

**UNIVERSIDADE DE COIMBRA
FACULDADE DE DIREITO
2º CICLO DE ESTUDOS EM DIREITO**



LEANDRO SILVA NAVEGA

**HERANÇA MORAL
A OFENSA AO BOM NOME OU AO CRÉDITO DAS PESSOAS FALECIDAS**

**COIMBRA
2014
LEANDRO SILVA NAVEGA**

HERANÇA MORAL
A OFENSA AO BOM NOME OU AO CRÉDITO DAS PESSOAS FALECIDAS

Dissertação de Mestrado apresentada no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra para obtenção do título de Mestre em Ciências Jurídico-Civilísticas

Orientador: Senhor Doutor Filipe Miguel Cruz de Albuquerque Matos

COIMBRA
2014

Navega, Leandro Silva

Herança Moral – A ofensa ao bom nome ou ao crédito das pessoas falecidas / Leandro Silva Navega – Coimbra, 2014

155 fls.; 30 cm

Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, 2014.

Bibliografia: f. 148

Orientador: Senhor Doutor Filipe Miguel Cruz de Albuquerque Matos

1.A morte na perspectiva juscivilística 2 Os direitos da personalidade *post mortem* 3 Liberdade de Imprensa 4 Ofensa ao crédito ou ao bom nome 5 Decurso do tempo 6 O direito de testar e os direitos da personalidade *post mortem* 7 Meios de tutela da personalidade.

LEANDRO SILVA NAVEGA

HERANÇA MORAL
A OFENSA AO BOM NOME OU AO CRÉDITO DAS PESSOAS FALECIDAS

Dissertação apresentada no âmbito do 2º
Ciclo de Estudos em Direito da
Faculdade de Direito da Universidade de
Coimbra.

Data da defesa: _____
Resultado: _____

Banca Examinadora

Senhor Doutor Filipe Miguel Cruz de Albuquerque Matos
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Examinador 1
Instituição

Examinador 2
Instituição

COIMBRA
2014

À Marcele pela dedicação à família e o amor constante durante todo o tempo.

À Maria Eduarda e Helena por tornar a minha vida mais feliz a cada dia.

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais pelo incentivo ao estudo e a presença incansável durante toda a minha vida.

Ao meu irmão pelo constante auxílio jurídico na elaboração desta dissertação.

Ao meu orientador, Senhor Doutor Filipe Miguel Cruz de Albuquerque Matos, pela disponibilidade, atenção e pelos conhecimentos transmitidos, seja durante a orientação, como em suas magníficas aulas ministradas durante o curso.

À Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, pela estrutura disponibilizada, em especial, à ampla base de dados digital, de grande valia para este estudo.

Ao Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, instituição a qual faço parte, e propiciou o meu afastamento para o engrandecimento jurídico na Universidade de Coimbra.

ABREVIATURAS

Ac.	- Acórdão
Anot.	- Anotação
CCB	- Código Civil brasileiro
BFD	- Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra
BGB	- Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	- Bundesgerichtshof
BMJ	- Boletim do Ministério da Justiça de Portugal
CDADC	- Código dos Direitos do Autor e dos Direitos Conexos
Dec-Lei	- Decreto-Lei
STF	- Supremo Tribunal Federal
STJ	- Superior Tribunal de Justiça do Brasil
UWG	- Unlauterer-Wettbewerbs-Gesetz

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
PARTE I – A MORTE NA PERSPECTIVA JUSCIVILÍSTICA	15
1.1 Fim da personalidade	15
1.2 Natureza jurídica do cadáver	18
1.3 Efeitos da morte	20
1.4 Âmbito do direito sucessório	27
PARTE II – OS DIREITOS DA PERSONALIDADE <i>POST MORTEM</i>	29
2.1 Ser humano como pessoa – o reconhecimento	29
2.2 Personalidade humana e direitos de personalidade	30
2.3 Direito geral da personalidade e direitos especiais	31
2.4 Dignidade da pessoa humana como fundamento da tutela <i>post mortem</i>	36
2.5 Intransmissibilidade	39
2.6 Titularidade dos direitos da personalidade <i>post mortem</i>	42
2.7 Posicionamentos que defendem a inexistência da titularidade dos direitos da personalidade pelo falecido	43
2.8 Novos rumos da divergência – titularidade do falecido	45
2.9 Dano morte	52
PARTE III - LIBERDADE DE EXPRESSÃO	59
3.1 Introdução	59
3.2 Dimensões da liberdade de expressão e as vertentes positiva e negativa	60
3.3 Qualificação da liberdade de expressão: direito subjetivo ou <i>rahmenrecht</i> .	62
3.4 Conflito de interesses	64
3.5 Limitações à liberdade de expressão	65
PARTE IV – OFENSA AO CRÉDITO OU AO BOM NOME	68
4.1 Análise da vinculação entre a honra e os institutos do bom nome e do crédito e seus respectivos conceitos doutrinários	68
4.2 A possibilidade da violação do bom nome e do crédito das pessoas	

falecidas	71
4.3 Memória e honra	71
4.4 A relevância da verdade na delimitação do ilícito da violação do bom nome ou do crédito das pessoas falecidas	72
4.5 Ofensa ao crédito e ao bom nome das pessoas coletivas.....	77
4.6 Outros direitos da personalidade <i>post mortem</i>	83
4.6.1 Transplantes <i>post mortem</i>	83
4.6.2 Direito à imagem	85
PARTE V – DECURSO DO TEMPO	89
5.1 O tempo	89
5.2 Prazo	89
5.3 Efeitos do decurso do tempo – o menor impacto das ofensas ao crédito ou ao bom nome	91
5.4 Liberdade de investigação histórica	92
5.5 Direito ao esquecimento	94
PARTE VI – O DIREITO DE TESTAR E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE <i>POST MORTEM</i>	99
6.1 Introdução.....	99
6.2 O tratamento do direito sucessório aos direitos da personalidade	100
6.3 Interpretação das disposições testamentárias de natureza extrapatrimonial .	101
6.4 Exclusão de um dos legitimados por testamento	104
6.5 Criação de uma ordem de preferência dos legitimados por testamento	105
6.6 Efeitos da renúncia na tutela dos direitos da personalidade <i>post mortem</i>	109
6.7 Conflito entre os sucessores sobre a forma de tutela	110
PARTE VII – MEIOS DE TUTELA DA PERSONALIDADE	114
7.1 Meios de tutela da personalidade em geral	114
7.2 Responsabilidade Civil	116
7.3 Dano não patrimonial	119
7.3.1 Introdução	119
7.3.2 O sistema do artigo 496 do Código Civil português	120

	10
7.3.3 O dano não patrimonial <i>post mortem</i>	124
7.4 Destino do montante indenizatório obtido	126
7.5 A suposta função punitiva do dano não patrimonial	128
7.6 As concepções da honra e a responsabilidade civil na ofensa ao bom nome ou ao crédito das pessoas falecidas	133
7.7 Outras medidas para tutela da ofensa ao crédito ou ao bom nome das pessoas falecidas	136
7.7.1 Insuficiência de um sistema de reparação (compensação) exclusivamente pecuniário	136
7.7.2 Direito de resposta – direito de publicação de sentenças judiciais	137
CONCLUSÃO	139
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	148

INTRODUÇÃO

A morte representa o encerramento da personalidade jurídica da pessoa natural. O seu acontecimento tem como consequência para o Direito o fim da pessoa como sujeito das relações jurídicas. De fato, o Direito despreza o desconhecido, o que efetivamente ocorre após a morte.

A existência de uma gama de direitos vinculados à pessoa humana não desaparece por completo quando ocorre o falecimento do titular desses direitos. O ordenamento jurídico regulamenta os efeitos dos direitos da personalidade para após o falecimento do indivíduo, permitindo o prolongamento de alguns direitos para após a morte.

Durante toda a vida, a pessoa forma um patrimônio moral, através de suas condutas e características que traçam os atributos de sua identidade. É inadmissível que o falecimento extirpe do mundo jurídico aqueles valores morais adquiridos por um indivíduo durante toda a sua vida e exteriorizados para a sociedade. A reputação social que um indivíduo possui deve ser respeitada, mesmo quando ele não está mais entre nós. Dentro dessa linha, a presente investigação pretende demonstrar a existência de uma herança moral, transferida a título de sucessão pessoal aos herdeiros e beneficiários, especialmente na tutela do bom nome e do crédito das pessoas falecidas.

O tema objeto da investigação – a ofensa ao bom nome e ao crédito das pessoas já falecidas – é um dos direitos da personalidade que admite um prolongamento para após a morte e será analisado na perspectiva do Direito Português e suas influências na regulamentação do ordenamento jurídico brasileiro. O ponto de partida do estudo é a análise do término da personalidade jurídica do sujeito, ou seja, a morte. Nessa perspectiva, a presente investigação se debruçará sobre os efeitos da morte, no aspecto patrimonial e, especialmente, no pessoal.

Dessa maneira, identificar-se-á o âmbito do direito sucessório e sua evolução, nomeadamente uma análise prospectiva da vontade do *de cuius* em seu aspecto patrimonial e, principalmente, pessoal (despatrimonializado).

A investigação aprofundará o estudo dos direitos da personalidade, com sua regulamentação civilística, e sua influência na sucessão *mortis causa*.

O principal objetivo do estudo decorre da interpretação conjunta dos artigos 71 e 484, ambos do Código Civil português¹, e da influência desse regramento na normatização dos direitos da personalidade *post mortem* preconizados no Código Civil brasileiro (CCB) de 2002, nomeadamente nos artigos 12 e 20. Esses dispositivos são os principais fundamentos para a admissibilidade da violação do bom nome e do crédito das pessoas já falecidas.

O aprofundamento no tema proposto necessita de uma análise prévia da morte da pessoa natural na perspectiva juscivilística e da verificação de como o sistema jurídico regulamenta os seus efeitos jurídicos patrimoniais e não patrimoniais, o que será realizado na primeira parte do trabalho. É indispensável nesse momento proceder a um enquadramento dogmático da morte e demonstrar que o direito sucessório clássico, fundamentado exclusivamente em obrigações de natureza patrimonial, vem sofrendo uma releitura, nomeadamente em razão dos direitos da personalidade, que podem prolongar-se após a morte.

Na segunda parte, objetiva-se apresentar uma breve análise da tutela geral dos direitos da personalidade e o seu prolongamento para após o falecimento da pessoa, identificando todas as teses existentes. Nesse contexto, apresentar-se-ão as teorias que almejam explicar o prolongamento dos direitos da personalidade para após o falecimento do indivíduo, bem como as divergências existentes acerca dos direitos da personalidade *post mortem*.

Com o fito de aprofundar no estudo do tema proposto, ainda na parte II, será traçado um paralelo entre o instituto dos direitos da personalidade *post mortem* e o dano morte, apresentando as suas semelhanças e, principalmente, as diferenças de tratamento legislativo e de enquadramento dogmático nos ordenamentos jurídicos português e brasileiro.

Antes de adentrar no instituto do bom nome e do crédito, é necessário explicitar alguns conceitos e características da liberdade de expressão, em razão da sua importância na tutela da honra do falecido. Em muitos momentos ocorrem tensões entre estes dois direitos, motivo pelo qual é imprescindível o seu conhecimento para uma correta identificação e solução dos eventuais conflitos (parte III).

¹ São do Código Civil português os artigos doravante citados sem referência.

A identificação do bom nome e do crédito como efetivos direitos da personalidade e o seu prolongamento após a morte do indivíduo, bem como sua titularidade, questão bastante polêmica nas doutrinas portuguesa e brasileira, serão investigados de forma profunda na quarta parte.

A admissibilidade da violação do bom nome e do crédito de uma pessoa já falecida merece uma análise completa dos efeitos do decurso do tempo. A ofensa de um direito da personalidade de uma pessoa que não mais existe em razão do seu falecimento enfrenta uma questão de grande importância, que é a verificação do momento da violação. A diferença temporal entre a data da morte e a da suposta violação da honra do defunto pode ensejar diversas questões, as quais serão investigadas na quinta parte do trabalho.

O direito de testar será analisado, na parte VI, na perspectiva da defesa da ofensa do bom nome e do crédito *post mortem*, ao estudar os principais institutos e instrumentos compatíveis e que podem ser utilizados na tutela dos direitos da personalidade.

Nesse contexto, é indiscutível a necessidade de se adequar um sistema sucessório testamentário construído com bases não existenciais, com regras de natureza essencialmente patrimoniais para uma nova exegese. A ideia de compatibilizar essas regras de disposição patrimonial com a possibilidade de tutela de direitos da personalidade que se prolongam para após o falecimento da pessoa é de suma importância e denota que o indivíduo quando falece não deixa somente bens de natureza patrimonial. É incontestável que a construção de um patrimônio moral durante toda a vida de um indivíduo não desaparece, de forma fulminante, com o seu falecimento. De fato, a sua reputação perante a sociedade, o seu decoro, a sua honra merecem e devem ser respeitadas, mesmo quando o lesado não está mais presente. Diante disso, nada mais justo que adaptar o sistema sucessório a essa nova forma de herança deixada pelo *de cuius*, que é a moral.

Por fim, na sétima parte do estudo, os meios de tutela da ofensa da honra das pessoas já falecidas, notadamente os mecanismos de defesa permitidos pelas legislações portuguesas e brasileiras, serão analisados, de forma resumida, com o objetivo de enquadrar de forma correta a maneira de se tutelar tal direito da personalidade.

Nesse ponto, a posição adotada acerca da titularidade do direito da personalidade violado tem grande importância, especialmente para concluir se os legitimados possuem ou não direito à indenização – o que parece óbvio – em razão da ofensa do bom nome ou do crédito das pessoas falecidas.

É de suma importância demonstrar a preponderância, em determinados momentos, de algumas medidas não pecuniárias, especialmente pelo fato de o lesado nesses casos já ter falecido. A compensação pecuniária no caso da defesa da honra das pessoas já falecidas não é a principal medida a ser adotada, apesar da possibilidade de sua incidência.

PARTE I – A MORTE NA PERSPECTIVA JUSCIVILÍSTICA

1.1 Fim da personalidade

O n. 1 do artigo 68 estipula que a personalidade “cessa com a morte”. Em uma interpretação literal, conclui-se que após a morte do sujeito inexistente, por decorrência lógica, a aptidão para contrair direitos e obrigações. A sistemática da legislação portuguesa, no tocante ao regramento do fim da personalidade da pessoa natural, que é usada na maioria dos ordenamentos jurídicos, é similar ao artigo 6º do CCB. A diferença entre os regramentos é que na legislação portuguesa foi utilizada a nomenclatura “personalidade”, ao passo que no Brasil optou-se pela palavra “existência”, ensejando em ambas a mesma exegese.

No Direito Romano, em razão de uma ficção jurídica, o falecido era considerado como se vivo fosse até a aceitação da herança pelos seus herdeiros. De fato, ocorria uma postergação dos efeitos da personalidade para após a morte. Essa ficção almejava evitar a incidência do instituto da jacência², que estabelecia, à época, verdadeira lacuna no direito de propriedade. A modernidade jurídica atribui efeito retroativo à herança, e não mais o direito do falecido se estende após a morte.³

A ideia de projeção dos efeitos da personalidade após a morte, notadamente no Direito Romano, tinha uma feição estritamente patrimonial. O objetivo de criar uma ficção jurídica, no sentido de considerar o morto vivo, tinha a única função de evitar um verdadeiro hiato no direito de propriedade. Atualmente, a discussão acerca do prolongamento da personalidade do falecido também se relaciona às obrigações de natureza existenciais, ou seja, aos direitos da personalidade.

Saliente-se que, no direito intermediário, existia a chamada morte civil (*ficta mors*). Os religiosos professos e os condenados à prisão perpétua eram considerados mortos para o mundo e assim eram tratados pelo direito. A maioria das legislações aboliu a morte civil dos seus ordenamentos jurídicos, existindo, segundo parte da

²O Código Civil português prevê o instituto da herança jacente (herança aberta, mas ainda não aceita nem declarada vaga para o Estado) no artigo 2.046 e a regulamenta nos dois dispositivos seguintes. Nesse contexto, a regra é que o ato de aceitação retroage à data da abertura da sucessão. Logo, o hiato que normalmente ocorria na época do Direito Romano, não mais persiste no ordenamento jurídico.

³ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil – Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 78.

doutrina, resquícios dos seus efeitos.⁴ A morte civil foi abolida no Código Napoleônico através de uma Lei de 31 de maio de 1854, modificando a exegese do artigo 718 que preconizava como causa da abertura sucessória a morte natural e a morte civil.

No Direito Português, antes da edição do Código de Seabra (1867), encontrava-se nas Ordenações, notadamente no Livro IV, Tit. 81, parágrafo 6º, das Filipinas, o instituto da morte civil, a qual foi abolida com o advento do Código Civil e mantida, posteriormente, com a edição da nova legislação.

A definição do momento exato da morte do sujeito sempre foi tema bastante complexo e discutido no Direito e na própria Medicina. Em suma, saber o que é a morte, delimitar o seu diagnóstico e sua data são questões de fato que denotam problemas científicos de alta indagação.^{5 6}

⁴ Barros Monteiro vislumbra no direito positivo brasileiro alguns resquícios da morte civil. O exemplo conferido pelo renomado autor encontra-se no artigo 1.816 do CCB, no qual estabelece os efeitos pessoais da exclusão da herança por indignidade. Os herdeiros do indigno sucedessem com ele se morto fosse. (MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil – Parte Geral*. p. 78.)

⁵ SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. *Teoria geral do Direito Civil*. vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p. 284.

⁶ O ordenamento jurídico português, notadamente a Lei nº 141, de 28 de agosto de 1999, estabelece os princípios norteadores da aferição da morte. O artigo 2º preconiza que a verificação da morte é de competência exclusiva dos médicos, sendo ela a cessação irreversível das funções do tronco cerebral. No seu artigo 3º, é delegada à Ordem dos Médicos a atribuição de divulgar os critérios médicos, técnicos e científicos da constatação da morte. Segundo a legislação, compete primordialmente ao médico ao qual foi confiada a responsabilidade pelo doente (art. 4º – da Lei 141/99) a definição do real momento do falecimento. Entretanto, caso o paciente tenha suas funções cardiocirculatórias e respiratórias sustentadas artificialmente, será necessária a verificação do fim da vida por dois médicos (art. 4º – da Lei 141/99).

