] existência da situação e inexistência ou indeterminação (*indeterminatezza*) do sujeito titular”⁴⁰⁵. Assim:

Mesmo depois da morte do sujeito, o ordenamento considera certos interesses tuteláveis. Alguns requisitos relativos à existência, à personalidade do defunto – por exemplo, a sua honra, a sua dignidade, a interpretação exata da sua história – são de qualquer modo protegidos por um certo período de tempo, isto é, enquanto relevantes também socialmente. Alguns sujeitos, individuados pelo ordenamento, serão legitimados a tutelar o interesse do defunto.⁴⁰⁶

Apesar da plausibilidade de tal solução, parece que recai na mesma problemática da teoria que aduz a existência de direitos sem sujeitos. Por mais que o autor se afaste da ideia de direitos subjetivos, dando lugar à noção mais ampla de “interesses”, certo é que estes, como visto, abrangem aqueles.

Assim é que a pós-eficácia de determinados direitos de personalidade assenta-se, em verdade, na **proteção da dignidade humana**. A dignidade não é valor jungido à existência da pessoa, pois, entranhada que está com a natureza humana – e não com a pessoa em sentido técnico - apresenta-se como um bem perene, que não conhece as barreiras de tempo-espaco⁴⁰⁷. Assim:

⁴⁰⁴ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*, p. 115.

⁴⁰⁵ *Ibidem*, p. 111.

⁴⁰⁶ *Ibidem*, p. 111.

⁴⁰⁷ Aliás, de acordo com Régis Jolivet, a própria alma humana não conheceria tais barreiras, pois seria, por natureza, incorruptível e imortal. Para tanto, apresenta a prova metafísica, prova moral e prova psicológica de tal afirmação. Em relação à primeira, afirma: “Ora, a alma humana não pode perecer diretamente, porque é uma substância simples. Portanto incapaz de se decompor, nem indiretamente, porque não tem necessidade

E, mais, hoje em dia vem se discutindo se não há, verdadeiramente, uma **projeção dos direitos da personalidade para depois da morte, corolário da admissão de que fundados em valor social básico e perene, como é a dignidade da pessoa humana**, assim suscitando proteção [...] ⁴⁰⁸ (grifos nossos)

Pode haver certa tendência – natural, até – em se relacionar a dignidade à memória do morto. Nesse sentido, a dignidade, ínsita à natureza humana, se revelaria, na prática, no respeito à memória daquele que já se foi. José de Oliveira Ascensão elucida tal ideia:

Teremos então que concluir que a personalidade não cessa com a morte?

Decerto que cessa. **Mas a proteção do valor pessoal prolonga-se ainda depois da morte.** Prolonga-se, como vimos já, no que respeita ao cadáver, pois este é tutelado como emanção da pessoa, e não como coisa. **Pois também tem de se prolongar no que respeita ao espírito.**

[...]

O bem jurídico em causa passou a ser a memória do falecido. ⁴⁰⁹ (grifos nossos)

Tem-se, no entanto, que não é a memória do morto, como bem autônomo, que se está a assegurar e proteger. Em outras palavras, no caso de lesão à imagem de pessoa falecida, não se pode dizer que o que será tutelado em eventual ação será, autonomamente, a memória da pessoa falecida. Ora, morto não tem memória, eis que esta depende de potência intelectual, extinta com a morte. Quem a detém são seus sucessores (ou melhor, toda e qualquer pessoa que com ele tinha laços de afeto). A memória do morto, assim, tem por objeto a pessoa falecida, mas pertence àqueles que ainda estão vivos. Portanto, defender que a tutela é da memória do

do corpo e de seus órgãos para exercer suas funções próprias de conhecimento e de vontade. A alma é, então, por sua própria natureza, incorruptível e imortal.” A prova moral, por sua vez, se basearia na justiça de Deus: “A justiça quer que cada um seja tratado segundo suas obras, e isto não pode ser feito a não ser com a imortalidade da alma. Por fim, sobre a prova psicológica: “[...] se apóia nas tendências essenciais de nossas faculdades. É um fato que nós aspiramos a conhecer a verdade absoluta, possuir o bem supremo e a felicidade perfeita [...] Ora, a imortalidade seria uma palavra vã, se a alma, na sua sobrevivência, não conservasse a consciência de si mesma, de sua identidade, e não pudesse exercer suas operações.” (JOLIVET, Régis. *Curso de filosofia*. 4. ed. Rio de Janeiro: Agir, 1959, p. 250-251).

⁴⁰⁸ PELUSO, César (Coord.). *Código civil comentado: doutrina e jurisprudência*, p. 948.

⁴⁰⁹ *Direito civil, teoria geral (introdução, as pessoas, os bens)*, p. 82.

morto significaria dizer que o que se protege é somente o direito próprio dos sucessores, fazendo tábula rasa da eficácia póstuma dos direitos de personalidade. Ademais, parece paradoxal afirmar que se deva proteger o espírito – que é da pessoa falecida — e, mais à frente, afirmar algo que permite conclusão diversa.

A análise da presente questão deve se dar no âmbito de relação entre a dignidade humana e a ideia de personalidade ontológica, já analisada anteriormente. Anderson Schreiber, ao delimitar os contornos da dignidade humana, afirma:

A tarefa não é nada simples. Poucas noções apresentam contornos tão fluidos. Sua longa trajetória filosófica não é unívoca, mas gravita sempre em torno da mesma ideia: a de que **a espécie humana possui uma qualidade própria**, que a torna merecedora de uma estima (*dignus*) única ou diferenciada.⁴¹⁰ (grifos nossos)

A dignidade, assim, refere-se à honorabilidade da própria espécie humana. E o morto, ainda que tenha deixado de ser pessoa, em sentido técnico, continuará a ostentar a inarredável natureza humana. Isso porque a dignidade não depende de potências vitais para se manifestar, apresentando-se como “[...] o valor próprio que identifica o ser humano como tal”⁴¹¹. O morto não é “ser” humano, pois já não é o mundo físico. No entanto, sempre terá qualidade humana. Nesse sentido, Andréa Santos Souza, em alentado estudo sobre Paul Ricoeur:

A mesmidade, destarte, diz respeito aos sistemas que mantêm uma unidade no decorrer do tempo – é a parte imutável do ser. Ricoeur cita como exemplos o carvalho, que é a mesma árvore desde a bolota, e ainda o homem, que é mesmo indivíduo desde o nascimento até a morte.⁴¹²

É essa mesmidade que, entende-se, o falecido continua a manifestar no meio social. Ainda que acabada sua existência física, continuará a se perpetuar no mundo exterior por meio da identidade que formou durante sua trajetória. Assim, o pai carinhoso, o bom marido, o trabalhador honesto, o educado cavalheiro, o nobre causídico, são conteúdo da identidade da pessoa que, mesmo com a sua morte, continuará a se revelar nas lembranças daqueles com quem convivia. Em bonita passagem, Diogo Leite de Campos assevera:

⁴¹⁰ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*, p. 8.

⁴¹¹ GARCIA, Enéas Costa. *Direito geral da personalidade no sistema jurídico brasileiro*, p. 133.

⁴¹² SOUZA, Andréa Santos. *Parâmetros éticos em Paul Ricoeur*, p. 42.

A morte cessa a personalidade jurídica. Contudo, a morte não é um facto bruto, um fenómeno puramente biológico. A biografia humana prolonga-se para além da morte. A morte humana não é a morte biológica. É precisamente a morte que revela que o homem não é prisioneiro do espaço-tempo, separando-o do seu despojo corporal, única parte submetida ao tempo. **A morte é a observância de um rito do despojamento do eu enquanto ter.** O homem compreendido através das suas funções desaparece no momento da morte. **Mas se for levado em conta o ser e não o ter, a vida também é a morte.**⁴¹³ (grifos nossos)

A personalidade ontológica relaciona-se com a ideia de valor universal, como já demonstrado anteriormente. Trata-se da concepção da personalidade como um *prius*, que o Direito encontraria na própria natureza humana e se limitaria a reconhecer. A essa personalidade ontológica, que consubstancia uma realidade natural, o Direito confere juridicidade, nascendo, então, a personalidade jurídica propriamente dita. Tal personalidade, nos dizeres de Diogo Costa Gonçalves:

[...] não nos aparece, assim, como uma realidade acabada, fechada ou estática... a realização do Homem realiza-se durante toda a sua vida e, de alguma forma, só se cristaliza no momento da sua morte.⁴¹⁴

Assim é que a personalidade não se apresenta como realidade estanque, mas, ao contrário, essencialmente dinâmica. Portanto, tamanha emanção da pessoa não pode ser simplesmente descartada com sua morte, como se nunca tivesse existido. É necessário sublimá-la, a teor da corrente acima esposada e que também se aplica às ideias aqui expostas. Isso não significa prolongá-la ilimitadamente, como pretendem alguns, mas sim levá-la em consideração mesmo após a morte da pessoa, em homenagem à dignidade humana. A dignidade, assim, hospeda a emanção metafísica da personalidade humana.