Em que pese a legislação portuguesa ter definido o critério da aferição do momento da morte, existe uma divergência médica sobre quais os exames seriam necessários para tal definição. Em suma, resta saber se basta a realização do exame das linhas isoeletricas do eletroencefalograma ou se haveria necessidade da sua complementação, ou até substituição, pelo exame clínico-neurológico. Faria Costa define que a solução jurídico-penal mais razoável é a complementação dos dois métodos, conferindo assim maior segurança jurídica na definição. (COSTA, José de Faria. Anotação ao artigo 131º do Código Penal. In: *Comentário Conimbricense do Código Penal*. Tomo I. 2. ed. Coimbra, Coimbra Editora, 2012. p.15.)

O advento da citada lei trouxe para o ordenamento jurídico português a substituição do critério tradicional anteriormente usado, a síndrome cardiorrespiratória, pelo critério da morte cerebral. O argumento antropológico que visualiza o cérebro como o correspectivo da pessoa na sua unidade corpo/alma não deve ser acolhido. O critério da morte cerebral determina a irreversibilidade da ausência de vida e tecnicamente é o mais adequado para definição do correto momento do fim da vida.

Já o critério da destruição total anatômica estrutural do cérebro, anteriormente utilizado para definição do momento da morte, foi adotado pela doutrina portuguesa antes da previsão do artigo 2º da Lei 141/99. A medicina admite possível a falência do tronco cerebral antes da completa destruição do cérebro, motivo pelo qual o novo dispositivo legal melhor se adequa aos requisitos técnicos para a fixação do efetivo momento do término da vida. Faria Costa afirma peremptoriamente que na 1ª edição de sua obra defendia que o critério a ser utilizado deveria ser o da destruição anatômica de toda a estrutura do cérebro. Sucede que com a edição da nova legislação, nomeadamente o preconizado no artigo 2º da Lei 141/99, já atualizou o seu entendimento, adequando-o à nova sistemática e à evolução das técnicas

O ordenamento jurídico português estipula as hipóteses de morte presumida nos artigos 114 e seguintes e 68, n. 3. São hipóteses que geram uma presunção legal *iuris tantum*, ou seja, admitem prova em sentido contrário (art. 350, n. 2).

A primeira hipótese de morte presumida é caracterizada quando determinadas pessoas estão ausentes, sem dar notícias, pelo período de cinco ou dez anos. Essa espécie está vinculada ao instituto da ausência. Já a segunda situação, prevista no artigo 68, ocorre quando o desaparecimento se dá em circunstâncias que não permitem dúvida da morte do sujeito. A expressão usada – “tem-se por falecida” – denota que também se trata de uma presunção. Note-se que nessa hipótese não é necessário o decurso de qualquer período para a declaração do falecimento.⁷

O Direito Brasileiro utilizou o mesmo sistema, preconizando duas espécies de morte presumida: com declaração de ausência (art. 6º) e sem (art. 7º). Na hipótese de ausência, a lei exige a abertura da sucessão definitiva para constatação da morte.

médicas, as quais admitiram a alteração do critério a tornar mais exata a definição do tempo do falecimento. (COSTA, José de Faria. Op. cit., p. 14.)

A morte natural não é verificada com a paragem do coração, da circulação ou da respiração. A evolução da medicina demonstra claramente a mudança conceitual do momento exato da morte de uma pessoa. No passado, em razão da ausência de certeza de quando ocorreu efetivamente o evento morte, ela era constatada somente quando ocorria a putrefação do corpo. Nesse sentido: CHAVES, Antônio. *Criador da Obra Intelectual*. São Paulo: LTr, 1995. p. 50.

Posteriormente, a cessação da respiração ou da circulação e a paragem do coração já foram fundamentos técnicos para determinar a morte. Atualmente, vivemos uma verdadeira revolução médica com a existência de diversas novas técnicas de reanimação a desafiar, cada dia mais, os operadores do direito na fixação do momento correto do fim da pessoa humana. Nos dias de hoje, é possível a substituição das funções do coração e do pulmão por máquinas, mantendo hígdas as funções vitais das pessoas, mesmo que de forma artificial. Nesse aspecto, torna-se possível o prolongamento da vida ou até uma reanimação definitiva de uma pessoa que no passado já seria considerada falecida em razão da ausência de técnicas modernas de reanimação artificial. Nessas situações, é possível que haja hipóteses de reanimação, motivo pelo qual, modernamente, para verificação da morte é imprescindível que o cérebro pare de funcionar de forma completa, com a ocorrência da chamada morte cerebral. (HÖSTER, Heinrich Ewald. *A parte geral do Código Civil português*. Coimbra: Almedina, 1992. p. 297.)

No Direito Brasileiro, o momento da morte é regulamentado pela Resolução 1.480/97 do Conselho Federal de Medicina, segundo a qual o seu objetivo é definir de forma indiscutível a ocorrência da morte. De acordo com este ato normativo, em seu preâmbulo, a paragem total e irreversível da atividade encefálica equivale à morte. Assim sendo, a Resolução oferece critérios científicos para verificação da morte encefálica e enumera os exames imprescindíveis para sua configuração.

A Lei 9.434/97, que deve ser aplicada juntamente com a resolução acima mencionada, regulamenta a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano, para fins de transplante ou tratamento. O artigo 3º deste ato normativo condiciona a verificação da morte encefálica para a realização de qualquer remoção, delegando para a Resolução do Conselho Federal de Medicina os critérios técnicos e tecnológicos de aferição.

O direito concebe mais de um tipo de morte: a natural (também chamada de física), aquela verificada pela medicina com a cessação do funcionamento do tronco cerebral; e a presumida, na qual o legislador elenca hipóteses, enumeradas de forma *iuris tantum*, prevendo situações em que se supõe a ocorrência da morte em razão de uma grande probabilidade.

⁷ SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. *Teoria geral do Direito Civil*. v. I. p. 291-292.

A presunção do falecimento sem a declaração de ausência pode ocorrer nas seguintes hipóteses: a) quando for extremamente provável a morte de quem estava com perigo de vida (art. 7º, I); b) quando decorridos dois anos do término da guerra o desaparecido em campanha ou o feito prisioneiro não aparecer (art. 7º, II); e c) as pessoas desaparecidas em razão de participação ou acusação de participação em atividades políticas ocorridas no período compreendido entre 29-06-1961 e 15-08-1979 (Lei 9.140 de 1995).

1.2 Natureza jurídica do cadáver

O cadáver é “o corpo humano após a morte, até estarem terminados os fenômenos de destruição da matéria orgânica”, segundo preconiza a alínea “i” do artigo 2º do Decreto-Lei nº 411/98⁸. Em algumas situações, mesmo que os despojos não estejam completos, desde que não se trate apenas de partes isoladas de um corpo humano, como o sejam órgãos ou tecidos conservados, por exemplo, para estudo ou utilizados para fins cirúrgicos⁹.

A definição da natureza jurídica do cadáver deve ser feita com considerações de ordem jurídica, religiosa e moral, que lhe atribuíram uma característica de sacralidade, que influencia ainda hoje as posições sustentadas pelos autores a seu respeito.

A sacralidade manifesta-se através dos ritos funerários, religiosos ou cívicos, ao respeito devido ao próprio cadáver¹⁰, à sua incomercialidade¹¹.

As concepções acima elencadas levam à relutância de alguns autores em classificar o cadáver como coisa, tendendo a vê-lo como realidade autônoma, como um

⁸ Carvalho Fernandes aduz que esta noção não abarca os restos mortais de um nado-morto, que deve, para todos os efeitos, ser considerado cadáver. Assim, prefere a utilização de outra noção jurídica de cadáver: despojos inanimados de um ser humano, ainda que ele não tenha sido pessoa em sentido jurídico, socorrendo-se para isso da noção de cadáver veiculada na Enciclopédia POLIS. Vide: FERNANDES, Luis A. Carvalho. A definição de morte – Transplantes e outras utilizações do cadáver. In: *Direito e Justiça. Revista de Direito da Universidade Católica Portuguesa*. 2002, Tomo 2, v. XVI, p. 29-59.

⁹ Não são, normalmente, designados por cadáveres restos mortais que pela sua antiguidade ou significado religioso ganharam a natureza de objetos arqueológicos, de documentos históricos ou de objetos de culto (múmias, ossadas, relíquias, etc).

¹⁰ A tutela penal do cadáver demonstra claramente a sua importância jurídica no âmbito do direito, notadamente quando cria uma punição dessa natureza para aqueles que violarem o cadáver. O Código Penal brasileiro possui um tipo penal que tutela o cadáver, notadamente a proibição de destruir, subtrair, ocultar ou vilipendiar o cadáver, conforme se verifica nos artigos 211 e 212 do CP. O citado fato demonstra a importância conferida pelo direito ao cadáver, especialmente quando criminaliza eventuais ofensas cometidas.

¹¹ Como sustenta Adriano de Cupis, “não sendo a pessoa enquanto viva, objeto de direitos patrimoniais, não pode sê-lo também o cadáver, o qual, apesar da mudança de substância e de função, conserva o cunho e o resíduo da pessoa viva. A comercialidade estaria, pois em nítido contraste com tal essência do cadáver, e ofenderia a dignidade humana”. (DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. Lisboa: Morais, 1961. p. 93.)

tertium genus, distinta das pessoas e das coisas¹². Saliente-se que existem posicionamentos diferentes, os quais ainda sustentam que o cadáver é uma coisa¹³.

O cadáver acha-se submetido aos fins intrínsecos das pessoas e deve ser regido pelos princípios relativos às elas em tudo o que não seja adequado à sua configuração particular, sendo considerado um *tertium genus*¹⁴. É totalmente incabível classificar o cadáver como coisa, visto que é possível verificar que diversos problemas relacionados a ele são referentes aos direitos da personalidade¹⁵.

Não existe unanimidade em relação à qualificação jurídica do cadáver. Apesar disso, é fato incontroverso que o cadáver, sendo *res* ou não, estará sempre subtraído ao comércio jurídico (*extra commercium*)¹⁶. A extracomercialidade não coloca o cadáver fora apenas do comércio jurídico privado, há ainda uma ideia dele não poder ser, em

¹² Neste sentido: FERNANDES, Luis A. Carvalho. A definição de morte – Transplantes e outras utilizações do cadáver. p. 39. Desta opinião é também Pedro Pais de Vasconcelos, para quem o cadáver já não é pessoa. Mas também não é uma coisa para efeitos do art. 202 do Código Civil português. O cadáver tem um valor sagrado. Na Religião, na Moral, na Cultura, no Direito, o cadáver é tratado com um respeito especial, e a sua profanação constitui um crime. (VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria Geral do Direito Civil*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2010. p. 88). Oliveira Ascensão adere ao mesmo posicionamento, sustentando que o cadáver não é coisa, uma vez que não se pode dissociá-lo da personalidade de que foi suporte. (ASCENSÃO, José de Oliveira, *Direito Civil – Teoria Geral*, Vol. I, 2ª Edição, Coimbra Editora, 2000, pág. 58).

¹³ Por exemplo, Carvalho Fernandes é desse entendimento. Não deixa, todavia, de ressaltar que por força da sacralidade que em geral é reconhecida ao cadáver, o caráter de coisa não prejudica um especial regime jurídico: nomeadamente, a sua extracomercialidade, na medida em que o cadáver pertence à categoria de coisas fora do comércio jurídico (*res extra commercium*). (FERNANDES, Luis A. Carvalho. A definição de morte – Transplantes e outras utilizações do cadáver. p. 39-40). Também Orlando de Carvalho classifica o cadáver como coisa, “mas uma coisa ainda nimbada do respeito que todos devem à pessoa viva”. (CARVALHO, Orlando de. *Transplantações e direitos das pessoas*. In: *Transplantações – Colóquio Interdisciplinar* (25 de março de 1993). Publicações de Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. v. 3. Coimbra, 1993. p. 144.)

¹⁴ Neste sentido: SILVA, Gomes da. Colheita de órgãos e tecidos nos cadáveres. In: *Colecção Scientia Iuridica*. Braga: Livraria Cruz, 1970. p. 121. Tendo por base esta ideia, o autor entende que existem princípios a que devem obedecer os direitos sobre o cadáver, nomeadamente: a destinação a fins intrínsecos (ou seja, fins cuja consecução é necessária para se realizar a personalidade do próprio sujeito passivo, não sendo admissíveis destinações que tenham por fim aspectos imorais ou fúteis); a especificidade, na medida em que esses direitos devem ser estritamente delimitados pelo fim a que se destinam e só no âmbito deste têm justificação; ausência de domínio (o cadáver não pode ser objeto de domínio ou propriedade plena por parte de ninguém, incluindo o Estado ou a família); extracomercialidade, não por ser coisa fora do comércio, mas por nem sequer ser coisa, nem poder ser objeto de domínio; independência dos vários direitos que recaiam no cadáver e conseqüentemente a sua necessidade de hierarquização e concretização; subordinação genérica ao respeito devido à pessoa e a outros fins intrínsecos.

¹⁵ Como refere Günter Dürig, “quem foi concebido por seres humanos e quem foi um ser humano participa na dignidade da pessoa, pelo que é possível a interferência na dignidade da pessoa humana nas hipóteses em que o ser humano concreto ainda não nasceu ou já morreu”. (GÜNTER DÜRIG, *Der Grundrechtssatz von Menschenwürde*. p. 126. *Apud*, OLIVEIRA, Nuno. O Direito Geral de personalidade e a “Solução do Dissentimento” – Ensaio sobre um caso de “Constitucionalização” do Direito Civil. In: *Publicações do Centro de Direito Biomédico. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. p.115.)

¹⁶ Ferrara sustenta que, em geral, o cadáver é coisa *extra commercium*, mas, por vontade do testador ou disposição da lei, pode ser objeto de direitos e tornar-se, portanto, coisa no comércio. (FERRARA. *Diritti delle persone e di Famiglia*. Nápoles: Casa Editrice, 1941. p. 104. *Apud* SILVA, Gomes da. Colheita de órgãos e tecidos nos cadáveres. p. 26.)

princípio, objeto de atos jurídicos, só sendo lícitos os expressamente admitidos pelo Direito.

Em regra, o cadáver destina-se a desaparecer, entretanto, antes disso, tem de ser manipulado e, em algumas situações, existem grandes interesses. Atualmente é possível verificar uma multiplicidade de finalidades do cadáver. O Decreto-Lei nº 411, de 30 de dezembro de 1998, contém o regime jurídico da remoção, transporte, inumação, exumação, transladação e cremação de cadáveres, bem como de alguns desses atos relativos a ossadas, cinzas, fetos mortos e peças anatômicas, e ainda da mudança de localização de um cemitério.¹⁷

1.3 Efeitos da morte

A morte é um fenômeno natural, definitivo e irreversível, que gera uma descontinuidade na vida social. Ela produz efeitos em diversos planos de relações. Na

¹⁷ É possível encontrar na legislação diversas finalidades, por exemplo: os fins de investigação judiciária, os de investigação científica e ensino, e a colheita e aproveitamento de órgãos e tecidos do cadáver. No ordenamento jurídico brasileiro, essa matéria é disciplinada pela Lei nº 9.434 de 04 de fevereiro de 1997, que dispõe sobre a remoção de Órgãos, Tecidos e Partes do Corpo Humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Em conformidade com esse ato normativo, é permitido à pessoa juridicamente capaz, dispor gratuitamente de tecidos, órgãos, parte do próprio corpo vivo, para fins terapêuticos e transplantes (artigo 9º). A legislação somente possibilita a doação de órgãos duplos, de partes de órgãos, tecidos ou partes do corpo cuja retirada não prejudique o organismo do doador e satisfaça necessidade terapêutica indispensável à pessoa receptora. É permitida a disposição *post mortem* desse material, isto é, para ser eficaz após a morte do doador. A retirada de tecidos, órgãos ou partes do corpo humano, para transplante ou tratamento, deverá ser precedida de diagnóstico de morte encefálica, de acordo com a exigência do artigo 3º da citada lei.

De acordo com o ordenamento jurídico brasileiro, o corpo humano é considerado coisa fora do comércio. Por isso, não pode ser objeto de negociação. Mas suas partes, em vida ou após a morte, podem ser objeto de doação em benefício da saúde de outrem (incluída a pesquisa). Em conformidade com o artigo 13 do Código Civil, salvo exigência médica, vigora a proibição da disposição do próprio corpo. O parágrafo único do mesmo dispositivo criou uma exceção ao permitir a disposição de órgãos para fins de transplantes, na forma preconizada na lei especial (Lei nº 9.434/97).

Em Portugal, quem primeiro teorizou sobre a questão foi Gomes da Silva. Para ele, a colheita e o aproveitamento de órgãos e tecidos do cadáver só podiam ser feitos para fins terapêuticos ou de investigação científica. Nessa medida, não podiam ser objeto de domínio, de atividades lucrativas, fúteis ou imorais. O cadáver, destinando-se a desaparecer, não veria a sua dignidade e sacralidade ofendida pela colheita dos seus órgãos e tecidos, desde que utilizados para a cura ou o alívio do sofrimento de outras pessoas ou para o avanço do conhecimento humano. É neste fundamento que se encontra o caráter ético da licitude da colheita e do aproveitamento de órgãos de cadáveres. De fato, é este fundamento que legitima o transplante *post mortem* em geral. Todavia, nos casos particulares é preciso algo mais, nomeadamente, a vontade do doador.

A utilização do cadáver em vista dos fins de diagnóstico terapêutico e de transplantação, bem como de ensino e investigação científica, pode ter objetos e fins diversos. Quanto ao objeto, podem estar em causa atos relativos a peças, tecidos e órgãos de origem humana ou ao cadáver, em si mesmo, no todo ou em parte. Os atos podem consistir ainda na dádiva do cadáver para a colheita ou a extração de peças, tecidos ou órgãos e para a sua dissecação. Quanto aos fins visados com estes atos, podem ser múltiplos: quanto a peças, tecidos e órgãos, identificam-se na lei os de transplantação, terapêuticos, de ensino e investigação (a dissecação de cadáveres terá em vista estes dois últimos). Saliente-se que no sistema jurídico português existe um diploma dirigido aos fins de transplantação e terapêuticos – Lei nº 12/93 – e outro aos de ensino e investigação – Lei nº 274/99.

relação interpessoal, ocorre um epílogo; nas institucionais – especialmente nas familiares –, existe uma lacuna que deve ser preenchida de diversas maneiras, em particular no campo espiritual; e nas patrimoniais, há uma verdadeira interrupção, que interfere de maneira clara nas esferas jurídicas de terceiros. Sucede que a vida social necessita de continuidade. Nesse aspecto, o direito sucessório tem como objetivo precípuo conferir a “continuidade possível” ao descontínuo causado pela morte¹⁸.

A morte nunca foi um fenômeno meramente biológico, mas sim um fenômeno cultural do âmbito da existência moral. Salienta, ainda, que o afastamento do morto pelos vivos decorre da concepção dominante dos direitos da personalidade, que os vê basicamente como liberdades ou direitos contra os outros. Diante disso, a personalidade jurídica do morto deve ser adaptada ao seu “novo estado de vida”, aferindo-se a compatibilidade dos direitos da personalidade com essa situação¹⁹. A personalidade jurídica exige uma proteção jurídica antes²⁰ e depois da morte. Antes da sua concepção,

¹⁸ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: sucessões*. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 11.

¹⁹ CAMPOS, Diogo Leite de. *Pessoa humana e direito – o estatuto jurídico da pessoa depois da morte*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 56-57.

²⁰ A existência dos direitos da personalidade do nascituro é questão bastante controvertida nas doutrinas brasileira e portuguesa. A discussão recai sobre o efetivo momento do início da existência dos direitos da personalidade. A doutrina tradicionalista sempre sustentou que a personalidade somente teria início com o nascimento da pessoa. Antes dele, o nascituro possuía somente uma mera expectativa de direito. De fato, os autores modernos modificaram totalmente essa tese, passando a conceber uma tutela pré-natal da personalidade. A divergência atualmente recai em razão da interpretação dos artigos 2º e 66 dos Códigos Civis brasileiro e português, respectivamente.

A doutrina brasileira apresenta, em síntese, a existência de três teorias diferentes para o tema. A primeira é a concepção natalista, segundo a qual a personalidade jurídica se inicia com o nascimento com vida. O principal fundamento desta teoria é a interpretação da primeira parte do artigo 2º do CCB, que expressamente aduziu “que a personalidade da pessoa começa do nascimento com vida”. Os adeptos desta concepção não conseguem explicar a segunda parte do mesmo artigo, segundo o qual expressamente confere direitos ao nascituro.

A segunda teoria é denominada de personalidade condicional, segundo a qual a personalidade é reconhecida desde a concepção, com a condição de nascer com vida.

Por fim, a teoria conceptualista reconhece o início da personalidade desde a concepção. O principal fundamento é encontrado na interpretação conjugada da segunda parte do artigo 2º do CCB, que põe a salvo os direitos dos nascituros, bem como diversos dispositivos da legislação, os quais preconizam outros direitos a eles, como: capacidade sucessória passiva (artigo 1.799), alimentos (Lei nº 11.804/08), curatela provisória (artigo 1.779), dentre outros. (CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. *Estatuto Jurídico do Nascituro*. In: *Pessoa Humana e Direito*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 430 e seguintes.)

A doutrina portuguesa, em sua maioria, considerando a exegese do artigo 66 do CC, sustenta a tese tradicional de que a personalidade jurídica tem início com o nascimento com vida. De fato, a redação do artigo 66 não é feliz. O nascituro é pessoa humana e não é objeto de direito. Existem vários dispositivos no Código Civil que demonstram a amplitude da proteção conferida pelo ordenamento jurídico: capacidade sucessória (artigo 2.033), representação legal dos pais decorrente do poder parental (artigo 1.878), administração da herança do nascituro (artigo 2.240, n. 2) e aquisição por doação (artigo 952). A personalidade jurídica da pessoa não depende de lei e está fora do alcance do poder legislativo. (VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Direitos de personalidade*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 107.)

Outra questão, bem mais moderna, que vem gerando grande divergência doutrinária, é saber a amplitude do conceito de nascituro. As novas técnicas médicas de reprodução humana assistida ou

enaltece Leite Campos, há o amor entre o pai e as células, bem como existe a necessidade de proteção de uma pessoa futura, garantindo que no processo de formação não ocorram danos. Já em relação à morte, os direitos da personalidade porventura postergados devem ser compatíveis com esse *status*²¹.

O indivíduo, ao longo da vida, adquire uma reputação, um prestígio, uma imagem social que têm de ser respeitados, mesmo no momento em que o indivíduo deixa de existir do ponto de vista físico. Em uma civilização de raízes judaico-cristãs²², a tutela *post mortem* do bom nome assume grande relevância, nomeadamente em razão do imenso culto da memória²³.

A doutrina tradicional sempre sustentou que o prolongamento após a morte da vontade do falecido era consubstanciada na sucessão testamentária, na qual o autor da herança projetava a sua vontade, essencialmente de natureza patrimonial²⁴, que produziria efeitos quando o estipulante não estivesse mais vivo.

O Direito sempre prestigiou a manutenção da vontade das pessoas, mesmo após o falecimento delas, com a criação de instrumentos jurídicos capazes de exprimir o desejo daqueles que não estão mais presentes para praticar determinados atos da vida civil. A figura do testamento tem grande importância na história do direito, e sua mudança de tratamento tem correlação direta com a evolução dos ordenamentos jurídicos e da própria sociedade.

fertilização assistida e a engenharia genética se modificam com uma velocidade espantosa. O ponto nodal é saber se o embrião pré-implantatório estaria inserido no conceito de nascituro. É possível visualizar três entendimentos diversos: a) autores que sustentam que o embrião pré-implantatório já é um nascituro, merecendo proteção desde já; b) não tem essa qualidade e deve ser considerado como *res*, ao menos até o 14º dia a partir da fecundação; c) uma corrente intermediária, segundo a qual o embrião não seria considerado uma *res*, mas uma pessoa virtual (*in fieri*), merecendo assim proteção jurídica. (Melhor aprofundada a questão in CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu, artigo citado).

²¹ CAMPOS, Diogo Leite de. *Nós – Estudos sobre o direito das pessoas*. Coimbra: Almedina, 2004. p. 357-359.

²² Segundo o cristianismo, o ser humano é uma unidade, espírito encarnado e corpo espiritual. A pessoa seria um nódulo ontológico na base de todas as atividades do ser humano. Nesse sentido, a morte seria vista como um novo estágio da vida (CAMPOS, Diogo Leite de. Op. cit., p. 57).

²³ MATOS, Filipe Miguel Cruz Albuquerque. *Responsabilidade civil por ofensa ao crédito ou ao bom nome*. Coimbra: Almedina, 2011. p. 385.

²⁴ As legislações modernas e a doutrina já admitem a existência de disposições de natureza extrapatrimonial nos testamentos, como o reconhecimento de paternidade. A grande controvérsia existente, entretanto, refere-se à transmissibilidade dos direitos extrapatrimoniais para os sucessores. Nesse sentido, caminha Carvalho Fernandes que, apesar de discordar da transmissibilidade dos direitos extrapatrimoniais, suscita a controvérsia doutrinária (FERNANDES, Luis A. Carvalho. *Lições de direito das sucessões*. 3. ed. Lisboa: Quid Juris, 2008).

A transmissibilidade das relações jurídicas patrimoniais para outra pessoa em razão da morte, como já ressaltado, é amplamente reconhecida pelos ordenamentos jurídicos português e brasileiro. Na história é possível visualizar o sistema romano e germânico, os quais se diferem em alguns aspectos, especialmente na aferição da vontade do *de cuius* para fins de sucessão *mortis causa*.²⁵

A maioria dos ordenamentos jurídicos, entre eles o brasileiro e o português, apresentam lado a lado uma sucessão legítima e uma testamentária, demonstrando claramente tratar-se do resultado convergente das evoluções dos dois sistemas. Além disso, a história identifica uma clara evolução da forma e do conteúdo da exteriorização dos atos de última vontade.²⁶

²⁵ Nos povos germânicos, até aproximadamente a Alta Idade Média, a concepção do direito sucessório encontrava-se em conformidade com o entendimento de propriedade conferido. A propriedade não está vinculada a um indivíduo, mas sim a um grupo (em determinado período, a própria família), e o chefe deste não é considerado um proprietário individual. Na verdade, ele é uma espécie de administrador dos bens em razão da propriedade coletiva.

O falecimento do chefe da família, verdadeiro administrador dos bens, não enseja transferência do patrimônio para terceiros, impedindo uma disposição voluntária do mesmo por ele. Neste caso, os bens continuam a pertencer ao grupo familiar, ensejando somente a assunção por um novo membro do grupo da titularidade de administrador do patrimônio coletivo. Nesse aspecto, é possível visualizar a pouca relevância da vontade do *de cuius*, já que os bens pertencem ao núcleo familiar e o falecido somente era o administrador.

Com o passar do tempo, a compulsoriedade da manutenção do patrimônio no clã familiar foi atenuado, principalmente em razão da aceitação da propriedade individual, o que ensejou a possibilidade da disposição patrimonial, por ato de vontade, para produzir efeitos após a morte. Ao lado de uma reserva hereditária destinada à família, surge a possibilidade da disposição de uma quota através do testamento.

Já no Direito Romano, o enfoque é totalmente diferente. O particular tem, inicialmente, uma ampla liberdade na designação do sucessor testamentário. A concepção germânica de comunhão familiar do patrimônio é diametralmente oposta, considerando a liberdade ilimitada de disposição testamentária. Não era obrigatório o *de cuius* beneficiar com patrimônio determinadas pessoas, visto que inexistiam herdeiros necessários ou obrigatórios, ou seja, pessoas as quais compulsoriamente seriam beneficiadas com os bens deixados pelo falecido, independentemente da sua vontade.

Em determinado período, verificou-se que a possibilidade do falecido beneficiar com todo o seu patrimônio um terceiro era injusto, eis que possivelmente seus filhos e demais parentes podiam ficar na miséria. Em determinado momento, apurou-se que algumas pessoas, normalmente ligadas ao falecido pelo vínculo de parentesco, tinham direito a uma quota parte do patrimônio deixado, a legítima.

Nesse diapasão é possível verificar a existência de duas linhas evolutivas dos critérios sucessórios no tocante à capacidade sucessória passiva. A primeira, referente aos direitos germânicos, apresenta inicialmente uma limitação à vontade do falecido, preservando a propriedade familiar e a sucessão reservada ao grupo da família e, posteriormente, possibilitar a disposição parcial da herança. Já a outra linha, a do Direito Romano, em um sentido diametralmente oposto, tem como ponto de partida a total liberdade de testar e, com o decorrer do tempo, estabelece restrições a essa disponibilidade ilimitada, conferindo proteção aos parentes com o surgimento da legítima.

Em uma análise comparativa, nomeadamente na evolução dos dois sistemas, é possível verificar que no Direito Romano a legítima é a exceção e no Direito Germânico a parte disponível (a qual influencia na possibilidade de testar) é que é a exceção.

²⁶ No Direito Romano, visualiza-se verdadeira evolução e revolução do direito testamentário. No antigo ordenamento patriarcal, o testamento tinha a função primordial de assegurar uma unidade patrimonial da célula familiar com a designação de um novo chefe. A falta dessa previsão poderia ensejar a dissolução da família por ausência de chefia. Posteriormente, o testamento começa a possuir maior característica patrimonial. A utilização da *mancipatio* com finalidade testamentária confere essa característica,

O sistema sucessório português e o brasileiro possuem um caráter protetivo ao preconizar uma indisponibilidade de parte do patrimônio do *de cujus*²⁷ relativa à sucessão legítima e estipular uma liberdade na disposição da outra parcela do patrimônio por meio do testamento, com fulcro no princípio da autonomia da vontade.

Na linha de pensamento de Oliveira Ascensão, a continuidade possível pode se manifestar em uma pluralidade de pontos de vista. No aspecto individual, o Direito objetiva tutelar os interesses do próprio autor da herança, como no exemplo do testamento, fornecido pelo próprio doutrinador. O presente estudo pretende aferir se essa “continuidade possível” no plano individual se restringe a questões de natureza patrimonial, ou, ao contrário, como denota ser, os direitos da personalidade se prolongam após a morte, existindo uma verdadeira herança moral transferida, a título sucessório, aos seus herdeiros.

O desenvolvimento do tema deve ser realizado levando em consideração novos dogmas de um direito civil moderno e, principalmente, despatrimonializado. A ideia de proteção a obrigações existenciais, ligadas aos direitos da personalidade, deve ter uma projeção *post mortem*, e o próprio direito sucessório deve caminhar em conformidade com a evolução da proteção ao ser humano.

A despatrimonialização do direito civil não objetiva alterar, de maneira radical, a natureza dos institutos do direito privado, pugnando por uma releitura dos dogmas em conformidade com o aumento da tutela das obrigações não existenciais²⁸. O prolongamento dos direitos da personalidade *post mortem* decorre da própria análise dos regramentos do direito privado, notadamente dos artigos 71 e 12 dos Códigos Civis português e brasileiro, respectivamente.

notadamente em razão de sua oralidade e publicidade. (BIONDI, Biondo. *Sucesión Testamentaria y Donación*. 2. ed. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1960. p. 11-12.)

As inovações pretorianas posteriores, por exemplo, as criações do codicilo e do fideicomisso, ratificam que essa disposição de última vontade possuía característica eminentemente patrimonial. (BIONDI, Biondo. Op. cit. p. 14.)

²⁷ A legítima refere-se à parte indisponível do patrimônio do *de cujus* que pertence, após a morte do autor da herança, aos herdeiros necessários. Os ordenamentos jurídicos português e brasileiro, apesar de preverem o instituto, possuem regramentos distintos sobre o tema. O CCB preconiza, no artigo 1.846, que pertence aos herdeiros necessários (descendentes, ascendentes e cônjuge, na forma do artigo 1.845) a metade dos bens da herança, chamada de legítima. Já no Código Civil português, nos artigos 2.158 a 2.161, verifica-se que a legítima objetiva pode ter três valores diferentes, 1/3, 1/2 e 2/3 da herança, dependendo da situação fática.

²⁸ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil – introdução ao direito civil constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 33-34.

Na verdade, o Direito Civil clássico e a tradição da *Civil Law* não são contrários a esses valores²⁹. É possível extrair do próprio ordenamento jurídico privado regramentos que consubstanciam valores existenciais. A ideia de proteção dos direitos da personalidade das pessoas falecidas, no Direito Brasileiro e no Direito Português, origina-se de determinações do direito privado, que tem nítido caráter existencial. Não é necessário, para sustentar a existência de uma herança moral, recorrer a princípios constitucionais, já que a solução se encontra no próprio Código Civil, sem a necessidade de interferência externa.

A existência de uma regra específica no Código Civil Português – artigo 70 – preconizando um direito geral da personalidade é uma inequívoca demonstração da importância conferida pelo Direito Civil aos interesses de natureza pessoal.

A personalidade humana não admite diminuição a uma situação jurídica tipo ou a um elenco de direitos subjetivos típicos, de modo a proteger eficazmente as múltiplas e renovadas situações em que as pessoas venham a se encontrar³⁰. Essas novas situações vividas nas relações sociais demonstram uma potencialidade ofensiva muito grande a bens imateriais das pessoas falecidas que são projetadas com o seu falecimento. É incompreensível sustentar que no minuto posterior à ocorrência do evento morte cessam por completo bens de natureza extrapatrimonial que a pessoa construiu durante toda a vida, como o bom nome e o crédito.

O direito sucessório moderno tem o dever de analisar, além da tradicional sucessão de natureza eminentemente patrimonial, os problemas da herança moral, vinculados a um direito sucessório de natureza pessoal, que geram questões interpretativas de grande importância.

Do mesmo modo que existe uma continuidade de relações em diversos aspectos após a morte, com proteção inclusive da vontade do falecido no plano patrimonial – sucessão testamentária –, é inequívoco que os direitos da personalidade do falecido se projetam depois do falecimento e, por esse motivo, o Código Civil português, no artigo 71, tutela a ofensa às pessoas falecidas, e o CCB o faz nos artigos 12 e 20.

²⁹ RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. *Estatuto Epistemológico do direito civil contemporâneo na tradição de civil law em face do neoconstitucionalismo e dos princípios*. Biblioteca digital do Instituto de Cooperação Jurídica Ius Commune da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Disponível em: <http://www.fd.ul.pt/LinkClick.aspx?fileticket=_rk5XipA6Jc%3d&tabid=332>. Acesso em: 26 maio 2012.

³⁰ TEPEDINO, Gustavo. *A parte geral do novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 23.

A doutrina portuguesa destaca a necessidade de se agregar a ideia de continuidade da pessoa após a morte ao valor moral inerente a ela. Salieta que as firmes tradições patrimonialistas do direito sucessório estão sendo cotejadas com os direitos da personalidade, os quais possuem clara essência existencial.³¹

A principal diferença existente entre a sucessão de caráter patrimonial e a pessoal refere-se aos interesses cotejados. Na sucessão dos direitos da personalidade a mesma deve ocorrer no interesse do *de cuius*. A ideia primordial é a proteção dos direitos da personalidade do falecido. Já a sucessão clássica se dá no interesse do herdeiro sucessor, que assumirá a titularidade das relações jurídicas.