Anderson Schreiber afirma que a tutela *post mortem* é “[d]a personalidade, como valor objetivo”⁴¹⁵, ou seja, do seu próprio conteúdo, composto pelos atributos essenciais da pessoa. Tem-se, no entanto, que com a morte, como é sabido, cessa

⁴¹³ *Lições de direitos da personalidade*, p. 162.

⁴¹⁴ *Pessoa e direitos de personalidade: fundamentação ontológica da tutela*, p. 96.

⁴¹⁵ *Direitos da personalidade*, p. 25.

a personalidade, mas não a sua emanção. Pode-se dizer que, ao morrer, o que fica no lugar de tal personalidade é, justamente, a dignidade do *de cuius*. Essa, ao contrário da personalidade, nunca cessa.

Ao se afastar de tal premissa, descurando-se da dignidade dos mortos, legitimar-se-ia a teratológica conclusão de que o morto seria considerado coisa. Ora, se sequer o cadáver – substrato físico daquele que foi pessoa - pode ser assim considerado⁴¹⁶, que se dirá do componente metafísico da pessoa, composto, nas palavras de José de Oliveira Ascensão⁴¹⁷, de seu espírito. É certo, portanto, que o morto continua a ostentar dignidade.

Assim, se a personalidade é o sustentáculo – ou melhor, a investidura – para a existência dos direitos de personalidade em vida, a dignidade, por sua vez, é o pedestal sobre o qual se erige a eficácia póstuma destes mesmos direitos. Isso porque a dignidade, repise-se, é ínsita à natureza humana, e não ao homem como entidade fisicamente presente.

Ademais, quando se fala em eficácia póstuma dos direitos de personalidade não se está afirmando que, com o fim da personalidade, estes continuem a existir como tal. Ora, direitos só podem ser titularizados por pessoas e o morto já não ostenta mais tal qualidade. Na verdade, o que subsiste são perpetuações dos direitos de personalidade que, com a morte, passam a consubstanciar feição distinta, já não mais de direitos, mas de valores perenes.

Com efeito, é fácil vislumbrar a nítida relação que há entre direitos de personalidade e valores. Francisco Amaral, ao conceituar os direitos de personalidade afirma que “[...] têm por objeto os bens e valores essenciais para a pessoa”⁴¹⁸. Portanto, a honra, a imagem, a intimidade, a paternidade intelectual de uma obra, são direitos que trazem em seu bojo robusta carga axiológica, que continua a se exalar no meio social, mesmo ao fim da existência da pessoa.

⁴¹⁶ O Código Penal protege o cadáver no Capítulo II, que trata dos crimes contra o respeito aos mortos. Ademais: “O cadáver não pode entrar na área dos bens patrimoniais: é, claramente, *res extra commercium*. [...] Todavia, a sua proximidade em relação à pessoa a que deu forma justifica que, civilmente, seja tratado no capítulo das pessoas: não no das coisas.” (CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*. v. IV, p. 534).

⁴¹⁷ *Direito civil*, teoria geral (introdução, as pessoas, os bens), p. 82.

⁴¹⁸ AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução, p. 249.

Permita-se uma analogia: os direitos de personalidade são como uma noz. Com a morte, esvai-se apenas a casca, restando a polpa em si. Assim, a morte faz terminar a configuração do direito de personalidade como tal – a casca -, mas seu conteúdo – a polpa – afigura-se como valor tutelável mesmo após o falecimento do titular.

Muito se fala do direito ao esquecimento, bastante em voga atualmente, com a constante expansão tecnológica e sua incrível possibilidade de infindável armazenamento de dados. Pouco se fala, no entanto, no direito de ser lembrado. São duas faces da mesma moeda e que, em verdade, traduzem um mesmo valor: a defesa da inafastável dignidade (da natureza) humana.

Assente a fundamentação, passe-se à análise de como se dá, na prática, a tutela *post mortem* dos direitos de personalidade, ou melhor, dos valores neles insculpidos, conforme previsão dos arts. 12, parágrafo único e 20, parágrafo único, ambos do Código Civil.

Está bem firmado que os direitos de personalidade gozam de uma qualidade que lhes confere seu tônus característico: a intransmissibilidade. A essência de um direito de personalidade, portanto, nunca poderá ser transmitida a terceiros, seja por ato *inter vivos* ou *causa mortis*. O que, eventualmente, pode ser transmitido a outrem são apenas os reflexos econômicos de tais direitos que, sendo meras manifestações indiretas, com eles não se confundem. Os direitos de personalidade, portanto, pertencem única e exclusivamente aos seus titulares.

A premissa da intransmissibilidade conduz à conclusão de que sua proteção *post mortem* conferiria aos sucessores tão-somente a legitimidade formal para sua defesa, não se lhes atribuindo a respectiva titularidade. Afinal, se não sucedem em tais direitos, em eventual contenda que envolva, por exemplo, ofensa à imagem de pessoa falecida, será de alçada dos sucessores apenas e tão-somente a legitimação de ordem formal, já que o direito material⁴¹⁹ – que nunca lhes pertenceu – não lhes pode ser transmitido com a morte. Outro não é o entendimento de Leonardo Zanini:

Aliás, o reconhecimento da intransmissibilidade dos direitos da personalidade pelo próprio art. 11 do Código Civil acaba por reforçar

⁴¹⁹ Observe-se que não se nega a eventual existência de direito próprio dos direitos, em concomitância com o direito de personalidade do falecido, conforme veremos a seguir.

a teoria da proteção *post mortem* dos direitos da personalidade, visto que como não se admite a transmissão por sucessão dos direitos da personalidade, outro caminho não há que não seja aquele que atribui apenas legitimidade aos herdeiros do *de cuius* para proteção *post mortem* de seus direitos da personalidade.⁴²⁰

Ocorre, no entanto, que os casos práticos revelam particularidades não apreensíveis de imediato pelas meras teorizações. Assim, para melhor elucidar as ideias aqui tratadas, analisar-se-á acórdão que tratou da tutela do direito de imagem após a morte do titular. Trata-se do conhecido caso “Daniella Perez”, atriz que teve a vida ceifada por seu então namorado. Alegou-se, no caso, indevida exploração comercial da imagem da falecida por conhecido jornal, que, sob o título “O Beijo da Morte”, publicou foto de um beijo entre esta e seu assassino, insinuando que mantivessem na vida real um relacionamento amoroso íntimo. Assim:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. REEXAME DE PROVA. DIVERGÊNCIA. DANOS MORAIS E MATERIAIS. DIREITO À IMAGEM. SUCESSÃO. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. HONORÁRIOS.

1. Os direitos da personalidade, de que o direito à imagem é um deles, guardam como principal característica a sua **intransmissibilidade**.

Nem por isso, contudo, deixa de merecer proteção a imagem de quem falece, como se fosse coisa de ninguém, porque ela permanece perenemente lembrada nas memórias, como bem imortal que se prolonga para muito além da vida, estando até acima desta, como sentenciou Ariosto. Daí porque não se pode subtrair da mãe o direito de defender a imagem de sua falecida filha, pois são os pais aqueles que, em linha de normalidade, mais se desvanecem com a exaltação feita à memória e à imagem de falecida filha, como são os que mais se abatem e se deprimem por qualquer agressão que possa lhes trazer mácula.

Ademais, a imagem de pessoa famosa projeta efeitos econômicos para além de sua morte, pelo que os seus sucessores passam a ter, por direito próprio, legitimidade para postularem indenização em juízo.

2. A discussão nos embargos infringentes deve ficar adstrita única e exclusivamente à divergência que lhe deu ensejo.

3. Ao alegar ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil o recorrente deve especificar as omissões e contradições que viciariam o aresto atacado, sob pena de inviabilizar o conhecimento do recurso especial.

⁴²⁰ *Direitos da personalidade*, p. 242.

Ademais, na hipótese, o acórdão dos aclaratórios não contém esses vícios.

4. "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial." (Súmula nº 7/STJ).

5. Sem demonstração analítica do dissídio, não se conhece do recurso especial pela letra "c".

Recursos não conhecidos.

(REsp 268.660/RJ, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, QUARTA TURMA, julgado em 21/11/2000, DJ 19/02/2001, p. 179) (grifos nossos)

Impende salientar que – muito embora tenha sido reconhecida a eficácia *post mortem* do direito de imagem – no caso concreto foi veiculada apenas a pretensão de indenização por danos materiais, em relação à qual se reconheceu a legitimidade dos sucessores. Com efeito, foi visto que os reflexos econômicos dos direitos de personalidade são plenamente transmissíveis, estando, aí, a aplicação prática do quanto afirmado. Em relação aos danos morais – que decorrem sempre de ofensas a direitos de personalidade⁴²¹ – não houve questionamento no âmbito do Superior Tribunal de Justiça. O ministro relator, no entanto, afirmou que, embora não veiculado no recurso, “[...] têm eles [sucessores] legitimidade ativa para postular reparação por ofensas morais feitas à imagem de seus filhos [...]”