O testamento possui um conteúdo múltiplo. De fato, essa manifestação de última vontade serve para diversos objetivos, com a possibilidade de inserção de disposições de vários tipos, não restritas apenas às de caráter essencialmente patrimonial.³²

O Código Civil português, no artigo 2.179, refere-se claramente à possibilidade da inserção, pelo testador, de disposições de caráter não patrimonial na cédula testamentária. Em contrapartida, a legislação brasileira somente incluiu expressamente a possibilidade de disposições de natureza não patrimonial com a edição do Código Civil de 2002, que no artigo 1.857, parágrafo 2º, preconiza que: “São válidas as disposições testamentárias de caráter não patrimonial, ainda que o testador somente a elas se tenha limitado.”³³

O fundamento axiológico da faculdade de testar corresponde à aspiração do homem de viver além da vida, de postergar os seus desejos para um momento no qual não está mais presente.³⁴ A doutrina clássica, inclusive, visualiza que com o testamento realiza-se uma das mais importantes atribuições da personalidade humana e, considerando os seus efeitos, aproxima-se o indivíduo do inalcançável e sempre almejado sonho da eternidade e imortalidade.

³¹ Nesse sentido: CAMPOS, Diogo Leite de. *Nós – Estudos sobre o direito das pessoas*. p. 348.

³² NEVARES, Ana Luísa Maia; MEIRELES, Rose Melo Venceslau. Apontamentos sobre o direito de testar. In: PEREIRA, Tânia da Silva (coord.) *et al. Vida, Morte e Dignidade Humana*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010. p. 84.

³³ O Código Civil italiano de 1941, no artigo 587, já ressaltava a possibilidade de disposições de natureza não patrimonial.

³⁴ NONATO, Orizombo. *Estudos sobre sucessão testamentária*. Rio de Janeiro: Forense, 1957. v. I. n. 8. Prefácio.

A justificação e o fundamento da transmissão *causa mortis* têm total correlação com o momento histórico o qual se busca analisar e, em alguns momentos, da corrente de pensamento a que se filie.

Saliente-se que os direitos da personalidade transmitidos *mortis causa* não se somam aos direitos sucessórios patrimoniais. Em conformidade com os ensinamentos de Leite de Campos, os direitos patrimoniais se transmitem no interesse dos sucessores adquirentes, e os direitos pessoais no interesse do falecido³⁵.

A tutela *post mortem* da personalidade é mais restritiva, não abrange todo o campo dos direitos da personalidade propriamente dito. A proteção dos direitos além da morte não existe para aqueles que constituem expressão de capacidade de auto-regulamentação dos sujeitos, conhecidos como os direitos de liberdade, nem para os direitos à vida e à integridade física.³⁶

1.4 Âmbito do direito sucessório

A análise do âmbito da sucessão refere-se à verificação do seu objeto, ou seja, os direitos e as vinculações que podem ser transmitidos, em razão da morte, aos sucessores. Na verdade, procura-se aferir se esses direitos e vinculações são extintos com a morte do seu titular.

As transmissões de direitos é matéria atinente ao estudo da Teoria Geral do Direito Civil. As regras de transmissões das situações jurídicas, em geral, são as seguintes: a) as patrimoniais são transmissíveis; b) as não patrimoniais (também chamadas de pessoais) são intransmissíveis. Obviamente, essas regras admitem exceções.

No tocante às situações jurídicas patrimoniais, a regra citada deve ser complementada por outra. A transmissão ocorre, em regra, nos atos *inter vivos* ou *causa mortis*. O próprio ordenamento jurídico português excepciona essa regra de forma absoluta (quando a intransmissibilidade existe nas duas modalidades de transmissão, por ato *inter vivos* e *causa mortis*) e relativa (somente em uma das modalidades).

³⁵ CAMPOS, Diogo Leite de. *Pessoa humana e direito – o estatuto jurídico da pessoa depois da morte*. p. 60.

³⁶ ZACCARIA, Alessio. *Diritti Extrapatrimoniali e Successione*. Padova: Cedam, 1988. p. 208-209.

O direito real de uso e habitação é o exemplo clássico da exceção absoluta, na forma dos artigos 1.485 e 1.488. No entanto, existem direitos patrimoniais que somente possibilitam a transmissão entre vivos – usufruto na forma dos artigos 1.443, 1.444 e 1.476 – e outros, apesar da adoção de um regime especial, exclusivamente *mortis causa*, como ocorre no arrendamento para habitação.

Os direitos não patrimoniais, identificados por parte da doutrina como pessoais, em regra não são transmissíveis. Nesse ponto, aqui também existem exceções, as quais possibilitam encontrar casos de transmissibilidade relativa, permitindo a sua transferência *causa mortis*.

Carvalho Fernandes identifica quatro exemplos no ordenamento jurídico português, no qual visualiza a transmissibilidade dos direitos não patrimoniais, sendo eles: a) o direito potestativo de invalidação de um negócio jurídico (art. 125, n. 1, al. “c”); b) direitos morais do autor (art. 42 do CDADC – Código dos Direitos do Autor e dos Direitos Conexos); c) alguns casos do direito de revogar doação por ingratidão (art. 976, n. 3); d) o direito de prosseguir na investigação de paternidade e maternidade (arts. 1.818 e 1.873).³⁷

Nesse contexto, a legislação possibilitou claramente a transmissão excepcional desses direitos aos sucessores, ao postergar os direitos da personalidade para após o falecimento, em conformidade com os preceitos dos artigos 71 e 12 dos Códigos Civis português e brasileiro, respectivamente. Os exemplos conferidos, os quais têm previsão legal expressa, corroboram a essência do regramento que prolonga alguns direitos da personalidade para após o falecimento.

³⁷ FERNANDES, Luis A. Carvalho. *Lições de direito das sucessões*. p. 67.

PARTE II – OS DIREITOS DA PERSONALIDADE *POST MORTEM*

2.1 Ser humano como pessoa – o reconhecimento

O Direito, analisado sob a perspectiva de um sistema de normas de conduta portadoras de um sentido de Justiça, que tem por função a regulação da convivência social entre os indivíduos, tem como pressuposto a compreensão destes como seres especiais, isto é, como pessoas. A existência do Direito, de fato, é pelas pessoas e para as pessoas, as quais constituem o seu fundamento ético-ontológico.³⁸

Todo ser humano é uma pessoa, mesmo que não possua plena consciência de si e da sua autonomia, e é pessoa em relação a outras³⁹. Esse fato confere ao Direito o seu caráter humano e social. Nessa perspectiva, o conceito de pessoa é o mais importante do Direito. Não se trata de uma categoria inata da razão, mas na verdade é resultado de uma longa conquista ligada à “aventura ocidental do homem”.

Essa longa conquista, que vive um intenso e inesgotável caminho para novas conquistas, torna difícil saber o que é a pessoa humana⁴⁰. O Direito é um produto histórico social. Em uma breve retrospectiva histórica é possível verificar como surgiu e se desenvolveu o conceito de pessoa.

A dignidade, incondicionável valor em si mesmo, decorre do reconhecimento do homem como pessoa⁴¹, enquanto conceito ético-jurídico fundamental. O homem é um fim em si mesmo e não pode ser concebido como um instrumento para que terceiros angariem seus objetivos.⁴² E a dignidade, qualificação de difícil conceituação, passa a

³⁸ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Direito de personalidade*. p. 6. O Direito radica na autopressuposição axiológica de os indivíduos se reconhecerem uns aos outros como pessoas (BRONZE, Fernando José. *Lições de Introdução ao Direito*. Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p. 163 e seguintes.).

³⁹ MEULDERS-KLEIN, Marie-Thérèse. *La Persona. La famille. Le droit*. Bruxelles: Bruylant, 1999. p. 1.

⁴⁰ Orlando de Carvalho aduz que mal se sabe o que é a pessoa humana. (CARVALHO, Orlando de. *Teoria geral do Direito Civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 248.) No momento em que mais de dois terços do mundo vivem abaixo da linha de pobreza é uma demonstração que esse conceito está sempre em mutação, procurando sem uma melhor qualificação vinculada a uma maior dignidade.

⁴¹ Sobre a origem do conceito “pessoa” e a evolução histórica do seu significado, cf. GONÇALVES, Diogo Costa. *Pessoa e direito de personalidade. Fundamentação ontológica da tutela*. Coimbra: Almedina, 2008. p. 20 e seguintes.

⁴² KANT, Immanuel, *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Coimbra: Almedina, 2011. p. 58 e seguintes. Cf., de igual modo, SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. *Teoria geral do Direito Civil*. v. I. p. 46 e seguintes. O conceito de pessoa pressupõe, necessariamente, a relação interindividual, pelo que não é de considerar como tal a “criatura humana” que exista no isolamento. Por isso “(...) o direito nunca vale para uma criatura humana isolada, mas apenas para uma relação entre criaturas humanas, ou destas últimas com as coisas – numa palavra, para as pessoas” (KAUFMANN, Arthur. Prolegómenos a uma lógica jurídica e a uma ontologia das relações, fundamento de uma teoria do direito baseada na

considerar-se como uma qualidade da pessoa humana, oponível por ela a terceiros, devendo ser considerada um valor absoluto e objetivo.⁴³

O ser humano é pessoa, valor fundamental do Direito. E no sistema jurídico ser pessoa é ser titular de direitos e deveres.

Essa concepção mergulha as suas raízes na teologia cristã, sendo, na verdade, uma criação sua: o homem apenas fora decididamente transformado em pessoa pelo Humanismo Cristão, o qual nele reconheceu um ser dotado de essência, dignidade e racionalidade. Ao Cristianismo se deve, pois, o mérito da extensão da natureza pessoal a todos os homens.^{44 45}

Em um primeiro momento, foi na ordem religiosa que os direitos inerentes à pessoa, com fundamentos na dignidade humana, tiveram reconhecimento. Posteriormente, na esfera da ordem natural (Direito Natural) e, finalmente, foi positivado com a edição das grandes declarações e constituições modernas.⁴⁶

2.2 Personalidade humana e direitos de personalidade

Se o ser humano é pessoa, significa, claramente, que possui personalidade. A doutrina faz um paralelismo, com o seguinte raciocínio: da mesma forma que a propriedade é a qualidade do que é próprio, a bondade a qualidade de ser bom e a proximidade a qualidade de ser próximo, a personalidade é a qualidade de ser pessoa.⁴⁷

pessoa. In: *BFD*. n. 78. v. LXXXVIII (Separata). pág. 203). Por outro lado, é o reconhecimento do indivíduo como pessoa que fundamenta a sua responsabilidade. Cf. NEVES, A. Castanheira. Pessoa, direito e responsabilidade. In: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 6, fasc. 1º, janeiro-março, 1996. p. 32 e seguintes.

⁴³ AMARAL, Francisco. Pessoa humana e direito – O dano à pessoa no Direito Civil brasileiro. In: *Pessoa humana e direito*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 123.

⁴⁴ CAMPOS, Diogo Leite de. *Lições de direitos da personalidade*. Coimbra: Almedina, 1995. p. 12 e seguintes.

⁴⁵ A dignidade da pessoa vinculada ao Cristianismo remonta à ideia de identidade do homem com Deus, uma vez que a Bíblia descreve o homem como ser concebido à imagem e semelhança do próprio Criador. E foi a circunstância do ser humano ter sido criado à imagem e semelhança de Deus que levou o Cristianismo a considerar que a pessoa humana é dotada de um valor próprio que lhe é intrínseco e, portanto, insusceptível de ser reduzida a mero objeto ou instrumento. (GONÇALVES, Diogo Costa. Op. cit., p. 29, e CAMPOS, Diogo Leite de. Op. cit., p. 20 e seguintes.)

⁴⁶

⁴⁷ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Direitos de personalidade*. p. 5.

Afirma-se aqui de personalidade humana, a qual antecede a personalidade jurídica. Na realidade, aquela suporta esta: é porque o homem é pessoa humana que ele se reconhece como pessoa em sentido jurídico e, portanto, como sujeito para o Direito⁴⁸.

Assim, a personalidade jurídica tem como antecedente lógico a personalidade humana, ou seja, só há personalidade jurídica quando existe (logo que existe e enquanto existe) personalidade humana, e até onde esta o exija.

Nesse contexto, a personalidade jurídica consubstancia-se na projeção da personalidade humana no mundo do Direito: é a qualidade de ser sujeito de Direito, isto é, de ter susceptibilidade abstrata de ser titular de direitos e deveres, de se ser sujeito de relações jurídicas.

A pessoa humana encontra-se no centro dos direitos e garantias fundamentais dos sistemas constitucionais português e brasileiro. As legislações preconizam o mínimo de direitos que possibilitam a existência da pessoa humana com dignidade e possibilidade de um desenvolvimento pleno como cidadão, seja no aspecto físico, mental ou espiritual. A concretização desses direitos é consubstanciada na promoção do respeito à humanidade, o qual enseja modificações de paradigmas nas sociedades modernas.

A efetividade dos direitos da personalidade e a materialização dos direitos fundamentais da pessoa humana possuem como pressuposto básico a vida humana. Nesse contexto, a amplitude da proteção desses direitos envolve o respeito ao desenvolvimento completo do indivíduo, a finalizar o seu ciclo da infância, adolescência, fase adulta, terminando, naturalmente, com a velhice e a morte.

A preservação da vida humana durante toda a sua existência ganha uma maior amplitude no momento em que as legislações conferem irrestrita proteção ao nascituro, com regras de respeito à vida e à sua integridade física. O simples fato de já ser pessoa, mesmo sem ter nascido ainda, possibilitou que o legislador preconizasse essa proteção.

2.3 Direito geral da personalidade e direitos especiais

A criação de um sistema dual do direito da personalidade, no qual coexiste uma tutela geral com vários direitos especiais teve origem no direito alemão. O BGB não

⁴⁸ CARVALHO, Orlando de. *Teoria geral do Direito Civil*. p. 190.

continha uma regra reconhecendo o direito geral de personalidade, somente o parágrafo 12, que regulamentava o direito ao nome, e o parágrafo 823, preconizando a responsabilidade civil decorrente de lesão, dolosa ou negligente, da vida, do corpo, da saúde, da liberdade, da propriedade, ou de outro direito de uma pessoa. Assim sendo, existiam direitos claramente tipificados.

Com o advento da Constituição Federal da Alemanha de 1949 – também conhecida como Lei Fundamental de Bonn –, foi consagrado o princípio da dignidade da pessoa humana no seu artigo 1º. Já o n. 1 do artigo 2º estipulou expressamente que todos os cidadãos têm o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, desde que não violem direitos de outrem ou a ordem constitucional. Após esse regramento constitucional⁴⁹, a doutrina alemã passou a admitir a existência de um direito geral da personalidade, ao interpretar a expressão “outro direito de uma pessoa” em conformidade com o direito ao livre desenvolvimento da personalidade veiculado na Carta Magna. Isto significa que o sistema germânico passa a ter direitos especiais da personalidade – devidamente tipificados no BGB – e uma tutela geral, decorrente do texto constitucional.

A tutela geral da personalidade tem a função de completar as lacunas deixadas pela enumeração casuística dos direitos especiais, bem como previne que no futuro novas violações fiquem desprotegidas.

O Código Civil italiano de 1942 foi o primeiro a preconizar alguns direitos da personalidade. Inobstante tal previsão, não houve repercussão doutrinária acerca da previsão de um direito geral da personalidade. A doutrina italiana perfilhava o posicionamento no sentido de que a essencialidade dos direitos da personalidade somente repercutia no ordenamento jurídico quando esses estivessem tipificados na legislação de forma taxativa.⁵⁰ Mesmo após o advento da Constituição Federal de 1947, que ensejou a abertura de novos horizontes na sociedade italiana, visto que representava a democratização do país, parcela considerável da doutrina continuava a sustentar que a os direitos da personalidade deveriam ser tipificados *numerus clausus*.

⁴⁹ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Direitos de personalidade*. p. 62.

⁵⁰ Nesse sentido: DE CUPIS, Adriano. *I diritti della personalità*. Milano: Giuffrè, 1950. p. 19.

Já ecoam vozes na doutrina italiana criticando a exigência de tipificação dos direitos da personalidade.⁵¹ A pluralidade de direitos da personalidade importa em uma clara ampliação de proteção do ser humano, visto que uma enumeração de direitos será sempre incompleta e insatisfatória diante das necessidades da vida. Não existem dúvidas de que somente a adoção de uma cláusula geral ensejará uma proteção completa e adequada às corriqueiras modificações da vida.⁵²

O Código Civil português de 1966, antes mesmo da previsão dos artigos 1º e 26 (em seu n. 1) da Constituição Federal, consagrou no artigo 70 uma cláusula geral de proteção da personalidade. Frise-se que a legislação portuguesa preconiza no próprio sistema do direito privado uma regra estipulando, além de direitos especiais da personalidade (artigos 72 até 80 do citado diploma legal), uma tutela geral.

A utilização de cláusulas gerais em sistemas jurisprudenciais demasiadamente positivo-formais lhes cerceia muito de sua eficácia prática, todavia, possibilita, em sistemas jurisprudenciais valorativos, conferir ao direito geral da personalidade uma fluidez a gerar uma maleabilidade e versatilidade a novas situações⁵³.

Alguns doutrinadores portugueses, liderados por Oliveira Ascensão, discordam da transposição para o direito português de um “direito geral da personalidade” por influência do direito alemão. Na construção doutrinária deste autor, existe uma tipicidade de direitos que não é fechada nem exaustiva, mas sim meramente enunciativa.

Em uma análise comparativa, a legislação brasileira, no sistema juscivilístico, não contemplou uma regra similar ao artigo 70, verdadeiro direito geral da personalidade. O ordenamento jurídico brasileiro perdeu grande oportunidade ao sistematizar os direitos da personalidade nos artigos 11 até 20 do CCB, sem preconizar a cláusula geral. O legislador estabeleceu no artigo 12 algumas características dos

⁵¹ Pietro Perlingieri critica o posicionamento defendido por grande parte da doutrina italiana da época. Argumenta que o artigo 2º da Constituição Federal, ao preconizar uma cláusula geral de tutela da pessoa humana, permite a existência de direitos atípicos. O autor desenvolveu a categoria do direito geral da personalidade na Itália inspirado no direito alemão. O Direito Civil italiano, diferente do que ocorre no artigo 70, não é suficiente para a completa tutela do homem, sendo indispensável a visualização da cláusula geral no texto constitucional. (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 154-155.)

⁵² GIANPICCOLO, Giorgio, *La Tutela giuridica della persona umana e Il c. d. diritto alla riservatezza* in Rit. D.P.C., ano XII, 1958, p. 465 e 466 e CATAUDELLA, Antonio, *La tutela civile della vita privata*, Milano, 1974, p. Em sentido contrário, sustentando a aplicação analógica dos direitos especiais. (DE CUPIS, Adriano, *Riconoscimento Sostanziale, ma non Verbale, del diritto alla riservatezza*, in *Il Foro Italiano*, 1963.

⁵³ Nesse sentido: SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. *O direito geral de personalidade* p. 93.

direitos da personalidade e nos demais dispositivos regramentos referentes a direitos especiais.⁵⁴

Em que pese a lamentável ausência de uma cláusula geral, cuida-se, na verdade, de grande inovação para um ordenamento no qual inexistia no Direito Privado qualquer normatização sobre o assunto⁵⁵.

Assim sendo, vigora no ordenamento juscivilístico português um sistema no qual coexiste um direito geral de personalidade com vários direitos especiais de personalidade.⁵⁶

O direito geral de personalidade é concebido como direito-fonte (*Quellrecht*) ou direito-quadro (*Rahmenrecht*) dos direitos especiais de personalidade: fundamenta, informa e serve de princípio geral aos mesmos.

O direito geral de personalidade abarca “a tutela da globalidade e unidade de cada concreto ser humano corpóreo, espiritual, anímico e ambientado”, enquanto os direitos especiais de personalidade protegem “determinados bens, manifestações ou áreas desse ser”, estando, por isso, sujeitos a “regimes jurídicos próprios ou específicos”. O artigo 70 tutela a personalidade física ou moral do indivíduo humano considerada globalmente, abrangendo-a em seu caráter unitário, multifacetado, dinâmico e individualizado⁵⁷.

⁵⁴ Já está pacificado na doutrina brasileira que não existe, no ordenamento jurídico civilístico, uma cláusula geral do direito da personalidade. Ela decorre da interpretação do artigo 1º, III, da Constituição Federal, o qual preconiza o princípio da dignidade da pessoa humana. Esse posicionamento é ratificado pelo enunciado 274 da IV Jornada de Direito Civil da Justiça Federal: “Art. 11: 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, inc. III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação.”

⁵⁵ O ordenamento jurídico brasileiro não possui no sistema de direito privado (no Código Civil) uma cláusula geral de tutela do direito da personalidade no mesmo formato do ordenamento português, que o preconiza no artigo 70. O legislador brasileiro optou em descrever, de maneira exemplificativa, alguns direitos especiais da personalidade, entretanto, a doutrina é uníssona no entendimento de que, apesar da omissão, é possível extrair da Constituição Federal de 1988, nomeadamente do artigo 1º, incisos II e III, que prevê o princípio da dignidade da pessoa humana, a tutela geral da personalidade. O sistema português é muito mais avançado, visto que a existência de uma tutela geral da personalidade prevista no próprio Código Civil impede algumas discussões sobre a forma da eficácia das normas constitucionais nas relações jurídicas de direito privado.

⁵⁶ SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. *Teoria geral do Direito Civil*. v. II. p. 85.

⁵⁷ Cf. SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. *O direito geral de personalidade*. pág. 152. O autor define o bem da personalidade humana juscivilisticamente tutelado como sendo “o real e o potencial físico e espiritual de cada homem em concreto, ou seja, o conjunto autônomo, unificado, dinâmico, e evolutivo

Segundo os ensinamentos de Capelo de Sousa, não é possível fazer, *a priori*, uma enumeração completa e indiscutível de todos os bens personalísticos existentes. Resta claro que não foi a intenção do legislador, ao redigir os termos desta norma legal, especificar hipóteses. Pelo contrário, afastando qualquer ideia de taxatividade dos bens aí previstos, objetivou o legislador, ao elaborar a cláusula geral, “(...) tutelar a personalidade física ou moral, *tout court*, do indivíduo e, portanto, todos os seus bens, forças ou potencialidades, presentes ou futuras, conhecidas ou desconhecidas, que integrem tal ideia”⁵⁸.

A existência de um direito geral de personalidade, na forma da previsão do artigo 70 possibilita, assim, a tutela de bens pessoais não tipificados, sobretudo aspectos da personalidade cuja lesão ou ameaça de violação apenas assumam significado ilícito com a evolução dos tempos.⁵⁹

Capelo de Sousa enuncia as características dos poderes jurídicos inerentes ao Direito Geral de Personalidade retirado da tutela legal do artigo 70. Pode-se utilizar a argumentação do referido doutrinador para definir, em geral, os direitos especiais de personalidade.⁶⁰

Eles materializam estes poderes jurídicos concretos, ou seja, exprimem os poderes naturais emergentes da própria estrutura e dinâmica da personalidade humana, nos limites do sentido e da unidade do sistema jurídico (são poderes inerentes ao indivíduo enquanto pessoa e que o Direito se lima a reconhecer, a oferecer uma tutela, intervindo *ex post*).

Sendo assim, os direitos especiais de personalidade caracterizam-se como direitos com eficácia *erga omnes*, ou seja, como direitos absolutos (*versus* direitos relativos ou dotados de mera eficácia *inter partes*). Em razão disso, o seu titular poderá opô-los a todos os restantes membros da comunidade jurídica, gerando deste lado passivo da relação jurídica uma obrigação passiva universal-dever geral de abstenção-obrigação geral de respeito, que consiste numa situação de abstenção, de dever de *non*

dos bens integrantes da sua materialidade física e do seu espírito reflexivo, sócio-ambientalmente integrados”. Cf. *Ibidem*, p. 117.

⁵⁸ Cf. SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. *O direito geral de personalidade*. pág. 152.

⁵⁹ PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do Direito Civil*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. p. 209.

⁶⁰ Vide SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 397.

facere (de não praticar atos que ponham em causa o exercício pleno do direito por parte do titular ativo), mas também de *facere* (por exemplo, o dever de auxílio ou de garante).

61

Quanto aos direitos especiais de personalidade que os arts. 72 a 80 do CC tipificam, encontram-se estes consagrados, quer porque acautelam ofensas a importantes bens da personalidade, que dados da experiência demonstram ocorrer com alguma frequência, quer para desfazer eventuais dúvidas acerca da sua inclusão na tutela geral operada pelo artigo 70, do CC.

2.4 Dignidade da pessoa humana como fundamento da tutela *post mortem*

Nos ordenamentos jurídicos brasileiro e português, os direitos da personalidade possuem um eixo central de fundamento constitucional preconizado no princípio da dignidade da pessoa humana, esculpido nos artigos 1º e 7º, III, dos respectivos textos constitucionais.

A amplitude do princípio da dignidade da pessoa humana repercute na relação dos indivíduos entre si e nas deles com o Estado. De fato, a dignidade não só protege o cidadão contra a força estatal, bem como ela é obrigada a protegê-lo. Não existe somente um dever geral de abstenção, mas também a necessidade de promoção de políticas públicas que obstem a violação deste bem, de valor axial e nuclear.

Resta saber se as normas de extensão preconizadas no n. 2 do artigo 71 e artigos 12 e 20, dos Códigos Civis português e brasileiro, respectivamente, os quais de fato prolongam os efeitos da personalidade para após a morte do indivíduo, encontram fundamento axiológico no respeito à dignidade do próprio falecido. Em uma análise inicial e simplória, poder-se-ia sustentar uma clara incompatibilidade, já que a personalidade jurídica, aptidão genérica para contrair direitos e obrigações, cessa com a morte. Diante deste fato, como sustentar a postergação de alguns direitos se a pessoa não mais existe?

⁶¹ Capelo de Souza compara esta posição jurídica do titular ativo do direito com uma situação de domínio e de aproveitamento exclusivo do bem. Estes direitos gozam igualmente da característica da intransmissibilidade, são insusceptíveis de alienação, cessão ou oneração (onerosa ou gratuita). Existe, todavia, a possibilidade de limitação voluntária, mas, desde que não exceda *os princípios de ordem pública*. São direitos imprescritíveis, perpétuos, ou seja, a sua “validade” permanece até à morte, gozando, aliás, de uma especial proteção depois dela. Por fim, são direitos de caráter personalíssimo, não obstante muitos deles possuírem aspectos patrimoniais. Aliás, o crédito é um bom exemplo neste domínio. Aqui encontramos o fundamento da intransmissibilidade, indisponibilidade relativa e imprescritibilidade dos bens da personalidade. Op. Cit, p. 397.

A ideia da projeção dos direitos da personalidade após a morte do sujeito causa certa perplexidade ao intérprete, em face de possível incompatibilidade da sua essência com o término da personalidade da pessoa. Menezes Cordeiro aduz que a morte, em princípio e por sua natureza, enseja a cessão da personalidade de forma absoluta. Todavia, o reconhecimento pelo Direito de uma tutela *post mortem* é de difícil dogmatização.⁶²

A morte tem como conseqüência lógica a impossibilidade da pessoa ser titular de algum direito, não participando mais de qualquer relação jurídica. O prolongamento dos direitos da personalidade para após a morte enseja, necessariamente, uma postergação do patrimônio moral de uma pessoa. Com o falecimento dela nasce uma verdadeira herança moral, a qual obriga todos os cidadãos a respeitar o bom nome e o crédito (bem como outros direitos da personalidade) do sujeito que já não está mais entre nós, da mesma forma caso ele estivesse ainda vivo.

O Código Civil português, de maneira indiscutível, estipulou no artigo 71 a proteção às ofensas perpetradas contra as pessoas falecidas (“1 – Os direitos da personalidade gozam igualmente de proteção depois da morte do respectivo titular”). A principal dúvida que se coloca é saber se a citada regra postergou a personalidade da pessoa após a sua morte, e, conseqüentemente, se o rol existente no n. 2 do artigo citado legitima aqueles indivíduos a tutelarem o direito próprio ou do falecido. A questão gera uma das maiores controvérsias na doutrina portuguesa e merece uma análise aprofundada dos posicionamentos dos doutrinadores.

O artigo 71 criou um novo regramento que protege os direitos de personalidade depois da morte, constituindo, nas palavras de Pires de Lima e de Antunes Varela, verdadeiro “desvio à regra do artigo 68”⁶³.

O término da personalidade não obsta a existência de bens da personalidade física e moral de um sujeito, que continuam influenciando no curso social, perdurando nas relações jurídicas, possuindo, por conseqüência, proteção autônoma⁶⁴. Capelo de Souza apresenta um rol de direitos da personalidade existentes *post mortem*, como: em

⁶² CORDEIRO, António Menezes *Tratado de Direito Civil*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2011. v. IV. p. 524.

⁶³ LIMA, Pires; VARELA, Antunes. *Código Civil anotado*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. v. I, p. 105.

⁶⁴ SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. *O direito geral de personalidade*. p. 188-189.

relação ao cadáver, das partes destacadas do seu corpo, da sua vontade objetivada, da sua identidade e imagem, da sua honra, do seu bom nome e da sua vida privada, das suas obras e demais objetivações, criadas pelo *de cuius* em vida⁶⁵.

O renomado doutrinador vislumbra, ainda, que a cláusula geral do direito da personalidade, preconizada no artigo 70, é aplicável, na medida do possível, à tutela da personalidade das pessoas falecidas. Os fundamentos apresentados por Capelo de Sousa estão corretos. A inexistência de restrição legal específica, a generalidade da previsão dos direitos da personalidade, inclusive no tocante às pessoas falecidas e, em especial, a expressão “igualmente”, existente no n. 1 do artigo 70, demonstram a correta conclusão.

A doutrina é uníssona no sentido da decadência dos direitos da personalidade fracionados e típicos⁶⁶, invocando a excelência da previsão de uma cláusula geral. A ideia da existência de uma cláusula geral dos direitos da personalidade *post mortem* é correta, com a ressalva da necessidade da sua adequação com o falecimento. Por óbvio que alguns direitos da personalidade são incompatíveis com uma pessoa já falecida. Diante disso, é necessário fazer uma análise de adequação da violação do direito com o fato de a pessoa não estar mais viva. É impossível imaginar a proteção da integridade física ou mesmo a vida de uma pessoa já morta. Esses direitos da personalidade não se adequam ao fato do sujeito já ter falecido.

A correta posição adotada por Capelo de Sousa, que não é unânime na doutrina, merece um complemento. Na esteira dos ensinamentos de Diogo Leite de Campos, a questão merece ser analisada de forma mais profunda. Atualmente existe um verdadeiro estatuto da pessoa falecida, no qual não só os direitos patrimoniais devem ser protegidos, mas também os direitos da personalidade.

⁶⁵SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. *O direito geral de personalidade*, p. 191-192.

⁶⁶ Nesse sentido: SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos da personalidade e sua tutela*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 21. Segundo o doutrinador, a adoção de uma teoria tipificadora e casuística dos direitos da personalidade é insuficiente para a proteção integral da pessoa humana, deixando de serem tutelados diversos ataques perpetrados contra a personalidade ao fundamento da inexistência de tipificação legal.

2.5 Intransmissibilidade

Uma das características dos direitos da personalidade que, segundo alguns autores, seria um óbice para a admissibilidade da sucessão pessoal e o consequente prolongamento dos direitos da personalidade é a intransmissibilidade.⁶⁷

O CCB, notadamente no artigo 11, além de tratar da natureza dos direitos da personalidade, elenca algumas características, como a intransmissibilidade, irrenunciabilidade, bem como a impossibilidade de limitação voluntária do seu exercício. Essas características são decorrências lógicas da indisponibilidade dos direitos da personalidade, ou seja, em razão da natureza indisponível não são admissíveis a renúncia, a limitação ou a transmissibilidade.⁶⁸

O Código Civil português (nos artigos 70 a 81) não possui uma regra expressa, no formato da legislação brasileira, a especificar características dos direitos da personalidade. Do ponto de vista da técnica legislativa, não cabe ao legislador e sim à doutrina ofertar conceito ou delimitar características dos institutos. Apesar disso, a intransmissibilidade é umas das características dos direitos da personalidade, também, segundo a doutrina portuguesa.⁶⁹

Os poderes jurídicos incidentes sobre os direitos da personalidade não podem ser transferidos para outro sujeito jurídico. Os bens jurídicos que constituem o objeto desses direitos são inerentes, inseparáveis e necessários à pessoa do seu titular. Existe uma inexorável vinculação desses direitos com o seu titular, visto que eles são inerentes às pessoas. Diante disto, esses poderes não podem ser transmitidos a qualquer título para outrem. Obviamente, não é possível a alienação da personalidade humana, da vida ou da honra.

A interpretação literal dessa regra do Código Civil brasileiro levaria à conclusão de que os direitos da personalidade não admitem qualquer tipo de restrição. Tal exegese

⁶⁷ Nesse sentido: TEPEDINO, Gustavo. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Editora Renova, 2004. v. I.

⁶⁸ CANTALI, Fernanda Borghetti. *Direitos da personalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 139.

⁶⁹ Paulo Mota Pinto aduz que, por serem direitos inerentes ao ser, direitos pessoais que estão estrita, direta e incindivelmente ligados à pessoa do seu titular, não são transmissíveis nem *inter vivos* nem *causa mortis*. (PINTO, Paulo Mota. Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e os direitos da personalidade no direito português. In: *Constituição concretizada: construindo pontos com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 63.)

inviabiliza a própria tutela desses direitos, principalmente quando o seu titular não está mais presente para a defesa, o que ocorre após o falecimento.

A análise da doutrina clássica acerca da intransmissibilidade dos direitos da personalidade sempre foi realizada sob o aspecto da sua transmissão por ato *inter vivos*. A *vexata quaestio* é verificar se o mesmo raciocínio perpetrado na análise da impossibilidade de transferência desses direitos em vida dever-se-ia aplicar na transmissibilidade *mortis causa* de tais poderes, nomeadamente em razão da incidência dos artigos 71 e 12, parágrafo único, dos Códigos Civis português e brasileiro, respectivamente.

A morte gera uma verdadeira mutação profunda no ciclo da personalidade do titular. Alguns direitos especiais da personalidade, por absoluta incompatibilidade, se extinguem. Note-se a impossibilidade de após o falecimento suscitar a tutela do direito à vida ou da integridade física. Neste diapasão, somente os direitos especiais, adequados a esse novo estado de vida – a morte –, poderão ser prolongados. A honra é o exemplo clássico de postergação da tutela de um bem jurídico da personalidade moral humana. A necessidade de compatibilização gera uma profunda remodelação na tutela geral da personalidade, existindo autores que chegam a sustentar a existência de um direito geral *post mortem*.⁷⁰

Em relação aos direitos da personalidade remanescente, não existem dúvidas quanto à ocorrência de verdadeira sucessão ou aquisição derivada translativa *mortis causa* de direitos pessoais. O sistema vigora através de um regime especial e diferenciado, funcionando em razão dos interesses presumíveis pessoais do defunto como se vivo fosse, demonstrado na opção de legitimação processual, assegurada no n. 2 do artigo 70 (Código Civil português) e parágrafo único do artigo 12 (Código Civil brasileiro). Nesse ponto, o legislador optou em reconhecer um interesse moral para atuar em nome do falecido, para pessoas que são ligadas a ele em razão de presuntivos laços.⁷¹

Alguns doutrinadores brasileiros⁷² defendem que, embora sejam os direitos da personalidade intransmissíveis na sua essência, os seus efeitos patrimoniais seriam

⁷⁰ SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. *O direito geral de personalidade*. p. 404.

⁷¹ *Ibidem*, p. 404-405.