Tal parte da decisão, até por conter mero *obiter dictum*, carece de maiores explanações quanto à afirmação supra, eis que não estabelece se tal reparação adviria de ofensa a direito de personalidade próprio ou da eficácia póstuma dos direitos de personalidade do falecido.

Há outros julgados do Superior Tribunal de Justiça que, no mesmo contexto, – ou seja, tratando de ofensas póstumas a direitos de personalidade – cuidam tão-só da transmissibilidade dos direitos patrimoniais reflexos⁴²², como também os que

⁴²¹ Segundo Orlando Gomes, “[...] o dano moral é o constrangimento que alguém experimenta em consequência de lesão em direito personalíssimo, ilicitamente produzida por outrem.” (*Obrigações*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 333).

⁴²² “RESPONSABILIDADE CIVIL. USO INDEVIDO DA IMAGEM. DIVULGAÇÃO, EM REVISTA DE EXPRESSIVA CIRCULAÇÃO, DE PROPAGANDA COMERCIAL CONTENDO AS FOTOS DO CONHECIDO CASAL "LÂMPIÃO" E "MARIA BONITA". FALTA DE AUTORIZAÇÃO FINALIDADE COMERCIAL. REPARAÇÃO DEVIDA.

- A utilização da imagem da pessoa, com fins econômicos, sem a sua autorização ou do sucessor, constitui locupletamento indevido, a ensejar a devida reparação.

- Não demonstração pelo recorrente de que a foto caiu no domínio público, de acordo com as regras insertas no art. 42 e seus parágrafos da Lei nº 5.988, de 14.12.73.

aduzem a legitimidade dos sucessores para pleitearem indenização por dano moral próprio⁴²³.

A análise acurada de tais casos concretos, no entanto, permite notar que, em verdade, orbitam, concomitantemente⁴²⁴, as seguintes situações:

- Improcedência da denunciação da lide à falta do direito de regresso contra a litisdenunciada. Recurso especial não conhecido.” (REsp 86.109/SP, Rel. Ministro BARROS MONTEIRO, QUARTA TURMA, julgado em 28/06/2001, DJ 01/10/2001, p. 219) (grifos nossos)

⁴²³ “PROCESSUAL CIVIL. INDENIZAÇÃO. DANO MORAL. PUBLICAÇÃO DE FOTO EM PERIÓDICO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO CARACTERIZADO. ILEGITIMIDADE PASSIVA. NÃO CONHECIMENTO. SUMULA 7/STJ. VIOLAÇÃO A DISPOSITIVO DO CPC. SÚMULA 211/STJ. ESPÓLIO. ILEGITIMIDADE. HERDEIROS. LEGITIMIDADE. QUANTUM DA INDENIZAÇÃO. VALOR EXORBITANTE. REDUÇÃO. POSSIBILIDADE.

1. No tocante ao dissídio jurisprudencial, verifica-se que não foi realizado o necessário cotejo analítico afim de identificar a presença da similitude fática.

2. Quanto à ilegitimidade passiva da recorrente, para se chegar a conclusão diversa da convicção firmada pela Corte a quo seria necessário o reexame do conjunto fático-probatório, o que encontra óbice na Súmula 07/STJ.

3. Não deve ser conhecido o recurso no pertinente à violação ao art. 267 do CPC ante a ausência do necessário prequestionamento (Súmula 211/STJ).

4. Tratando-se de feito ajuizado pelo espólio conjuntamente com os herdeiros, sendo evidente que o dano moral pleiteado pela família da falecida constitui direito pessoal deles, não por herança mas por direito próprio, carece de legitimidade, conseqüentemente, o espólio, para pleitear a indenização em nome próprio.

5. Cingindo--se, a hipótese em análise, **a dano à imagem da falecida, remanesce aos herdeiros legitimidade para sua defesa, uma vez que se trata da reparação de eventual sofrimento que eles próprios suportaram, em virtude dos fatos objeto da lide.**

6. Há, como bastante sabido, na ressarcibilidade do dano moral, de um lado, uma expiação do culpado e, de outro, uma satisfação à vítima.

7. O critério que vem sendo utilizado por essa Corte Superior na fixação do valor da indenização por danos morais, considera as condições pessoais e econômicas das partes, devendo o arbitramento operar-se com moderação e razoabilidade, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso, de forma a não haver o enriquecimento indevido do ofendido, bem como que sirva para desestimular o ofensor a repetir o ato ilícito.

8. Ressalte-se que a aplicação irrestrita das "punitive damages" encontra óbice regulador no ordenamento jurídico pátrio que, anteriormente à entrada do Código Civil de 2002, vedava o enriquecimento sem causa como princípio informador do direito e após a novel codificação civilista, passou a prescrevê-la expressamente, mais especificamente, no art. 884 do Código Civil de 2002.

9. Assim, cabe a alteração do quantum indenizatório quando este se revelar como valor exorbitante ou ínfimo, consoante iterativa jurisprudência desta Corte Superior de Justiça.

10. *In casu*, o Tribunal *a quo* condenou às rés em R\$ 960.000,00 (novecentos e sessenta mil reais), tendo dividido o valor entre as rés, arcando cada uma das litisconsortes passivas com o pagamento de R\$ 480.000,00 (quatrocentos e oitenta mil reais) o que, considerando os critérios utilizados por este STJ, se revela extremamente excessivo.

11. Dessa forma, considerando-se as peculiaridades do caso bem como os critérios adotados por esta Corte Superior na fixação do quantum indenizatório a título de danos morais, a indenização total deve ser reduzida para R\$ 145.250,00 (cento e quarenta e cinco mil, duzentos e cinqüenta reais), devendo ser ele rateado igualmente entre as rés, o que equivale a R\$ 72.625,00 (setenta e dois mil, seiscentos e vinte e cinco reais) por litisconsorte passiva.

12. Recurso especial conhecido em parte e, nessa extensão, parcialmente provido.” (REsp 913.131/BA, Rel. Ministro CARLOS FERNANDO MATHIAS (JUIZ FEDERAL CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), QUARTA TURMA, julgado em 16/09/2008, DJe 06/10/2008) (grifos nossos).

⁴²⁴ À exceção do direito patrimonial decorrente da lesão ao direito de personalidade, que poderá ou não ocorrer, a depender da existência de reflexo econômico da ofensa.

(i) ofensa à eficácia póstuma dos direitos do *de cuius*: como já defendido. A título de reforço, segue ensinança acerca da autonomia de tais direitos, referidos, neste trabalho, como valores.

Os **direitos de personalidade protegidos depois da morte** do respectivo titular **subsistem** nas esferas jurídicas das pessoas referidas no art. 71º, n.º 2, do Código Civil, **com a sua estrutura** (em matéria, v.g., do objecto juridicamente tutelado, do conteúdo dos poderes e deveres jurídicos e das garantias juscivilísticas...) **e sua dinâmica** (v.g., em matéria de colisão de direitos) próprias e autônomas. **Não são substituídos por novos direitos materiais...** Os direitos de personalidade do defunto permanecem, assim, na esfera jurídica das pessoas referidas no n.º 2 do art. 70º do Código Civil como que **num sector autónomo**.⁴²⁵ (grifos nossos)

A defesa de tais manifestações póstumas, como já observado, não confere aos sucessores sua respectiva titularidade, mas, apenas e tão-somente, a legitimação *ad causam* para defendê-los.

(ii) direito patrimonial decorrente da lesão ao direito de personalidade, próprio dos sucessores: A distinção entre aspectos morais e econômicos dos direitos de personalidade é tradicional no âmbito dos direitos autorais, que os divide em direitos morais (arts. 24 a 27 da Lei 9.610/1998) e direitos patrimoniais (arts. 28 a 45). Não há impeditivo, como visto, que os efeitos econômicos dos direitos de personalidade sejam transmitidos *mortis causa*. Nesse ponto, é interessante trazer à tona o paradigmático caso “Marlene Dietrich” (BGHZ 143, 214), em que sua filha pleiteou indenização em razão de indevida exploração comercial do nome de sua mãe. Assim:

Para solucionar a demanda, entendeu o BGH que o componente patrimonial dos direitos da personalidade de Marlene Dietrich persiste após a sua morte, transmitindo-se para Maria Riva, uma vez que esse componente, diferentemente daquele imaterial, pode ser herdado. (...). Ainda, é de se destacar que o BGH declarou nesse caso, de forma expressa, pela primeira vez, ser possível a sucessão do componente patrimonial dos direitos da personalidade [...]⁴²⁶

⁴²⁵ CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. *Direito geral de personalidade*, p. 367.

⁴²⁶ ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direitos da personalidade*, p. 243.

O caso “Daniella Perez” – antes relatado – bem elucidada a incidência do direito patrimonial decorrente do direito de personalidade. Tratando-se de pessoa famosa, se verificado que o aviltamento, v.g., à sua honra, imagem ou nome trouxe também locupletamento indevido para o ofensor, configurado estará o dano material reflexo que, como visto, é plenamente transmissível aos sucessores. Importante notar que tal direito nem sempre existirá, a depender do reflexo econômico da ofensa.