⁷² Santiago Dantas defende que os direitos da personalidade não se transmitem de nenhum modo, e que isso não gera nenhum mistério e tem como consequência interpretativa o fato de a morte ensejar

transmissíveis. O raciocínio seria confirmado com a possibilidade da reparação por danos não patrimoniais no caso da violação à honra e à imagem do falecido, o que somente seria possível com a previsão legal da legitimidade de terceiros para tal tutela.⁷³

A interpretação não analisa de forma completa as regras da tutela *post mortem* da personalidade. De fato, verifica-se uma exegese equivocada ao limitar aos efeitos patrimoniais a postergação desses direitos, sem aferir a possibilidade da utilização de medidas inibitórias ou assecuratórias, a serem manejadas pelos legitimados, sem nenhuma característica patrimonial.

Não existem dúvidas de que a morte da personalidade em sentido subjetivo (aptidão para adquirir direitos e obrigações) se encerra com o falecimento. A existência da pessoa cessa. Já a personalidade em sentido objetivo (conjunto de atributos essenciais à pessoa humana) é projetada para após a morte.

O atentado à honra do falecido não repercutirá, obviamente, em relação à pessoa do falecido, mas produzirá efeitos no meio social. Imagine se um jornal publica uma notícia falsa, atribuindo a uma pessoa morta uma conduta reprovável ou até um crime. Deixar sem consequência a violação desse direito poderia, na visão de Schreiber⁷⁴, ensejar conflito entre admiradores e familiares e também contribuir para um ambiente de baixa efetividade dos direitos da personalidade. Neste ponto, deve-se ressaltar que se deve conferir atribuição máxima aos atributos essenciais à condição humana.

Neste contexto, não se pode tratar a “sucessão” dos direitos da personalidade como coisas ou bens que se transferem de uma pessoa para outra. A essência da defesa *post mortem* destes direitos é de que a tutela seja realizada no interesse do falecido, especialmente na defesa do seu patrimônio moral, em conformidade com os valores por ele exercidos em vida.

A previsão de um sistema da defesa dos direitos da personalidade após o falecimento do seu titular não se fundamenta exclusivamente em aspectos patrimoniais, como tendência parte da doutrina brasileira. A possibilidade de uma indenização sequer

naturalmente a extinção desses direitos em função do perecimento do seu objeto. (DANTAS, Santiago. *Programa de Direito Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 154.)

⁷³ Nesse sentido: FACHIN, Luiz Edson. *Direitos da personalidade no Código Civil brasileiro: elementos para uma análise de índole constitucional da transmissibilidade*. Texto obtido no sítio eletrônico da Academia Brasileira de Direito Civil: <<http://www.abdireitocivil.com.br/>> p. 17 e 18. Acesso em 20/12/2013; CANTALI, Fernanda Borghetti. *Direitos da personalidade*. p. 141.

⁷⁴ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Editora Atlas, 2011. p. 23

é o aspecto principal da tutela. Saliente-se que o próprio legislador, tanto o brasileiro como o português, preconizou outras formas de tutela, não sendo a monetária a principal delas.

A doutrina portuguesa diverge, inclusive, sobre a possibilidade de os legitimados do n. 2 do artigo 71 poderem intentar ações indenizatórias, o que demonstra claramente não ser a responsabilidade civil o principal fundamento da tutela da ofensa aos direitos da personalidade das pessoas falecidas.

2.6 Titularidade dos direitos da personalidade *post mortem*

A titularidade dos direitos da personalidade *post mortem* sempre foi objeto de grande discussão doutrinária, chegando a se vislumbrar sete grandes teorias as quais tentavam explicar a questão. Ecoam vozes no sentido de que essa multiplicidade de construções surgiu nos anos 70 e 80 do século XX, notadamente na doutrina alemã.⁷⁵

A doutrina clássica apresenta uma classificação de teorias, as quais tentam explicar o fundamento e a titularidade da tutela *post mortem* dos direitos da personalidade. Ressalte-se que a doutrina atual restringe muito o âmbito de divergência, realizando uma divisão de dois grandes grupos, aqueles que sustentam ser a titularidade do falecido e os outros que defendem ser a titularidade dos herdeiros.

Com o fito de apresentar a evolução doutrinária, mister se faz elencar algumas teorias iniciais, apesar de rechaçadas atualmente por grande parte da doutrina portuguesa, especialmente em razão da existência de uma regra expressa normatizando a tutela dos direitos da personalidade da pessoa falecida.

- a) Teoria do direito sem sujeito⁷⁶: Com o falecimento do sujeito, alguns direitos da personalidade não se extinguem nem também se transmitem *mortis causa*, ficariam mantidos, de forma transitória, sem titularidade.

⁷⁵ CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil*. p. 536.

⁷⁶ A relação jurídica é consubstanciada com um lado ativo (traduzida em um poder) e um passivo (traduzida em uma vinculação). Esse dever jurídico ou sujeição tem que estar conexas a outro sujeito. Sucede que existem algumas situações nas quais somente poderia haver um correto enquadramento dogmático com a admissibilidade de uma teoria de direitos sem sujeitos. A doutrina oferece alguns exemplos com o objetivo de tentar explicar essa transitoriedade: a doação (art. 923) ou a atribuição de bens por testamento (sucessão testamentária – art. 2.033) para o nascituro ou concepturo (esse verdadeira prole eventual). Nesses dois casos, existe um lapso temporal, notadamente entre o momento da liberalidade ou da morte e o nascimento, no qual aparentemente existe um direito sem titular. Existem outras hipóteses em que o mesmo problema acontece, como a situação dos direitos que integram a

A teoria dos direitos sem sujeito foi construída para as hipóteses de transitoriedade na titularidade de certos direitos e no interesse de possíveis futuros titulares deles.⁷⁷

A situação de transitoriedade não existe no caso da tutela *post mortem*. Nessa situação, existe certeza quanto ao falecimento do titular do direito, bem como não existem dúvidas (como ocorre na situação do nascituro) a inoccorrência de eventual interesse futuro, em razão da irreversibilidade da morte. Além disso, no caso específico do sistema português (artigo 71, n. 2) e do brasileiro (artigo 12, parágrafo único, do CCB), existem regras expressas admitindo a postergação da personalidade.

- b) Teoria da capacidade parcial: Após o falecimento da pessoa, através de uma ficção jurídica, defende-se a manutenção de certa capacidade para a tutela do falecido.
- c) Teoria da subjetividade complementadora ou sublimada: A dignidade da pessoa projetar-se-ia para depois de sua morte, a possibilitar a sua tutela.
- d) Teoria do dever geral de conduta.

2.7 Posicionamentos que defendem a inexistência da titularidade dos direitos da personalidade pelo falecido

Existem vozes que sustentam não existir qualquer prolongamento da personalidade para após a morte, mas sim meros efeitos tardios de sua personalidade⁷⁸.

herança antes de sua aceitação (art. 2.050) e o período de herança jacente (art. 2.050). Nesse contexto, alguns autores admitem expressamente a incidência da teoria, enquanto outras vezes se posicionam em sentido contrário.

Manuel de Andrade aduz que a construção de uma teoria dos direitos sem sujeito seria um absurdo lógico, visto que o poder, no qual o direito subjetivo se traduz, tem que pertencer a alguém. Aduz, ainda, que nos exemplos conferidos estar-se-ia diante de um estado de vinculação de certos bens, em razão do surgimento futuro de uma pessoa. O objeto do direito, segundo seu raciocínio, não estaria vinculado em nenhuma relação jurídica. Apesar disso, o objeto não estaria livre, permitindo-se uma tutela adequada para o provável direito futuro. Na sua linha de raciocínio existem duas possibilidades nas situações nas quais há uma aparência de direitos sem sujeitos. Caso se descubra um titular, a dificuldade desaparece, entretanto, caso isso não ocorra, não estaremos diante de verdadeiros direitos. (ANDRADE, Manuel A. Domingues. *Teoria geral da relação jurídica*. Coimbra: Almedina, 2003. v. I. p. 35.)

Em sentido oposto, Mota Pinto afirma que existem direitos sem sujeito, ressaltando-se a sua transitoriedade. Os conceitos de poder e dever jurídico estão ligados à ideia de um sujeito. Em toda relação jurídica há um sujeito de poder e outro de obrigação. Nesse contexto, é preferível a tese de uma relação jurídica imperfeita ou com obnubilação do sujeito. (PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do Direito Civil*. p. 198.)

⁷⁷ Cf. SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. *O direito geral de personalidade*. p. 364. Afirma o autor que a doutrina alemã apresenta críticas à aplicação da teoria dos direitos sem sujeito na tutela dos direitos da personalidade do falecido em razão da sua incompatibilidade com a natureza de transitoriedade, fundamento principal do desenvolvimento doutrinário.

Para elas, os legitimados ativos para a defesa dos interesses do falecido, na forma do artigo 71, n. 2, atuam em defesa de um direito próprio, embora no interesse de outrem – no caso, o falecido.⁷⁹

Argumentam outros, ainda, ao analisar o artigo 71, n. 1, que a formação deste foi de grande infelicidade, ao argumento de que a tutela recai sobre direitos ou interesses dos sujeitos indicados no n. 2 do mesmo dispositivo. Afirmam, ainda, que a personalidade do falecido cessou com a morte, não podendo a lei conferir direitos ao *de cuius*⁸⁰. Por fim, existem vozes na doutrina que fundamentam a titularidade dos herdeiros, pelo fato de os legitimados agirem, independente da qualidade de sucessores⁸¹.

Pedro Pais de Vasconcelos⁸² sustenta que o artigo 71 tutela objetivamente o respeito pelos mortos, inspirado em um valor ético, e subjetivamente a defesa da inviolabilidade dos legitimados do n. 2 do artigo 71. O doutrinador defende que a tutela não é de direitos da personalidade do *de cuius*, que na sua concepção cessam com a morte, mas sim dos seus familiares e herdeiros. A explicação dada se fundamenta, basicamente, na divisão efetuada entre o direito subjetivo da personalidade e o direito objetivo da personalidade^{83 84 85 86 87}.

⁷⁸ Nesse sentido: HOSTER, Heinrich Ewald. *A parte geral do Código Civil português – teoria geral do Direito Civil*. p. 261-262.

⁷⁹ O doutrinador discorda da solução jurídico-política dada pelo legislador português. O fato de as ofensas praticadas contra o morto possuírem sanções mais leves pode ensejar a elaboração de um “negócio” à custa da personalidade do falecido. Heinrich Höster sustenta, ainda, que seria preferível a previsão de uma indenização em benefício de uma instituição de solidariedade social.⁷⁹ (HOSTER, Heinrich Ewald. *A parte geral do Código Civil português – teoria geral do Direito Civil*. p. 262).

⁸⁰ Nesse sentido: PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do Direito Civil*. p. 211. Em conformidade com a linha de raciocínio adotada, o doutrinador não admite, por entender incompatível, o pedido de indenização: “O art. 71, n. 1, confere, como já vimos (nº 428), direitos próprios às pessoas legitimadas para defender a integridade moral do falecido, a serem exercidos precisamente no interesse deste. Que as pessoas legitimadas agem no interesse do falecido, resulta também do facto de elas apenas poderem exigir que tomem ‘as providências adequadas’, não podendo exigir que se lhe paguem indemnizações.”

⁸¹ *Ibidem*, loc. cit.

⁸² VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Direitos de personalidade*. p. 121.

⁸³ *Ibidem* p. 121.

⁸⁴ Castro Mendes sustenta que os direitos tutelados são dos próprios legitimados do artigo 71. Apesar de se fundir na defesa da dignidade do falecido, as posições jurídicas ativas não são do *de cuius*. E a responsabilidade civil, se houver, refere-se a danos próprios sofridos pelos legitimados. MENDES, João Castro. *Teoria geral do Direito Civil I*. Lisboa: AAFDL, 1978. p. 100-101.

⁸⁵ Paulo Mota Pinto aduz que os familiares defendem interesse próprio na tutela da vida do falecido. (PINTO, Paulo Mota. *O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada. Boletim da Faculdade de Direito*. Coimbra, 1993. v. LXIX.)

Oliveira Ascensão, com um posicionamento intermediário, sustenta que a proteção conferida pela lei é da memória do falecido. Nesse ponto, segundo o doutrinador, não há que se falar em direito da personalidade, pois os parentes possuiriam somente uma legitimação processual. Além disso, ele recusa a possibilidade indenizatória, ao afirmar que o artigo 80, ao contrário dos artigos 73, 75 e 79, não faz menção ao artigo 71⁸⁸.

A doutrina brasileira, ao interpretar o parágrafo único do artigo 12 do CCB, não reconhece, de forma equivocada, a titularidade do falecido. A própria V Jornada de Direito Civil da Justiça Federal, em seu enunciado 400, preconiza esse entendimento: “Artigo 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 lesão perpetrada *post mortem*.”

Os parágrafos únicos dos artigos 12 e 20 do CCB, ao preconizarem a legitimação de terceiros para a defesa dos direitos da personalidade dos falecidos, delimitou claramente uma lacuna anteriormente existente, apesar de a maioria da doutrina suscitar que os direitos ali defendidos pertencem aos herdeiros.⁸⁹

No próximo capítulo, demonstrar-se-á a necessidade de uma mudança de posicionamento em face dos fundamentos que serão expostos.

2.8 Novos rumos da divergência – titularidade do falecido

A análise da titularidade dos direitos da personalidade *post mortem* vem tomando novos rumos. A doutrina clássica, que sempre sustentou tratar-se de direito

⁸⁶ Carvalho Fernandes, por sua vez, defende que o preceito protege direito próprio das pessoas elencadas no artigo 71 e não admite a indenização em face da interpretação literal do n. 2 do artigo 71 somente permitindo a adoção das providências cautelares cabíveis. (FERNANDES, Luis A. Carvalho. *Teoria geral do Direito Civil*. 3. ed. Lisboa: Universidade Católica, 2001. v. I. p. 205.)

⁸⁷ Menezes Cordeiro, seguindo o posicionamento majoritário, assevera que o direito pertence aos terceiros legitimados. (CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil*. p. 525-542.)

⁸⁸ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil: teoria geral*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. v. 1. p. 100-103.

⁸⁹ Nesse sentido, a maioria da doutrina sustenta que a legitimidade estipulada no CCB prevê que os parentes tutelam direito próprio. A demanda seria proposta em razão do dano indireto ou por ricochete. (TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Lei de Introdução e parte geral*. 5. ed. São Paulo: Método, 2012. v. I. p.186.) Nery Junior aduz que a dicção dos parágrafos únicos dos artigos 12 e 20 podem parecer que o direito tutelado é do falecido, entretanto, isso somente ocorreria, segundo o autor, caso a ação já tivesse sido intentada. Beltrão afirma, em conformidade com a doutrina clássica, a total incompatibilidade da sustentação da existência dos direitos da personalidade após o falecimento, em razão da extinção destes após a morte. (BELTRÃO, Silvio Romero. *Direito da personalidade de acordo com o Novo Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2005. p. 88-89).

próprio dos herdeiros, tem perdido espaço na própria doutrina portuguesa e na estrangeira. Nas próximas linhas, demonstrar-se-ão os principais fundamentos desses novos entendimentos.

Na Itália, sempre se rechaçou a possibilidade da postergação dos direitos da personalidade. Sempre se sustentou que é a família e não morto que sofre como um todo com a violação dos direitos da personalidade do falecido, inclusive com a ofensa à honra, visto que o sistema não admite violações hipotéticas e conjeturas. Logo, quem sente o possível constrangimento são os próprios herdeiros.⁹⁰

A doutrina estrangeira, notadamente a francesa e a italiana,⁹¹ elenca uma profunda modificação no estudo dos direitos da personalidade. Essas alterações decorrem de uma evolução do contexto sócio econômico, bem como do aumento efetivo de práticas comerciais. Chegam alguns autores a identificar uma “crise de identidade” dos direitos da personalidade⁹². Essa suposta desconexão é encontrada, segundo esses autores, em três questões: a) Os remédios concedidos para a tutela dos direitos da personalidade podem ser usados para a defesa de interesses puramente patrimoniais? b) Seria possível a celebração de contratos regulamentando ou até cedendo direitos da personalidade? c) E, por fim, o objeto de nossa investigação: Seria possível reconhecer no ordenamento jurídico a possibilidade de transferência *mortis causa* dos direitos da personalidade?⁹³

Resta propõe uma leitura diferente. Salaria que a doutrina clássica italiana sempre rechaçou a possibilidade da transmissão dos remédios que tutelam o direito da personalidade para após a morte. O novo enfoque deve ser conferido com ênfase na chamada “sucessão anormal”. Em razão desta reconstrução, os direitos da personalidade não se extinguem com a morte do sujeito, são adquiridos por herança. Essa transferência não ocorre para os herdeiros, mas sim para os parentes mais próximos, em conformidade com o estabelecido pelo legislador em cada caso concreto.⁹⁴

⁹⁰ DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. Lisboa: Morais, 1961. p. 47.

⁹¹ HASSLER, Théo. *La crise d'identité des droits de la personnalité*. *Les Petites Affiches*, n° 244. 7 de dezembro de 2004. Paris. p. 3.

⁹² RESTA, Giorgio. *Il dirittodell' informazione e dell'informática – diritti dell'a personalità: problemi e prospettive*. Milano: Giuffrè, ano XXIII, fascículo 6. p. 1.043-1.071, 2007.

⁹³ *Ibidem* p. 1069, 2007.

⁹⁴ ZACCARIA, Alessio. *Diritti extrapatrimoniali e successione*. Dall'unita' al pluralismo nelle trasmissioni per causa di morte. p. 72 e seguintes.

A questão colocada tem um relevo prático e teórico. Os atributos da personalidade adquiridos em vida possuem um valor “de troca” considerável. Basta imaginar na imagem de uma pessoa conhecida ou até uma informação relativa à sua vida privada. Não se pode entender que não existe diferença entre o fato de sustentar-se que o direito se extingue com o morte ou é transferido a título de sucessão. Nessa última hipótese, as faculdades decorrentes da ofensa a um direito da personalidade são transferidas aos seus sucessores. Uma evolução jurisprudencial, como é exigida na Itália, além de conferir instrumentos de tutela para evitar a ofensa dos direitos da personalidade, também desencoraja eventuais violações.⁹⁵

Atualmente existem grandes críticos desse posicionamento clássico e da própria jurisprudência italiana, sustentando a necessidade de uma nova leitura da herança em conformidade com os direitos da personalidade, admitindo, inclusive, a sucessão de direito pessoal. Nesse contexto, a herança passa a ter uma feição anômala, pugnando por uma verdadeira reconstrução do instituto⁹⁶.

O Código Civil francês, de 1804, nada dispõe acerca da tutela *post mortem* dos direitos da personalidade. As reformas de 1970 (Lei nº 70.643 – sobre o direito à intimidade e à vida privada) e de 1994 (Lei nº 94.653 – que trata da dignidade da pessoa humana e da inviolabilidade sobre o corpo) nada dispuseram acerca do prolongamento dos direitos da personalidade após o falecimento. Apesar disso, a jurisprudência francesa, muito criticada por alguns autores, em um caso emblemático – ao tratar dos despojos mortais do Presidente François Mitterrand –, reconheceu tal direito⁹⁷.

O sistema legal alemão sempre rejeitou indenizações monetárias por violação a danos imateriais de pessoas já falecidas. A Suprema Corte Alemã, em 1999, prolatou uma decisão inovadora no campo da tutela da personalidade *post mortem*. No famoso caso de Marlene Dietrich, que versou sobre o uso indevido do nome e da imagem da falecida, o tribunal alemão permitiu a indenização por dano patrimonial. Antes disso, somente admitia-se a tutela inibitória, com o fito de evitar ou minimizar os danos – impedimento da circulação de livros ofensivos ou a sua retirada de comercialização. Apesar de tal rejeição, é possível visualizar na jurisprudência alemã, mesmo sem a

⁹⁵ Nesse sentido: RESTA, Giorgio. *Il diritto dell' informazione e dell'informática – diritti dell'apersonalità: problemi e prospettive*. p. 1.060.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 1.043-1.071.

⁹⁷ MIGLIORE, Alfredo Domingues Barbosa. *Direito além da vida*. São Paulo: LTR, 2009. p. 191-192.

concessão do pleito indenizatório, a tutela da personalidade do falecido. No caso *Mephisto*, decidido pela Corte Constitucional Alemã (*Bundesverfassungsgericht*) em 1968, inova-se e invoca-se expressamente a existência de uma personalidade *post mortem*⁹⁸.

É possível identificar que a doutrina alemã faz uma clara distinção entre o titular do direito violado e a pessoa ou entidade com o direito de processar. Os direitos em jogo são, portanto, do falecido e não dos familiares; ademais, somente seria admissível o pleito pecuniário de indenizações a título material – que a doutrina chama de comerciais –, sendo inadmissível a imaterial em razão do ofendido já ter falecido. Apesar disso, seria possível a utilização de todos os outros remédios para o impedimento da violação dos direitos da personalidade do morto. Afirmam também que essa área – direitos da personalidade *post mortem* – ainda está em desenvolvimento, sendo o princípio da dignidade da pessoa humana o fundamento propulsor da tutela *post mortem*⁹⁹.

O Direito Americano – cujo fundamento basilar é diferente, por preponderar o sistema da *common law* – sempre defendeu que as ofensas a bens imateriais da pessoa humana somente ocorreria entre vivos. A jurisprudência americana, inclusive, sempre usou a expressão *the dead don't hear*, ou seja, o morto não ouve, logo, não pode ser lesado em de qualquer ofensa. Além disso, a interpretação extensiva da liberdade de expressão e o grande valor dado pelos tribunais a esse princípio também vêm dificultando a tutela dos direitos da personalidade *post mortem*; no entanto, os tribunais americanos começaram a permitir que herdeiros postulassem indenizações caso comprovassem a ocorrência de danos aos próprios, não aos falecidos. Não existem dúvidas de que o Direito Americano ainda continua distante na forma de tutela dos direitos da personalidade das pessoas já falecidas, apesar de vislumbrar na concessão de danos patrimoniais indiretos aos herdeiros do falecido uma pequena evolução¹⁰⁰.

De fato, de acordo com os sistemas português e brasileiro, os legitimados tutelam o interesse e o direito do próprio falecido. O raciocínio deve ser realizado com os seguintes fundamentos: a) o artigo 71 assim dispõe expressamente, criando uma

⁹⁸ HÖSLER, Hannes. Dignitarian posthumous personality rights – an analysis of U.S. and German Constitutional and Tort Law. *Berkeley Journal of International Law*. v. 26, p. 152-205, 2008.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 155.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 182.

exceção à regra; b) os legitimados somente possuem a capacidade de exercício dos direitos, estando a personalidade – e a capacidade jurídica acoplada – prolongada para o falecido¹⁰¹; c) os direitos do falecido estão inseridos em uma nova fase de sua vida; d) a transmissão dos direitos da personalidade não pode ser tratada como sucessão de direitos patrimoniais¹⁰².

Nesse diapasão, Albuquerque Matos, ao analisar a tutela do bom nome e do crédito das pessoas falecidas, conclui que se trata de direito próprio do falecido, transferido a título sucessório aos herdeiros legitimados no artigo 71. O Código Civil português, nesse particular, não deixa qualquer tipo de dúvida para o intérprete, determinando expressamente a aplicação das regras dos direitos da personalidade após a morte da pessoa natural.¹⁰³

A correta posição adotada demonstra mudança de enfoque no direito sucessório, possibilitando a existência de uma verdadeira herança moral, além da clássica disposição patrimonial de caráter sucessório já existente.

Por fim, não existem dúvidas de que os legitimados podem utilizar as ações civis de responsabilidade civil, pautando-se em dois fundamentos: a) o fato de o n. 2 do artigo 71 mencionar apenas as providências referidas no n. 1 do artigo 71 não impede o pleito indenizatório; b) o n. 1 do artigo 71 tem a função de qualificar a ofensa como ilícita e, conjugado com o regime dos artigos 483 e 484, oferece fundamento suficiente à vigência do regime geral da responsabilidade civil¹⁰⁴. A realização de uma interpretação sistemática oferece a melhor exegese e impede uma situação incoerente, que seria a existência de danos sem reparação.

¹⁰¹ Sobre o tema faz-se mister colacionar os conceitos de personalidade jurídica e capacidade de exercício. A personalidade jurídica, aptidão para ser titular autônomo de relações jurídicas, é inerente à capacidade jurídica, que, por sua vez, é a aptidão para ser titular de um círculo menor ou maior de relações jurídicas. A personalidade jurídica existe ou não, ao passo que a capacidade jurídica pode ser medida e, portanto, pode ser maior ou menor. Já a capacidade de exercício é a idoneidade para atuar juridicamente, exercendo direitos e cumprindo deveres, adquirindo direitos ou assumindo obrigações, por ato próprio e exclusivo ou por intermédio de um representante. (PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do Direito Civil*. p. 220-221.)

¹⁰² CAMPOS, Diogo Leite de. *Pessoa humana e direito – o estatuto jurídico da pessoa depois da morte*. p. 58-61.

¹⁰³ MATOS, Filipe Miguel Cruz Albuquerque. *Responsabilidade civil por ofensa ao crédito ou ao bom nome*. p. 120.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 121-122.

Quanto à questão de saber se a tutela da personalidade do defunto se cinge ao recurso das providências adequadas às circunstâncias do caso para evitar a consumação da ofensa ou para atenuar os efeitos da ofensa já cometida, ou se é possível acionar a responsabilidade civil para indenização por perdas e danos, há quem refira que não faz sentido pretensões em dinheiro visto que ao defunto já não pode mais ser proporcionada compensação através do dinheiro¹⁰⁵.

Ora, o Anteprojeto de Manuel de Andrade incluía no seu artigo 6º, §4º, aquelas duas hipóteses¹⁰⁶. Este artigo teve por fonte o artigo 57 do Código Civil grego e neste prevê-se expressamente a possibilidade de indenização por perdas e danos relativamente a ofensas de pessoas já falecidas. Todavia, no texto definitivo do artigo 71, n. 2, apenas se empregou a expressão “providências previstas no n. 2 do artigo anterior”.

A doutrina, na sua maioria, tem entendido que a expressão deve ser interpretada num sentido amplo, abrangendo a responsabilidade civil. A indenização por perdas e danos é um modo igualmente possível e eficaz da tutela da personalidade do defunto. A memória do defunto é tutelada deste modo, quer preventiva quer repressivamente. Aliás, por vezes, a única sanção possível pode mesmo ser a indenização em dinheiro.

A jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça Português tem acórdão paradigmático sobre o tema, no qual admite expressamente a existência da violação ao bom nome do falecido.¹⁰⁷ Posteriormente, a mesma Corte, em dois acórdãos mais

¹⁰⁵ Vide HEINRICH HUBMANN *Apud* SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. *O direito geral de personalidade*. p. 195. Também Oliveira Ascensão é deste entendimento (ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito civil: sucessões*. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. p. 11.

¹⁰⁶ ANDRADE, Manuel A. Domingues. Esboço de um anteprojecto do código das pessoas e da família. In: *BMJ*, 102, janeiro de 1961. p. 156.

¹⁰⁷ O Supremo Tribunal de Justiça, em acórdão de 03 de fevereiro de 1999, adotou de forma paradigmática a orientação no sentido de admitir a aplicação do artigo 484 às hipóteses de difusão de fatos ofensivos ao bom nome e crédito da pessoa já falecida. O caso analisado, em via recursal, referia-se a um conflito existente entre dois renomados professores de medicina. A divergência recaía sobre um “fato histórico”, que é a “queda de Salazar”. Após a morte do Professor Eduardo Coelho, foi publicado um artigo no periódico “O Jornal”, no ano de 1988. Nele, o professor falecido relatava sua discordância em relação ao diagnóstico lançado pelo Professor Antonio Vasconcelos Marques sobre o caso avançado.

O professor Vasconcelos Marques, discordando das razões expostas nos relatos do falecido, escreveu outro artigo, publicado no mesmo semanário, no qual respondeu as informações imputadas ao Professor Eduardo Coelho. Nessas manifestações (verdadeira resposta), são relatados fatos que são ofensivos ao bom nome do falecido. Saliente-se que é inequívoca a grande dificuldade de se comprovar a veracidade de tais fatos. O cônjuge sobrevivente e os herdeiros do professor falecido, inconformados com as imputações realizadas, com fundamento no n. 2 do artigo 71 e na violação do bom nome do defunto, vêm requerer uma indenização. A primeira instância e o Tribunal de Relação competente indeferiram o pleito indenizatório ao argumento de que estavam em causa versões diferentes sobre complexa questão médica e não vislumbraram, no caso concreto, a existência do chamado *animus difamandi*. O Supremo Tribunal de Justiça entendeu que o problema não se encontra nas diferentes versões apresentadas em

recentes, sobre a tutela da personalidade *post mortem*, traçou caminhos diametralmente opostos. No acórdão do Recurso de Revista n.º 3.555, da 7.ª Seção, em 18 de outubro de 2007, o tribunal reconheceu que a titularidade dos direitos tutelados pertencia aos herdeiros e familiares, mas não permitiu o pleito indenizatório, realizando uma interpretação literal do n. 2 do artigo 71, cuja alusão diz respeito somente às providências no n. 2 do artigo 70, que exclui a responsabilidade civil¹⁰⁸.

Em contrapartida, a mesma 7.ª Seção, em maio de 2006, no Recurso de Revista n.º 715, reconheceu no acórdão a violação dos direitos da personalidade *post mortem*, com titularidade do falecido, visto que menciona expressamente o seu prolongamento após o falecimento, bem como possibilita o pleito indenizatório¹⁰⁹.

Por fim, deve-se enfatizar que as leis brasileira (art.12 do CCB) e portuguesa (art.71) não elencarem no rol de legitimados os companheiros decorrentes de união de fato (ou estável). Resta saber se esta omissão está em consonância com a melhor exegese acerca dos direitos desta nova forma de entidade familiar.

De fato, o esquecimento deve ser suprido com uma interpretação extensiva. A doutrina brasileira pacificada já sustenta que tal diferenciação entre o casamento e a união estável, nesta situação específica, é inadmissível. O enunciado 275 da IV Jornada de Direito Civil assim deliberou: “Arts. 12 e 20: o rol de legitimados de que tratam os

relação aos fatos, mas na delimitação se as declarações, falsas ou verdadeiras, ofendem o bom nome do falecido. (Cf., acórdão do STJ de 03 de fevereiro de 1999, in BMJ n.º 484, 1999, p. 339 e seguintes.)

De fato, o ponto principal da questão não se refere à divergência de relatos acerca da questão médica colocada, a qual teria ensejado a queda de Salazar. As opiniões diferentes, nomeadamente em questões técnicas, são comuns e devem ser respeitadas. O que não se admite é a difusão de fatos ofensivos à reputação do médico falecido. Analisando a decisão, Albuquerque Matos identifica que o aspecto mais significativo da decisão é a afirmação pelo Superior Tribunal de Justiça da admissibilidade do ilícito ao bom nome das pessoas já falecidas, verdadeiro paradigma na jurisprudência portuguesa. MATOS, Filipe Miguel Cruz Albuquerque. *Responsabilidade civil por ofensa ao crédito ou ao bom nome*. p. 385.

¹⁰⁸ Nesta decisão, do Supremo Tribunal de Justiça, no ano de 2007, o acórdão relata a possibilidade de algumas vertentes da personalidade se projetar após falecimento, entretanto, sustentou-se que as pessoas legitimadas no n.º 2 do artigo 71 não podem intentar ações indenizatórias, somente poder-se-ia utilizar as medidas não pecuniárias preconizadas no artigo 70. (18-10-2007 – Revista n.º 3555/07 – 7.ª Secção – Salvador da Costa (Relator)* – Ferreira de Sousa – Armindo Luís.”)

¹⁰⁹ A questão é tão tormentosa, que o próprio Supremo Tribunal de Justiça português, um ano antes, proferiu acórdão com posicionamento diametralmente oposto, admitindo a indenização por ofensa à honra de uma pessoa falecida. Neste acórdão houve a confirmação da existência dos direitos da personalidade *post mortem*, bem como afirmação da possibilidade dos herdeiros se utilizarem de ações de responsabilidade civil. Neste aspecto, o acórdão aduz claramente que o sistema de proteção aos direitos da personalidade são aplicáveis no caso de ofensas às pessoas já falecidas. (25-05-2006 – Revista n.º 715/06 – 7.ª Secção – Mota Miranda (Relator) – Oliveira Barros Salvador da Costa).

arts. 12, parágrafo único, e 20, parágrafo único, do CC também compreendem o companheiro.”

No sistema português, a união de fato encontra-se normatizada na Lei nº 7 de 2001. Não existem motivos para impedir a ampliação do rol para também englobar o companheiro sobrevivente. A ideia da sucessão pessoal, transferência da herança moral do falecido, se dá no interesse do morto. O objetivo primordial da admissibilidade da postergação dos direitos da personalidade é de que eles sejam protegidos pelas pessoas com maior vinculação ao falecido. Neste contexto, não existem dúvidas de que o companheiro sobrevivente, além de possuir um vínculo afetivo com o *de cuius*, também tem o interesse claro em tutelar o patrimônio moral dele.

Ressalte-se que violaria claramente o princípio da isonomia a inadmissibilidade de extensão deste direito e consequente legitimação ao companheiro sobrevivente. Neste aspecto, estar-se-ia criando uma diferenciação entre as formas de entidade familiar em prejuízo do próprio falecido, que com a eventual inadmissibilidade de ampliação do rol teria os seus direitos menos protegidos.

2.9 Dano morte

Não existem dúvidas sobre a existência, nos ordenamentos jurídicos brasileiro e português, de um verdadeiro direito à vida, considerando, principalmente as disposições das Constituições Federais e da legislação infraconstitucional.¹¹⁰

Nesse contexto, não é possível negar que a lesão do direito à vida enseja um verdadeiro dano – chamado de dano morte –, que em uma análise comparativa deve ser considerado no plano dos interesses superior a qualquer outro. A eventual falta de conscientização do dano pela lesado, que no momento de sua verificação e em razão deste perde o seu conhecimento, não pode ser considerada obstáculo para sua existência. Os danos aparecem, em todos os casos, objetivados, independente da consciência que o titular dos bens tenha da agressão.

¹¹⁰ O direito à vida é reconhecido expressamente no artigo 8º, n. 1, da Constituição da República Portuguesa, bem como protegido nos artigos 349 e seguintes do Código Penal. Além disso, no sistema privado, encontra-se tutelado nos artigos 70 e 337. No primeiro, o reconhecimento está implícito na tutela geral da personalidade, enquanto no outro dispositivo, o ordenamento jurídico preconiza a legítima defesa como forma de proteção do direito à vida.

O n. 2 do artigo 496 preconiza a indenização pelo fato da morte da vítima¹¹¹. Este dispositivo gera diversos embates doutrinários e jurisprudenciais, sendo considerada uma verdadeira *vexata quaestio*. Alguns problemas surgiram em razão dessa previsão e o principal deles, que tem correlação com a investigação realizada, é avaliar a existência de similitude com a questão do artigo 71 do mesmo diploma legal. Discute-se no dano morte, também, se a indenização estipulada para os beneficiários determinados se dará *iure proprio* ou o direito nasce no patrimônio do lesado e se transmite, via sucessória, aos seus herdeiros. A problemática é saber se o mesmo raciocínio aqui defendido – o caso do prolongamento dos direitos da personalidade para após a morte – para fundamentar a titularidade do falecido, transferido a título de sucessão pessoal para os herdeiros, tem aplicabilidade na indenização pela morte da vítima, prevista no n. 2 do artigo 496.

Inicialmente deve ser enfatizada a natureza do dano morte. Ele é verdadeiro dano não patrimonial, independente da corrente doutrinária adotada. O dispositivo não exclui a possibilidade de eventual dano patrimonial causado aos herdeiros pelo evento morte, entretanto, não decorre da aplicação do artigo 496.