(iii) direito de personalidade próprio dos sucessores: não é preciso ir muito longe para se concluir que também os sucessores sofrem lesão em seus próprios direitos de personalidade ao ver maculado determinado valor referente ao seu parente falecido. Trata-se, nesse tocante, de direito próprio destes, que em nada se confunde com a intransmissibilidade dos direitos titularizados pelo falecido (ou melhor, de suas manifestações eficaciais). Assim:

Podem os terceiros compartilhar de minha dor, sentindo, eles próprios, as mesmas angústias que eu. O que não se concebe, porém, é que as minhas dores, as minhas angústias possam ser transferidas de mim para o terceiro. Isto seria atentatório da própria natureza das coisas e materialmente impossível.⁴²⁷

Assim, não podem os sucessores tutelar a dignidade do falecido – que se exala por meio da eficácia *post mortem* de seus direitos de personalidade – como se lhes pertencesse. No entanto, também não se pode negar que a ofensa lhes imprime dor própria, a ser legitimamente tutelada. Como bem exarado no colacionado Resp. nº 268.660, que tratou do caso “Daniella Perez”, “[...] não se pode subtrair da mãe o direito de defender a imagem de sua falecida filha, pois são os pais aqueles que, em linha de normalidade, mais se desvanecem com a exaltação feita à memória e à imagem de falecida filha, como são os que mais se abatem e se deprimem por qualquer agressão que possa lhes trazer mácula.”

Assente a existência de direito próprio dos sucessores⁴²⁸, certo é que referida alegação de ofensa não poderá se estender ilimitadamente. Com efeito, não se

⁴²⁷ SILVA, Wilson Melo. *O dano moral e sua reparação*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 648.

⁴²⁸ É muito interessante notar peculiar disposição do Código Civil italiano, permitindo que determinados parentes pleiteiem, por direito próprio, indenização pelo uso da imagem de certo parente. Trata-se da alegação de direito próprio por dano sofrido em vida por outra pessoa. Assim: “Art. 10. (Abuso dell’immagine altrui). Qualora l’immagine di una persona o dei genitori, del coniuge o dei figli sia stata esposta o

ignora que a situação é passível de aproveitamento malicioso por parte daqueles que, unidos ao falecido por laços de sangue, em nada mantinham com ele verdadeiras relações de afeto. Sobre a limitação de referida “cadeia da felicidade”, é bastante oportuna a lição de Humberto Theodoro Júnior:

Quando, todavia, o reclamante não é o ofendido direto, mas terceiros que se julgam reflexamente ofendidos em sua dignidade, pela lesão imposta a outra pessoa (ou bem), torna-se imperioso limitar o campo de repercussão da responsabilidade civil, visto que se poderia criar uma cadeia infinita ou indeterminada de possíveis pretendentes à reparação à dor moral, o que não corresponde, evidentemente, aos objetivos do remédio jurídico em tela.⁴²⁹

Assim, muito embora o rol dos legitimados pelos arts. 12, parágrafo único e 20, parágrafo único, refira-se ao cônjuge, parentes em linha reta e colaterais até quarto grau⁴³⁰, certo é que a aferição do dano deverá ser feita caso a caso, por meio da prova concreta de afetividade com o *de cuius*.

Demonstrada, assim, a pluralidade de situações que podem emergir de um mesmo caso concreto referente a danos póstumos, passe-se a uma possível conclusão deste espinhoso tema.

O que se almeja demonstrar é que a questão relativa à tutela *post mortem* dos direitos de personalidade é mais ampla do que à primeira vista possa parecer. Com efeito, embora haja consenso de que o reflexo econômico dos direitos de

publicata fuori dei casi in cui l'esposizione o la pubblicazione e' dalla legge consentita, ovvero con pregiudizio al decoro o alla reputazione della persona stessa o dei detti congiunti, l'autorita' giudiziaria, su richiesta dell'interessato, puo' disporre che cessi l'abuso, salvo il risarcimento dei danni.” Em livre tradução: Art . 10 .(Abuso da imagem de outrem). Se a imagem de uma pessoa, de seus pais, do cônjuge ou do filho tenha sido exposta ou publicada fora dos casos em que a exposição ou publicação é permitida por lei, ou com prejuízo da dignidade ou a reputação de uma pessoa ou desses parentes, a autoridade judiciária, a pedido do interessado , pode determinar que cesse o abuso, salvo o ressarcimento de danos.

⁴²⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. A liquidação do dano moral. In: *Ensaio jurídicos – O direito em revista*. Rio de Janeiro: IBAJ – Instituto Brasileiro de Atualização Jurídica. v. 2, 1996, p. 513.

⁴³⁰ O art. 20, em relação à proteção da honra e imagem, excluiu sem razão os parentes colaterais. O entendimento, no entanto, é que o rol mais amplo do art. 12 aplica-se, também, às situações previstas no art. 20. Assim preconiza o Enunciado nº 5 do CJF/STJ, aprovado na I Jornada de Direito Civil do Conselho de Justiça Federal: “Arts. 12 e 20: 1) As disposições do art. 12 têm caráter geral e aplicam-se, inclusive, à situações previstas no art. 20, excepcionados os casos expressos de legitimidade para requerer as medidas nele estabelecidas; 2) as disposições do art. 20 do novo Código Civil têm a finalidade específica de reger a projeção dos bens personalíssimos nas situações nele enumeradas. Com exceção dos casos expressos de legitimação que se conformem com a tipificação preconizada nessa norma, a ela podem ser aplicadas subsidiariamente as regras instituídas no art. 12.”

personalidade pode ser transmitido aos sucessores, que o defendem por direito próprio, a doutrina, em relação ao direito de personalidade em si⁴³¹, divide-se em uma corrente dualista. Embora partam da mesma premissa, o resultado será, sempre, (i) a afirmação de que a tutela pelos sucessores configura uma proteção a direito próprio⁴³² ou (ii) de que o que se resguarda é, em verdade, direito pertencente ao falecido⁴³³.

Os primeiros aduzem que, sendo intransmissíveis, os direitos de personalidade extinguem-se com seu titular. Assim, eventual ação de reparação de danos morais só poderia se referir à lesão de um direito próprio do sucessor em questão. Já os segundos afirmam que, justamente por serem intransmissíveis, a tutela *post mortem* conferiria mera legitimidade *ad causam* dos sucessores – extraordinária, frise-se - não se lhes atribuindo a respectiva titularidade.

Note-se a tênue linha: embora ambas partam da premissa da intransmissibilidade, a primeira corrente desconsidera a dignidade do morto – desconhecendo a eficácia póstuma dos direitos de personalidade – ao passo que a segunda – ao tratar da questão apenas sob a perspectiva da tutela à personalidade do morto⁴³⁴ – a desconsidera no que se refere aos sucessores. A análise, portanto, não pode ter tônica excludente, já que os dois entendimentos podem perfeitamente coexistir, de forma a conferir efetiva tutela à pessoa e àquele que, não sendo mais pessoa, ainda guarda a natureza humana que lhe confere dignidade.

Sérgio Cavalieri Filho, ao tratar da questão da intransmissibilidade do dano moral e das dificuldades que se apresentam, alude ao problema das meras

⁴³¹ Ou, como preferem os alemães, “ao componente imaterial dos direitos de personalidade” (ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direitos da personalidade*, p.243).

⁴³² A exemplo de BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*, p. 13; CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*. v. IV, p. 543; PINTO, Carlos Alberto Mota. *Teoria geral do direito civil*, p. 211; TARTUCE, Flávio. *Direito civil*, 1, p. 168. Ademais, é o entendimento exarado no Enunciado nº 400 do CJF/STJ, aprovado na V Jornada de Direito Civil: “Arts. 12, parágrafo único, e 20, parágrafo único. Os parágrafos únicos dos arts. 12 e 20 asseguram legitimidade, por direito próprio, aos parentes, cônjuge ou companheiro para a tutela contra a lesão perpetrada *post mortem*.”

⁴³³ A exemplo de CAMPOS, Diogo Leite. *Lições de direitos da personalidade*; GARCIA, Enéas Costa. *Direito geral da personalidade no sistema jurídico brasileiro*, p. 48; SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*, p. 25; TEPEDINO, Gustavo. *A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro*, p. 34; ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direitos da personalidade*, p. 242.

⁴³⁴ A exemplo de SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*, p. 25.

teorizações e arremata: “[...] até o dia que a gente se defronta com um caso concreto, e é o caso concreto que nos faz pensar.”⁴³⁵.

Com efeito, é na riqueza do cotidiano que os problemas emergem, revelando as deficiências de teorizações apriorísticas. Assim é que, levando à concretude as premissas aqui eleitas, quais sejam, a intransmissibilidade *post mortem* dos direitos de personalidade e a dignidade ínsita à pessoa humana e também aos já falecidos, pode-se chegar à conclusão de que referida tutela revela em verdade, uma proteção integral, tanto aos sucessores, quanto aos já falecidos. Os casos concretos antes citados bem elucidam a existência fática de tal dualidade, muito embora não se a reconheça na prática forense.

Se a intransmissibilidade veda a titularização *post mortem* dos direitos de personalidade que eram do falecido, a dignidade, por seu turno, também garante que os direitos próprios dos sucessores sejam igualmente merecedores da mais efetiva tutela.

A discussão, portanto, expande-se, já que não se trata de averiguar se o direito que se tutela é, grosso modo, dos vivos ou dos mortos. Ora, é certo que se refere a ambos. O primeiro prescinde de maiores explanações, tendo em vista que a afetividade dos laços familiares induz a que se deseje a preservação da imagem – em sentido lato – daquele que já se foi. Já a existência da lesão *post mortem* justifica-se em razão da já fundamentada eficácia póstuma dos direitos de personalidade.

As sutilezas apresentadas, portanto, levam a concluir que os sucessores, nas palavras de Karl Larenz, atuam, em verdade, como fiduciários do defunto:

[...] determinados familiares próximos, enquanto, de certo modo, ‘fiduciários’ do defunto, têm legitimidade para defender o seu interesse, existente enquanto vivo, de que a sua imagem de vida e a sua reputação também após a sua morte não permaneçam sem tutela.⁴³⁶

⁴³⁵ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Os danos morais no Judiciário brasileiro e sua evolução desde 1988. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 102.

⁴³⁶ LARENZ, Karl. *Allgemeiner. Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*. München: Beck, 1980, p. 112 e ss, *apud* CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. *Direito geral de personalidade*, p. 365-366.

E continua: “[...] os familiares exercem um direito que lhes pertence e que lhes é conferido no interesse do falecido e também no seu próprio interesse”⁴³⁷.

A noção é bastante elucidativa, trazendo a ideia de que os sucessores, ao defenderem o interesse em questão, o fazem com base na confiança que neles depositava o *de cuius*. Tal relação de fidúcia os leva a tutelar, em homenagem ao falecido e de suas legítimas expectativas - geradas pelo afeto - um direito que também lhes pertence. Na prática, assim, imprescindível lição de Pietro Perlingieri, exarada no âmbito dos direitos morais de autor:

Agir, então, torna-se, **além de um direito, um dever que afunda as raízes na solidariedade familiar**. Isto não significa que o parente não aja como titular de um próprio interesse. Trata-se de um **interesse pessoal e familiar voltado a tutelar a personalidade do autor** e a verdade da manifestação do seu pensamento e, **indiretamente**, também a **honra e a reputação do grupo familiar ao qual pertence**. É um direito individual e não exclusivo para os que fazem parte das categorias dos parentes; é exclusivo, ao contrário, em favor do autor durante a sua vida.⁴³⁸

Parece ser este o entendimento do Superior Tribunal de Justiça ao asseverar que “[...] o respeito aos mortos outra coisa não é que o respeito à integridade moral dos seus descendentes e a consideração que desfrutam junto à sociedade”⁴³⁹.

Assim, o que se tutela, na verdade, é a dignidade em si, e não o direito deste ou daquele. Sérgio Cavalieri Filho é peremptório ao afirmar que “[...] em sentido estrito, dano moral é violação do direito à dignidade”⁴⁴⁰, valor imutável e incessante da própria natureza humana. Objetiva-se a tutela, de forma a conferir, subjetivamente, maior proteção prática aos interesses em tela.

A conclusão robustece a tutela *post mortem* dos direitos de personalidade, que passa a adquirir tônica substancial, deixando-se de lado discussões formais acerca da legitimidade dos sucessores. Quando o que está em jogo é matéria atinente aos direitos de personalidade e, portanto, a valores inarredáveis da

⁴³⁷ Ibidem, p. 366.

⁴³⁸ *Perfis do direito civil*, p. 182.

⁴³⁹ Cf. REsp. nº 521.697 RJ, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, Quarta Turma, julgado em 16/02/2006, DJ 20/03/2006,.

⁴⁴⁰ *Programa de responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 88.

natureza humana, deve-se dilatar a ótica desgastada que às vezes assola o operador do direito. É assim que juízes e tribunais, atentos às peculiaridades aqui analisadas, devem, na prática, corroborar a teoria, expandindo a argumentação e, portanto, avigorando a proteção dos direitos de personalidade, por meio de tutela ampla e eficaz.

CONCLUSÃO

1. Muito embora, hoje, não seja possível dissociar-se a ideia de pessoa e personalidade, nem sempre tal concepção imperou na História. Em Roma, os escravos não eram considerados pessoas, tendo em vista que a personalidade era tida como mero atributo do ordenamento, não lhe sendo reconhecida a inerente carga axiológica.

2. Foi apenas com o advento do antropocentrismo, na Idade Moderna, que a tutela da pessoa humana passou a se desenvolver de forma mais consistente. O iluminismo trouxe o Homem ao epicentro da História, tornando-se, assim, o protagonista de suas relações.

3. Apresentam-se como os mais relevantes documentos a conferir proteção aos direitos individuais: Declaração de Direitos de Virgínia (16 de junho de 1776), Declaração de Independência dos Estados Unidos da América (4 de julho de 1776), Constituição dos Estados Unidos da América (17 de setembro de 1787) e, finalmente, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789.

4. Foi somente após a Segunda Guerra Mundial e suas devastadoras consequências que se passou a tomar consciência da necessidade de efetivação substancial dos direitos da pessoa. Releva, nesse ponto, a Carta de São Francisco de 1945 (também denominada “Carta das Nações Unidas”) e a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de dezembro de 1948.

5. No Brasil, o histórico de tutela da pessoa humana se seu de forma distinta, já que a ideia de concessão de personalidade a todo ser homem vigorou mesmo ao tempo da escravatura.

6. O Código Civil de 2002 – fundado nos ideais de eticidade, socialidade e operabilidade – trouxe a normatização específica dos direitos de personalidade.

7. A construção da dogmática sobre os direitos de personalidade não é fenômeno estanque, mas essencialmente dinâmico e, portanto, deve ocorrer em consonância com o desenvolvimento da sociedade em que se insere, sob pena de se tornar anacrônica.

8. O vocábulo *persona*, em momento inicial, significava o papel desempenhado pelos atores nas arenas teatrais. Mais tarde, seu sentido evoluiu, e passou a significar o próprio sujeito de direito nas relações jurídicas.

9. O ser humano compõe-se de diversas nuances, quais sejam, imanência, transcendência e realização pessoal. É, assim, realidade pré-legal, distintamente da pessoa, que se afigura como a valoração jurídica do ser humano.

10. A pessoa, de acordo com José de Oliveira Ascensão, é (i) o fim do Direito, (ii) o fundamento da personalidade jurídica e (iii) o sujeito das situações jurídicas. Ressalte-se que, nas duas primeiras acepções, se está a perscrutar, em verdade, o ser humano. Apenas a última acepção é que revela verdadeiramente uma posição ocupada pela pessoa em sentido técnico.

11. A concepção de pessoa como fim do Direito é bem sintetizada por Serpa Lopes, para quem é aquela o suporte inarredável dos fenômenos jurídicos, que só a ela aproveitam.

12. A análise da pessoa como fundamento da personalidade jurídica está intimamente ligada ao princípio da dignidade humana. Se o homem possui tal inerente honorabilidade, deve o Direito reconhecê-la, investindo-o de personalidade e, assim, conferindo-lhe vida jurídica.

13. Em última acepção, a pessoa pode ser identificada como sujeito de situações jurídicas, sendo apenas aqui que o conceito está empregado em seu sentido técnico.

14. A expressão “situações jurídicas” é mais elucidativa do real posicionamento da pessoa no mundo jurídico, tendo em vista que a usual expressão “sujeito de direitos” a aloca apenas como sujeito ativo das relações jurídicas.

Ademais, dizer que a pessoa é sujeito de situações jurídicas, e não de relações jurídicas, confere efetiva relevância às realidades vivenciadas singularmente pelo sujeito. As relações jurídicas não são um fim em si mesmas, mas, antes, um meio de desenvolvimento do fenômeno jurídico.

15. A ideia de pessoa como sujeito de situações jurídicas obriga o estudo da personalidade, já que é esta que confere ao ser humano referida qualidade.

16. O ordenamento jurídico, ao conferir personalidade a alguém, tornando-o pessoa, tão-somente reconhece uma categoria ôntica prévia, que é o ser humano. Perfilha-se, assim, a realidade material, valorando-a e tornando-a jurídica. Trata-se da concepção material de pessoa.

17. A personalidade jurídica assenta raízes na personalidade psíquica, eis que só se justifica em razão da existência prévia de alguém com substancialidade própria, física e espiritual.

18. Grande parte da doutrina tende a identificar personalidade e capacidade. Embora seja essa uma decorrência daquela, não há que se confundir seus conteúdos.

19. A personalidade jurídica é uma investidura e se traduz como a reprodução forçosa, no mundo jurídico, da realidade da pessoa. Trata-se, em última análise do reconhecimento da liberdade e dignidade humanas, permitindo ao Homem exercer, no âmbito do Direito, suas naturais potencialidades.

20. A personalidade, portanto, é ideia que pode ser substancializada com recurso à dignidade humana. Em outras palavras, personalidade é a própria dignidade humana em sentido dinâmico.

21. A personalidade, portanto, surge como exigência universal categórica, com aspectos ônticos e axiológicos imanentes. Muito embora seja realidade jurídica – no sentido de que é o ordenamento que traz seus delineamentos – é corolário de realidade prévia, qual seja, a própria natureza humana.

22. Personalidade e capacidade são conceitos que não se confundem. Segundo José de Oliveira Ascensão, ambas são suscetibilidades abstratas. O grau de abstração para apreensão da personalidade, no entanto, é maior que o que se verifica no conceito de capacidade. Isso porque a personalidade não diz se uma pessoa tem muitos ou poucos direitos, mas, apenas, indica que pode os ter. Já a capacidade, embora ainda abstrata, dirá que direitos a pessoa poderá ter. A personalidade traz uma possibilidade e a capacidade, por seu turno, traz praticabilidade.

23. A capacidade de direito (ou de gozo), assim como a personalidade, é de atribuição obrigatória pelo legislador. A capacidade confere atividade à personalidade que, sem ela, restaria uma suscetibilidade desguarnecida dos elementos necessários à sua concreção.

24. Ainda sobre a distinção entre personalidade e capacidade, pode-se dizer que esta se refere à pessoa em sua individualidade. Já a personalidade, embora sua referibilidade continue a residir na pessoa, a ela ultrapassa, consubstanciando um valor inerente à própria natureza humana.

25. A capacidade de direito – acima tratada – revela uma aptidão abstrata para exercer direitos e contrair obrigações. Nesse sentido, ninguém pode ser considerado incapaz de direito. Já a capacidade de fato refere-se à atuação concreta da pessoa frente a situações jurídicas e, por isso, pode ser limitada pelo ordenamento. Tal limitação, no entanto, encontra seus limites na ordem natural, havendo direitos de atribuição obrigatória.

26. A necessidade de legitimação, por sua vez, refere-se à específica posição da pessoa em determinada relação jurídica, em nada se confundindo com a incapacidade de exercício, que se afigura genérica, com aplicação, portanto, mais abrangente.

27. Quanto ao início da personalidade, há subsídios robustos para se sustentar a adoção da teoria concepcionista. O art. 2º do Código Civil de 2002 tem redação quase idêntica ao art. 4º do Código Civil de 1916, sendo que o próprio autor deste – Clovis Bevilacqua – já defendia que a personalidade do nascituro começaria

da concepção. Ademais, o art. 4^a do Pacto de São José da Costa Rica – que ingressou em nosso sistema com dignidade constitucional – prevê a proteção da vida desde a concepção, adotando, assim, a corrente concepcionista. Não bastasse, o próprio Superior Tribunal de Justiça (Resp 1415727) expressamente adotou entendimento que se coaduna com tal teoria. Assim, muito embora se critique a dúbia redação do novel Código Civil, a doutrina e jurisprudência oferecem os argumentos para defesa de tal tese.

28. A personalidade cessa apenas e tão-somente com a morte. Prevalece, para determinação do momento da morte, o critério da morte encefálica. Sendo um fato jurídico de extrema relevância, a morte deve restar bem caracterizada e cercada de cuidados que lhe confirmam a máxima certeza.

29. Há, juntamente com a morte real (ou natural), a morte presumida sem decretação de ausência (art. 7^o, I e II e parágrafo único, do Código Civil), morte presumida com decretação de ausência (art. 6^o, segunda parte e art. 9^o, ambos do Código Civil) e, finalmente, a morte simultânea (comoriência).

30. Pode-se conceituar a morte como o fato jurídico que, ao menos presumidamente, faz cessar a personalidade jurídica. Com efeito, José Carlos Moreira Alves advoga que a morte presumida, em quaisquer de suas modalidades, não interfere na personalidade do presumidamente morto, já que a ausência do corpo evoca a possibilidade de que ainda haja vida. Isso se dá, com base nas lições de Pontes de Miranda, porque o evento morte, nas modalidades presumidas, não entrou no mundo jurídico.

31. O fato de a personalidade – necessário suporte dos direitos de personalidade – cessar com a morte não impede que haja possibilidade de proteção de tais direitos, renunciando-se, assim, a ideia de tutela *post mortem*.

32. Foi somente ao final do século XIX que a natureza jurídica dos direitos de personalidade passou a ser delineada, muito embora a codificação da matéria só tenha se dado ao final do século XX, a exemplo do Código civil italiano de 1942 e do Código Civil português de 1966.

33. O Código Civil de 1916 não tratava dos direitos de personalidade, cuja positivação só se deu na novel legislação civil. A inserção da temática - cuja tutela, inicialmente, se dava no campo do Direito público – nos lindes do Direito privado pôs foco sobre a valorização da pessoa humana.

34. O referencial para a qualificação de um direito de personalidade deve ser o conteúdo ético do bem a que se refere. Assim, apenas os que apresentarem valor inseparável ao modo de ser da pessoa é que podem receber tal denominação.

35. Deve-se superar o enfrentamento dos direitos de personalidade como direitos subjetivos, que, sendo centrados tão-somente na categoria do “ter”, não se apresentam como modelo idôneo para sua real definição. Com efeito, o conceito de direito subjetivo deve dar lugar à ideia mais ampla de situação jurídica que, por sua vez, congrega interesses variados e, assim, concebe os direitos de personalidade em viés dinâmico. Não se trata da exclusão do conceito de direito subjetivo, mas de sua contextualização em sentido mais abarcante e, portanto, mais consentâneo com a categoria do “ser”, na qual devem se alocar os direitos de personalidade.

36. Concorda-se que a fundamentação dos direitos de personalidade assenta raízes no direito natural. No entanto, o movimento de codificação dos direitos naturais teve por consequência, ainda que accidental, a aproximação destes com o direito positivo. Ademais, destaca-se que, mais do que se estabelecer o fundamento dos direitos de personalidade, urge perquirir qual o modo mais seguro para garanti-los, conferindo eficácia à própria personalidade humana.

37. Insta salientar o caráter aberto dos direitos de personalidade que, assim, não se resumem aos esquemas normativos preestabelecidos, conferindo, deste modo, maior eficácia à tutela da pessoa e de sua personalidade.

38. Personalidade e direitos de personalidade, embora relacionados quanto ao *nomem iuris*, pertencem a ramos distintos do Direito. A personalidade é tratada em Teoria Geral do Direito Privado e seus estudos, portanto, aplicam-se a todo ramo jurídico. Já os direitos de personalidade, embora formalmente se refiram a ela, têm acepção mais abrangente. Isso porque, de acordo com a doutrina de Walter

Moraes, os direitos de personalidade cuidam de objetos que não estão na pessoa, mas na natureza humana.

39. A concepção de direito geral de personalidade traz a ideia de uma tutela mais abrangente da pessoa humana, eis que fundada em cláusulas gerais dos sistemas em que se insere. O ideal, segundo se entende, é a harmonização entre tal teoria e a que advoga a defesa da pessoa por meio de direitos estritamente tipificados. Assim, o direito geral de personalidade aplicar-se-ia de forma subsidiária, pois, havendo regulamentação específica, prevalecerá a lei especial. Muitos autores defendem que o art. 1º, III, da Constituição Federal, e art. 12 do Código Civil, encerrariam expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana.

40. Os direitos de personalidade, assim como os direitos fundamentais e os direitos humanos, prestam-se, em última análise, à tutela da pessoa humana.

41. O traço distintivo mais marcante entre direitos fundamentais e direitos de personalidade está em que aqueles consubstanciam exigências oponíveis frente ao Estado, muito embora também se apliquem nas relações particulares, no que se convencionou chamar “eficácia horizontal dos direitos fundamentais”. Os direitos de personalidade, por seu turno, por configurarem direitos privados, podem ser opostos exclusivamente nas relações entre indivíduos, visando à proteção da dignidade humana.

42. Os direitos humanos distinguem-se dos direitos de personalidade, por seu turno, na medida em que estão previstos em documentos internacionais, atuando da mesma forma. Já os direitos de personalidade estão previstos no ordenamento interno de cada país, limitando-se, assim, à aplicação doméstica.

43. Muito embora os direitos citados guardem autonomia entre si, insta salientar que o que deve prevalecer é uma tutela interdisciplinar da pessoa humana, nada obstando que, no mesmo caso, as três expressões de direitos ocorram simultaneamente.

44. As principais características dos direitos de personalidade, de acordo com a tradicional doutrina, são: intransmissibilidade, indisponibilidade, irrenunciabilidade, extrapatrimonialidade, imprescritibilidade e absolutidade.

45. Os fundamentos da intransmissibilidade dos direitos de personalidade residem no objeto a que se referem e na titularidade orgânica que guardam com a pessoa.

46. O objeto dos direitos de personalidade está na natureza humana e, portanto, fora do sujeito. A premissa refuta a ideia de inerência com a pessoa humana, substituindo-a pela relação de pertinência. Referida pertinência, por seu turno, revela que apenas os direitos essenciais à pessoa é que poderão configurar objetos de direitos de personalidade. Nesse sentido é que se entende que o fundamento da intransmissibilidade reside no objeto dos direitos de personalidade.

47. Os direitos de personalidade relacionam-se com a pessoa por meio da denominada titularidade institucional ou orgânica. Trata-se de ligação infungível com o sujeito, de forma que, extinto este, termina também a situação.

48. A principal característica dos direitos de personalidade é a intransmissibilidade, ou seja, a impossibilidade de novação subjetiva. Tal qualidade se revela absoluta e não se confunde com a possibilidade de transmissão dos reflexos econômicos advindos do direito de personalidade, a exemplo do difundido exemplo de uso remunerado da imagem de pessoa famosa.

49. A indisponibilidade é mais ampla do que a inalienabilidade, pois abrange, além desta, a impossibilidade de oneração com direito real. Em verdade, tal qualidade refere-se à impossibilidade, em regra, de livre atuação da autonomia privada no âmbito dos direitos de personalidade. É assente, no entanto, que tal característica pode ser excepcionada, desde que a fundamentação da limitação seja a realização de interesses e funções socialmente úteis. É, em verdade, o próprio princípio da dignidade humana que permite e, ao mesmo tempo, traz as balizas à autonomia privada. A indisponibilidade difere da intransmissibilidade na medida em que traduz aspecto mais amplo e, como visto, passível de exceção.

50. A irrenunciabilidade refere-se à impossibilidade de abandono voluntário de um direito de personalidade, diferindo da intransmissibilidade, na medida em que esta significa apenas a vedação à transferência subjetiva. Pode ocorrer, em certos casos, a renúncia ao exercício de um direito de personalidade, a exemplo do art. 1578, do Código Civil. Nessa hipótese, no entanto, não se vislumbra a renúncia do direito em sua essência.

51. Os direitos de personalidade serão sempre intransmissíveis e irrenunciáveis, mas nem sempre indisponíveis.

52. Os direitos de personalidade são também intransmissíveis *mortis causa*, a teor do art. 928 do Código Civil de 1916, cujo conteúdo se confirma pela doutrina contemporânea. A constatação, no entanto, não força à conclusão de que a morte do titular levaria ao aniquilamento completo dos direitos de personalidade, tendo em vista que, guardando com a pessoa pertinência robusta, é possível vislumbrar alguns efeitos *post mortem*.

53. Os artigos 12, parágrafo único e 20, parágrafo único, ambos do Código Civil de 2002 trazem a possibilidade de tutela *post mortem* dos direitos de personalidade, a cargo dos sucessores do falecido. A doutrina costuma tratar da hipótese sem, contudo, firmar-se acerca de qual seria a fundamentação de sobredita tutela.

54. Afirmer que o aniquilamento não é completo com a morte é, segundo se entende, defender a eficácia póstuma dos direitos de personalidade. Referida eficácia tem fundamento no princípio da dignidade humana, que se apresenta como valor perene, desconhecendo barreiras de tempo-espço.

55. Na prática, a tutela *post mortem* se desenvolve por meio dos sucessores do falecido. Muito embora doutrina e jurisprudência dividam-se em solução dualista – uma a afirmar que o direito defendido é próprio dos sucessores, e outra a defender tratar-se de direito do *de cujus* – certo é que a solução se afigura mais ampla.

56. São, em verdade, três os direitos que podem orbitar em um mesmo caso concreto: (i) direito patrimonial decorrente da lesão ao direito de personalidade do falecido, próprio dos sucessores, tendo em vista a possibilidade de transmissão do reflexo econômico dos direitos de personalidade; (ii) direito de personalidade próprio dos sucessores, em razão da lesão aos seus próprios direitos pela ofensa dirigida a um parente. Trata-se do dano de ricochete, a depender de prova de afeto com o falecido. Por fim, vislumbra-se a (iii) eficácia póstuma dos direitos de personalidade do falecido, intransmissível aos sucessores no que se refere à titularidade.

57. Na prática, deve-se objetivar a tutela, considerando, assim, que os sucessores agem como fiduciários do *de cuius*. Portanto, ao defenderem seus próprios direitos, o fazem com base na solidariedade familiar e no afeto, permitindo uma tutela mais ampla e consentânea com a multiplicidade de valores em questão.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Kellyne Laís Laburú Alencar de. *O direito ao livre desenvolvimento da personalidade: perspectiva do direito português*. In: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato (Org.). *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 65-107.

ALVES, José Carlos Moreira. *Os efeitos jurídicos da morte*. Jornada de Direito Civil / Organização Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr., Brasília : Conselho da Justiça Federal, 2007, p. 17-27.

AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 7. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ANDRADE, Fábio Siebeneichler de. O desenvolvimento da tutela dos direitos da personalidade nos dez anos de vigência do Código Civil de 2002. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore; MARTINS, Fernando Rodrigues (Coord.). *Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexões sobre os 10 anos do Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 51-85.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional da própria imagem*. 2. ed. São Paulo: Verbatim, 2013.

ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: teoria geral*. v. 1: Introdução. As pessoas. Os bens. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Direito civil: relações e situações jurídicas*. v. 3. São Paulo: Saraiva 2010.

_____. *Pessoa, direitos fundamentais e direito da personalidade*. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jones Figueirêdo (Coord.). *Novo Código Civil: questões controvertidas: parte geral do Código Civil: série grandes temas de direito privado*: v. 6. São Paulo: Método, 2007, p. 105-128.

BASTOS, Celso; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Comentários à Constituição do Brasil*. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1989.

BENACCHIO, Marcelo. Direito Subjetivo – Situação Jurídica – Relação Jurídica. In: LOTUFO, Renan e NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Teoria geral do direito civil*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 186-217.

BEVILAQUA, Clovis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil*. v. 1. 12. ed. Rio de Janeiro: Paulo de Azevedo, 1959.

_____. *Direito das sucessões*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1945.

_____. *Theoria geral do direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1929.

BITELLI, Marcos Alberto Sant'Anna. *Técnica civil de identificação de direito à imagem*. 2015. 248 f. Tese (Doutorado em Direito Civil) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2015.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 9. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. *Locke e o direito natural*. Tradução de Sergio Barth e Janete Melasso Garcia. 2. ed. Brasília: Unb, 1998.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Direitos de personalidade e autonomia privada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. Dos direitos da personalidade. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Teoria geral do direito civil*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 242-280.

CAMPOS, Diogo Leite. Lições de direitos da personalidade. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Coimbra: [s.n.], n. 67, 1991

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. 5. ed. Tradução de António Menezes Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010.

CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, (Cap. IV. A natureza jurídica do direito geral de personalidade).

CARIOTA FERRARA, Luigi. *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2011.

CARNELUTTI, Francesco. *Teoria generale del diritto*. 3. ed. Roma: Soc. Ed. del "Foro Italiano", 1951.

CARVALHO SANTOS, J. M. de. *Código civil brasileiro interpretado*. v. XII. 3. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1945.

CASTRO BISNETTO, Lauro Simões. Situações jurídicas: significação e significado a partir de uma exploração hermenêutica de teoria geral do direito. In: *Revista de Direito Privado*, ano 15, v. 57, jan./mar. 2014, p. 11-30.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Os danos morais no Judiciário brasileiro e sua evolução desde 1988. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 99-102.

_____. *Programa de responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CHAVES, Antônio. *Direito à própria imagem*. Conferência proferida no dia 28 de abril de 1972, no Salão Nobre da Biblioteca Municipal de Araras, a convite da Associação dos Advogados local.

_____. *Lições de direito civil*, parte geral. São Paulo, Bushatsky, 1972, v.3.

CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. *Código civil interpretado*. 2. ed. São Paulo: Manole, 2009.

_____. O nascituro e a reprodução humana assistida no código civil. In: NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexões sobre os cinco anos do código civil*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 197-233.

CLÈVE, Clemerson Mèrlin. O controle de constitucionalidade e a efetividade dos direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 385-394.

CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de direito civil*. v. I: introdução, fontes do direito, interpretação da lei, aplicação das leis no tempo, doutrina geral, 4. ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2012.

_____. *Tratado de direito civil*. v. IV: parte geral, pessoas, 3. ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2011.

COSTA, Déborah Regina Lambach Ferreira da. *Dano à imagem da pessoa jurídica de direito público*. São Paulo: Saraiva, 2015.

DANELUZZI, Maria Helena Marques Braceiro. *Aspectos polêmicos na sucessão do cônjuge sobrevivente: de acordo com a Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2004.

DANELUZZI, Maria Helena Marques Braceiro. MATHIAS, Maria Ligia Coelho. Aspectos da responsabilidade civil sob a perspectiva do direito à imagem. In: DONINI, Rogério; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Responsabilidade civil: estudos em homenagem ao professor Rui Geraldo Camargo Vianna*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. Observações sobre a biografia não autorizada à luz da decisão do STF. In: *Interrogatio: reflexões de direito brasileiro e internacional*, 1. ed. Botucatu: QuintAventura, 2015.

_____. Repercussão do estatuto da pessoa com deficiência (Lei 13.146/2015) nas legislações civil e processual civil. *Revista de Direito Privado*, ano 17. v. 66, abr-jun/2016.

DE CICCIO, Cláudio. *História do pensamento jurídico e da filosofia do direito*. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2013.

DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. Tradução de Adriano Vera Jardim e Antonio Miguel Caeiro. Lisboa: Livraria Moraes Editora, 1961.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*. v. 1. 14. ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2012.

DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 2. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Curso de direito civil brasileiro*. v. 1. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *O estado atual do biodireito*. 9. ed. rev., aum. e atual., de acordo com o Código de Ética Médica. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. Questão ético-jurídica da pesquisa científica em embriões humanos. In: NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexões sobre os cinco anos do código civil*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 3-16.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1996.

FIUZA, César. *Direito civil: curso completo*. 18. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

FRANÇA, R. Limongi. Direitos da personalidade: coordenadas fundamentais. *Revista do Advogado*. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, v. 38, p. 5-13, dez. 1992.

_____. *Instituições de direito civil*. 2. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. *Manual de direito civil*. v. 1. 2. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1971.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. v. I: parte geral. 14. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.

GARCIA, Enéas Costa. *Direito geral da personalidade no sistema jurídico brasileiro*. 1. ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2007.

GOGLIANO, Daisy. *Direitos privados da personalidade*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Edição Forense, 1965.

_____. *Obrigações*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

GONÇALVES, Diogo Costa. *Pessoa e direitos de personalidade: fundamentação ontológica da tutela*. Coimbra: Almedina, 2008.

JOLIVET, Régis. *Curso de filosofia*. 4. ed. Rio de Janeiro: Agir, 1959.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2011.

LACERDA, Dennis Otte. *Direitos da personalidade na contemporaneidade: a repactuação semântica*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2010.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

LOTUFO, Maria Alice Zaratini. Das pessoas naturais – arts. 1º a 10. In: LOTUFO, Renan; NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Teoria geral do direito civil*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 218-241.

LOTUFO, Renan. *Código civil comentado: parte geral (arts. 1º a 232)*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 9-10.

LOPEZ, Teresa Ancona. *O dano estético*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

LUMIA, Giuseppe. *Elementos de teoria e ideologia do direito*. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *Lineamenti di teoria e ideologia del diritto*. Milano, Giuffrè, 1981, 3. ed. Tradução de Alcides Tomasetti Junior.

MARTINS-COSTA, Judith. Princípio do livre desenvolvimento da personalidade. In: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flavio (Org.). *Dicionário de princípios jurídicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 813-833.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *A constituição aplicada*. 1. ed. Belém: CEJUP, 1989.

_____. *Conheça a Constituição: comentários à Constituição brasileira*. v. 1. São Paulo: Manole, 2005.

_____. *Conheça a Constituição: comentários à Constituição brasileira*. v. 2. São Paulo: Manole, 2006.

_____. *Direito constitucional interpretado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

_____. Inviolabilidade do direito à vida. In: CARVALHO, Paulo de Barros; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Inviolabilidade do direito à vida*. São Paulo: Noeses, 2013, p. 1-21.

_____. Os direitos da personalidade. In: FRANCIULLI NETTO, Domingos; MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS FILHO, Ives Gandra (Coord). *O novo código civil – estudos em homenagem ao Prof. Miguel Reale*. São Paulo: LTR Editora, 2003, p. 54-69.

MATTIA, Fábio Maria de. Direitos da personalidade: aspectos gerais. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, v. 56, p. 247-266, out./dez. 1977.

_____. Direitos da personalidade – II. In: *Enciclopédia Saraiva do Direito*. São Paulo, Saraiva, 1977. v. 28.

MAZUR, Maurício. A dicotomia entre os direitos de personalidade e os direitos fundamentais. In: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato (Org.). *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 25-64.

MELLO, Cláudio Ari. Contribuição para uma teoria híbrida dos direitos da personalidade. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *O novo Código Civil e a Constituição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 67-98.

MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato. Principais problemas dos direitos da personalidade e estado-da-arte da matéria no direito comparado. In: MIRANDA, Jorge; RODRIGUES JUNIOR, Otavio Luiz; FRUET, Gustavo Bonato (Org.). *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 1-23.

MIRANDOLA, Giovanni Pico della. *A dignidade do homem*. Tradução de Luiz Feracine. 2. ed. Campo Grande: Solivros, 1999.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MORAES, Walter. Concepção tomista de pessoa. Um contributo para a teoria do direito da personalidade. *Revista de Direito Privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 2, p. 817-835, abr./jun. 2000.

MORATO, Antonio Carlos. Quadro geral dos direitos da personalidade. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 31, p. 49-96, jan./jun. 2013.

NERY, Rosa Maria de Andrade. *Introdução ao pensamento jurídico e à teoria geral do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código civil comentado*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *Instituições de direito civil*, volume I, tomo I: teoria geral do direito privado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

_____. *Instituições de direito civil*, volume I, tomo II: parte geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

NIPPERDEY, Hans Carl. Livre desenvolvimento da personalidade. In: DÜRIG, Günther; NIPPERDEY, Hans Carl; SCHWABE, Jüngen. *Direitos fundamentais e direito privado: textos clássicos*. Luís Afonso Heck (organizador). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012, p. 71-90.

NUNES, Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo: Saraiva, 2002.

PELUSO, César (Coord.). *Código civil comentado: doutrina e jurisprudência*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Manole, 2012.

PENTEADO, Luciano de Camargo. *Direito civil VI: sucessões*. Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery (organizadores). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. v.1. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PINTO, Carlos Alberto Mota. *Teoria geral do direito civil*. 4. ed. Por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

PINTO, Paulo Mota. Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e os direitos da personalidade no direito português. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 61-83.

PIOVESAN, Flavia; RUSSO JÚNIOR, Rômulo. Direitos humanos, dignidade humana e direitos da personalidade. In: FILOMENO, José Geraldo Brito; WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme da Costa; GONÇALVES, Renato Afonso (Coord.). *O código civil e sua interdisciplinaridade: os reflexos do Código Civil nos demais ramos do direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 3-19.

PONTES DE MIRANDA, Francisco. *Tratado de direito civil*, parte geral, tomo I. Introdução. Pessoas físicas e jurídicas. 4. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.

_____. *Tratado de direito privado*, parte geral, tomo II. Bens. Fatos Jurídicos. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.

_____. *Tratado de direito privado*, parte especial, tomo LV. Direito das Sucessões. Rio de Janeiro: Borsoi, 1968.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ROCHA, Silvio Luís Ferreira. Morrer com dignidade. In: LOTUFO, Renan; MARTINS, Fernando Rodrigues; NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexões sobre os dez anos do código civil*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 102-107.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. v. 1. Parte geral. 30. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2000.

SANTA MARIA, José Serpa de. *Direitos da personalidade e a sistemática civil geral*. 1. ed. São Paulo: Julex Livros, 1987.

SAN TIAGO DANTAS, Francisco Clementino de. *Programa de direito civil: parte geral*. 4ª tiragem. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1979.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. Os direitos da personalidade e o Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo; FACHIN, Luiz Edson (Org.). *Diálogos sobre direito civil*. v. 2. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 1-28.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de direito civil* (introdução, parte geral e teoria dos negócios jurídicos). v. 1. 4. ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1957.

SIEBENEICHLER, Fábio Andrade de. O desenvolvimento da tutela dos direitos da personalidade nos dez anos de vigência do código civil de 2002. In: LOTUFO, Renan; MARTINS, Fernando Rodrigues; NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexões sobre os dez anos do código civil*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 51-85.

- SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- SILVA, Wilson Melo. *O dano moral e sua reparação*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense.
- SOUZA, Andréa Santos. *Parâmetros éticos em Paul Ricoeur*. 1. ed. São Paulo: Letras do Pensamento, 2013.
- STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. 10. ed. rev. atual. e reform. Com acréscimo de acórdãos do STF e STJ. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.
- SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- TARTUCE, Flávio. *Direito civil, 1: Lei de introdução e parte geral*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2013.
- TEPEDINO, Gustavo. A tutela da personalidade no ordenamento civil-constitucional brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 23-58.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. A liquidação do dano moral. In: *Ensaio jurídicos – O direito em revista*. Rio de Janeiro: IBAJ – Instituto Brasileiro de Atualização Jurídica, v. 2, 1996.
- _____. *Comentários ao novo código civil: dos efeitos do negócio jurídico ao final do livro III*. v.3. t. 2. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- TOBEÑAS, Jose Castan. *Los derechos de la personalidad*. Madrid: Reus, 1952.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. v. 1. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- VIANNA, Ragner Limongeli. A dignidade humana comporta indenização módica? In: NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). *Temas relevantes do direito civil contemporâneo: reflexões sobre os cinco anos do código civil*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 443-472.
- WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 4. ed. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010.
- ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. *Direitos da personalidade: aspectos essenciais*. São Paulo: Saraiva, 2011.