A solução para essa situação (titularidade) não é a mesma dos direitos da personalidade *post mortem*. Aqui o direito tutelado pertence aos beneficiários, apesar de grande embate na doutrina e na própria jurisprudência. Numa análise comparativa entre o rol dos dois dispositivos, verifica-se que a enumeração do n. 2 do artigo 496 (dano morte) é mais restrita, pois inclui somente parentes do *de cuius*, enquanto dentre os legitimados previstos no artigo 71 (direitos da personalidade *post mortem*) estão presentes todos os herdeiros do falecido, mesmo os testamentários sem qualquer vínculo de parentesco.

De início, deve-se salientar que o legislador tratou as questões de forma diferente. Do ponto de vista sistemático, as situações foram tratadas de maneira diversa, pois a questão referente aos direitos da personalidade *post mortem* não se confunde com a previsão ressarcitória da responsabilidade civil do dano morte. No artigo 71 o legislador, de forma expressa, estendeu a titularidade dos direitos da personalidade para após a morte. A impossibilidade de garantir a mesma proteção para o dano morte

¹¹¹ O dano morte é o dano extrapatrimonial, indenizável, decorrente da perda da vida de um indivíduo por ato ilícito de outro.

decorre de uma interpretação literal dos dispositivos, os quais não permitiram qualquer tipo de exegese extensiva do artigo 71, sob pena de incorrer em uma ficção jurídica inconcebível.¹¹²

Em síntese, o ponto nodal da questão, que gera dúvidas na doutrina, é saber se o direito à reparação desse dano não patrimonial (o qual nasceu em razão da morte da vítima) surge no patrimônio da própria vítima e se transmite aos seus herdeiros por via sucessória, ou decorre de direito próprio das pessoas elencadas no n. 2 do artigo 496.

Leite de Campos adota um posicionamento similar ao sustentado pelo próprio autor na análise da titularidade dos direitos da personalidade *post mortem* (n. 2 do artigo 71). Para o renomado autor, nas duas situações, estar-se-á diante de direitos transmitidos a título de sucessão pessoal para os herdeiros pelo falecido.¹¹³

Nesse ponto, em que pese o brilhantismo do Professor, a sua tese não merece ser acolhida. As situações elencadas no n. 2 do artigo 496 e no artigo 71 são diversas. No n. 2 do artigo 71 o legislador prolongou expressamente a personalidade, ao passo que no artigo 496 não existe a mesma determinação expressa de qualquer projeção de direitos do falecido. Ao contrário, nesse último dispositivo existe uma regra expressa aludindo que o direito a indenização pertence aos titulares elencados, que no caso são os familiares do falecido.

Além disso, mister se faz uma análise dos trabalhos preparatórios do Código, os quais possibilitam um valoroso auxílio interpretativo das legislações. Ao aferir esses trabalhos verifica-se, de maneira inequívoca, o afastamento da natureza hereditária do direito a indenização decorrente da morte da vítima. O artigo 759, n. 4, do Anteprojeto Vaz Serra previa que “o direito de satisfação por danos não patrimoniais causados à vítima transmite-se aos herdeiros desta, mesmo que o fato lesivo tenha causado a sua morte e esta tenha sido instantânea”. A tese sustentada no Anteprojeto é inequívoca no sentido da adoção da teoria da transferência *mortis causa* do direito a indenização pelo fato da morte. Sucede que a partir da 2ª revisão ministerial (art. 498) ocorreram duas

¹¹² Nesse sentido: MATOS, Filipe Miguel Cruz Albuquerque. *Responsabilidade civil por ofensa ao crédito ou ao bom nome*. p. 387.

¹¹³ O autor não vislumbra que a interpretação desejada seria diferente daquela prevista no artigo 71. Não vislumbra que as alterações existentes durante os trabalhos preparatórios tiveram o objetivo de modificar o entendimento original. As mudanças teriam objetivado restringir os legitimados, diferindo dos sucessores. Além disso, segundo o brilhante doutrinador, as influências dos direitos não patrimoniais na sucessão já vêm sendo admitidas pela doutrina estrangeira. (CAMPOS, Diogo Leite de. *Nós – estudo sobre o direito das pessoas*. p. 311.)

modificações significativas, demonstrando o intento de alterar o posicionamento acolhido no Anteprojeto Vaz Serra, amoldando-se à teoria que sustenta ser direito próprio dos herdeiros. A primeira refere-se à supressão da disposição que preconiza a transmissão aos herdeiros do direito a indenização. A segunda foi a previsão expressa de que o direito a indenização, por morte da vítima, cabe aos familiares e ao cônjuge.¹¹⁴

Assim sendo, da análise do artigo 496 não é possível verificar o mesmo fenômeno identificado na titularidade dos direitos da personalidade *post mortem* do artigo 71. De fato, a interpretação isolada do artigo 496, por si só, já ensejava a conclusão de que os legitimados tutelavam *iure proprio* o direito a indenização. A análise dos trabalhos preparatórios confere maior certeza da adequação da tese sustentada, bem como confirma a correta interpretação do dispositivo legal.

A jurisprudência portuguesa, de acordo com análise realizada por Antunes Varela, sofreu uma clara evolução, com momentos de certa desorientação. Existem dois acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, os quais solucionaram a questão de forma diferente. O primeiro deles, de 12 de fevereiro de 1969, identificou que o dano ocorrido em razão da supressão do bem da vida não se transmitia aos herdeiros. Já o segundo, de 17 de março de 1971, aceitou a possibilidade da reparação pecuniária pela perda da vida, e este direito integra o patrimônio da vítima e se transfere aos seus herdeiros.

Por outro lado, a legislação brasileira não possui nenhuma regra expressa no tocante à indenizabilidade do dano morte. De fato, apesar de ter sofrido fortes influências do Código Civil português na regulamentação dos direitos da personalidade *post mortem*, não o fez no tocante à ressarcibilidade do dano morte. No CCB, existe apenas uma norma referente à reparação dos danos em razão da morte de alguém, que é o artigo 948¹¹⁵. A regra desse artigo refere-se somente à forma de quantificação do dano patrimonial decorrente do homicídio, não existindo qualquer menção à possibilidade de indenização dos danos não patrimoniais aos titulares de tais direitos e aos legitimados para intentarem ações de responsabilidade civil.

¹¹⁴ Nesse sentido: ANTUNES, Varela João de Matos. *Das obrigações em geral*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2011. v. I, p. 623-625; e MATOS, Filipe Miguel Cruz Albuquerque. *Responsabilidade civil por ofensa ao crédito ou ao bom nome*. p. 386.

¹¹⁵ Art. 948. No caso de homicídio, a indenização consiste, sem excluir outras reparações: I - no pagamento das despesas com o tratamento da vítima, seu funeral e o luto da família; II - na prestação de alimentos às pessoas a quem o morto os devia, levando-se em conta a duração provável da vida da vítima.

A falta de previsão expressa na legislação brasileira não exclui a possibilidade de indenização de danos não patrimoniais no caso do dano morte. O próprio artigo 948 do CCB menciona expressamente a existência de outros danos indenizáveis ao utilizar a expressão “sem excluir outras reparações”.

A inexistência de regra preconizando os titulares desses direitos, conforme existe na legislação portuguesa, enseja uma grande insegurança jurídica no ordenamento jurídico brasileiro. Neste caso, caberá aos tribunais decidirem quais os parentes possuem legitimidade para propor as ações indenizatórias.

Note-se que em razão desta omissão poder-se-ia discutir sobre a possibilidade de aplicação, por analogia, do parágrafo único do artigo 12 do CCB, que trata da tutela dos direitos da personalidade *post mortem*. As situações são completamente distintas, conforme já explanado ao analisar o direito português, não existindo qualquer vinculação entre os direitos da personalidade *post mortem* e a indenização do dano morte, não se admitindo a aplicação da analogia.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) brasileiro tem decisões recentes conferindo a alguns parentes de falecidos a indenização por danos morais. A falta de previsão legal levou o STJ a fundamentar os seus julgados no dano por ricochete, originário da doutrina e jurisprudência francesa. Resta saber, se os fundamentos expostos nas últimas decisões da Corte Superior estão em consonância com a doutrina estrangeira.

A primeira dificuldade enfrentada pela Egrégia Corte foi verificar a necessidade de dependência econômica do parente do falecido para fins de obtenção da indenização decorrente do dano morte. O STJ decidiu que não é necessária a dependência econômica, atual ou futura, para pleitear dano não patrimonial decorrente da morte de um parente. O dano moral, diferente do material, não se fundamenta no princípio do *restitutio in integrum*, pois é impossível restaurar o status anterior à lesão. A natureza é totalmente diferente. Ele se fundamenta na dor, sofrimento e angústia causados pela violação do direito à vida. A dependência econômica, assim, torna-se totalmente irrelevante para fixação da indenização, bastando que o ofendido venha a sofrer intimamente com a morte.¹¹⁶ A falta de normatização sobre o tema leva ao casuísmo e ensejará uma análise do caso concreto.

¹¹⁶ Resp. 160.125 do Distrito Federal, da relatoria do Ministro Salvo de Figueiredo.

Em outra decisão, a Egrégia Corte identifica que a indenização devida aos parentes da vítima decorre do dano moral reflexo ou indireto, também chamado de dano por ricochete. Apesar de o caso concreto decidido pelo Tribunal não se referir à morte da vítima, o acórdão, de forma clara, presume que a deliberação é idêntica no caso da morte da vítima ou da lesão. Em ambas as situações, o fundamento da possibilidade da indenização seria o dano moral por ricochete ou reflexo.

Um dos pontos objeto da controvérsia é a incompatibilidade do pleito indenizatório a título de dano moral com a natureza personalíssima do bem tutelado. A compensação do dano moral é devida, em regra, apenas àquele que teve o direito da personalidade lesado. Inobstante tal afirmação, a doutrina e a jurisprudência vêm firmando sólido entendimento no sentido de admitir aos parentes do falecido, ligados a ele de forma afetiva, a compensação pelo prejuízo causado (no caso a morte), conquanto sejam atingidos de forma indireta pelo ato lesivo.

Cuida-se da hipótese dos danos morais reflexos (também chamados “por ricochete” ou *préjudice d'affection*), em que o ato é praticado diretamente contra o bem de uma pessoa, sendo que seus efeitos acabam por atingir, indiretamente, a integridade moral de terceiros.¹¹⁷

A situação encontrada no sistema brasileiro é totalmente diferente daquela existente no português. O Código Civil português preconiza expressamente no artigo 496 a indenização do dano morte, bem como elenca os legitimados para propositura da ação indenizatória, fato esse que não ocorreu na legislação brasileira. A existência de regra clara nesse sentido não retira a qualidade reflexa (indireta ou por ricochete) do dano.

No direito comparado, notadamente nas doutrinas francesa e alemã, admite-se a existência dos danos reflexos (*par ricochet* ou *Reflexschaden*), ou seja, ofensa a bem jurídico de terceiros diretamente envolvidos com o sofrimento causado ao principal prejudicado em razão do evento danoso.

¹¹⁷ A doutrina clássica sustenta que na responsabilidade civil vigora um princípio genérico segundo o qual possui legitimidade ativa para ação indenizatória as pessoas lesadas pela conduta danosa. Uma das exceções mais contundentes desta é a teoria do dano por ricochete. No caso do falecimento, o dano pode atingir pessoa diferente do morto, notadamente no caso do dano moral. Aquele indivíduo que nutria uma afetividade com o lesado obviamente sofrerá muito com a perda e merece ser indenizado. (PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 330.)

PARTE III - LIBERDADE DE EXPRESSÃO

3.1 Introdução

Uma análise completa do tema proposto – a violação do bom nome e do crédito das pessoas falecidas – enseja um pequeno aprofundamento na liberdade de expressão. O legislador português, ao preconizar no artigo 484 o citado ilícito, traz como consequência lógica a realização de uma ponderação de interesses e valores, estando de um lado a liberdade de expressão e do outro o direito ao bom nome e ao crédito.

Note-se que o falecimento das pessoas potencializa investigações e estudos sobre a vida pretérita destas. Nesse diapasão, o direito ao bom nome e ao crédito, verdadeiros direitos da personalidade, se protraem no tempo e alcançam manifestações perpetradas mesmo após o falecimento dos indivíduos.

O fato de a pessoa já ter falecido não confere à liberdade de expressão um valor absoluto em detrimento de bens vinculados à honra de um indivíduo. O mesmo tratamento conferido à liberdade de expressão quando se está diante de uma pessoa viva deve ser conferido aqueles já falecidos, os quais possuem seus direitos da personalidade tutelados por terceiros legitimados.

A importância da tutela *post mortem* do bom nome e do crédito está demonstrada no rol extenso de legitimados estipulado no artigo 71. O grande número de pessoas que podem – na verdade devem – defender violações aos direitos da personalidade do falecido demonstra a preocupação do legislador na inocorrência de omissões por parte dos parentes do morto e de pessoas a ele vinculadas.

Assim sendo, é necessário avaliar eventuais tensões existentes entre esses dois valores, que em alguns momentos acabam por se limitarem reciprocamente.

A liberdade de expressão tutela dimensões fundamentais da pessoa humana, umas vinculadas à autonomia individual e outras à imprescindibilidade da necessidade da integração comunitária. Nesse contexto, não existem dúvidas que tanto a liberdade de expressão como a liberdade de informação são princípios estruturantes do Estado Democrático de Direito.

Em razão do objetivo da presente investigação, realizar-se-á um enquadramento juscivilístico da liberdade de expressão. Ela, sem nenhuma dúvida, é uma expressão da

liberdade humana enquanto elemento integrante da autonomia dos indivíduos, cuja tutela se encontra preconizada na cláusula geral do artigo 70.¹¹⁸

A delimitação do conteúdo e do objeto das informações transmitidas decorre do poder de autodeterminação do emissor. No aspecto positivo destes direitos e liberdade, os quais permitem a difusão dessas informações, garante-se aos seus titulares, na visão de Jónatas Machado “a actualização das possibilidades e alternativas que o mesmo acolhe, de acordo com as exigências de sua auto-determinação.”¹¹⁹

3.2 Dimensões da liberdade de expressão e as vertentes positiva e negativa

A liberdade de expressão possui dimensões essenciais de conteúdo, consubstanciada na clássica trilogia “poder de informar, de informar-se e de ser informado”. Estas faculdades se encontram expressamente preconizadas na parte final do n. 1 do artigo 37 da Constituição da República Portuguesa.

De forma sintética, no poder de informar encontra-se uma vertente externa da liberdade de expressão, na qual os particulares aparecem como emissores das notícias, um efetivo papel ativo na circulação das mensagens. Já no poder que qualquer pessoa possui de se informar, o ponto nodal da questão encontra-se na liberdade de acesso aos meios de comunicação. Toda pessoa tem o direito de se manter informada, não adianta existir a divulgação da notícia sem ter os seus respectivos receptores dela. Em relação ao direito de ser informado¹²⁰, por fim, configura-se um instrumento de garantia da liberdade de pensamento. Neste contexto, a sua caracterização se relaciona com a posição dos *socii* no âmbito da divulgação da notícia. Verifica-se uma maior passividade vinculada ao direito de ser informado.¹²¹

¹¹⁸ Nesse sentido: SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. *O direito geral de personalidade*. p. 152; e MATOS, Filipe Miguel Cruz de Albuquerque. *Responsabilidade civil por ofensa ao crédito ou ao bom nome*. p. 24.

¹¹⁹ MACHADO, Jónatas Eduardo. *A liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

¹²⁰ O direito de ser informado como direito da personalidade é contestado por parte da doutrina italiana. O fundamento da contestação desta qualificação encontra-se no fato de não se admitir a configuração das informações e notícias como bens jurídicos em sentido estrito. Neste sentido, não se poderia falar em direitos absolutos, mas antes de situações jurídicas de natureza relativa existentes entre quem pretende aceder às informações e quem as possui para difusão. (FERRI, Giovanni. *Diritto all'informazione e Diritto all'Oblio*. In: *Riv. Diritto Civile*, 1990, p. 801 e seguintes.)

¹²¹ MATOS, Filipe Miguel Cruz de Albuquerque. *Responsabilidade civil por ofensa ao crédito ou ao bom nome*. p. 29-30.

Além de analisar as dimensões da liberdade de expressão, para melhor delimitar o seu âmbito, também é necessário realizar uma referência, mesmo que breve, ao seu duplo sentido: o negativo e o positivo.

A vertente positiva é consubstanciada em uma pluralidade de poderes ou faculdades, de impossível enumeração exaustiva. Saliente-se que esse rol ampliado não significa a existência de ausência de limites. Liberdade não pode se confundir com arbítrio.¹²²

Gomes Canotilho e Vital Moreira sustentam que o sentido negativo traduz-se no direito de não ser impedido de exprimir-se, enquanto o positivo configura-se no direito de acesso aos meios de comunicação.¹²³

Figurando a liberdade de expressão dentre os direitos da personalidade, sendo ela uma matriz fundamental de uma multiplicidade deste tipo de direitos, resta evidente a sua eficácia *erga omnes*.

A liberdade de expressão é uma fonte irradiante de múltiplos poderes ou faculdades, que como já ressaltado possui um duplo sentido, um negativo e outro positivo. Cuida-se de um valor integrado na dignidade da pessoa humana, na perspectiva da pessoa como um ser livre e responsável. Neste contexto, ela se constitui uma fonte de direito ou prerrogativas, com as seguintes características: universalidade, caráter *erga omnes* dos direitos da personalidade e natureza extrapatrimonial.¹²⁴ Saliente-se que a liberdade de expressão possui uma elasticidade imensa, com um conteúdo bastante indeterminado.

Além disso, possui uma clara eficácia irradiante, com relevância nas relações entre particulares e entre o poder público e os particulares. Tal valor essencial é qualificado no plano constitucional como direito fundamental, em conformidade com o n° 1 do art. 18 da Carta Magna¹²⁵

¹²² MATOS, Filipe Miguel Cruz de Albuquerque. *Responsabilidade civil por ofensa ao crédito ou ao bom nome*. p. 37.

¹²³ CANOTILHO, J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. v. I.

¹²⁴ MATOS, Filipe Miguel Cruz de Albuquerque. *Responsabilidade civil por ofensa ao crédito ou ao bom nome*. p. 108.

¹²⁵ A citada regra preconiza a aplicação direta das normas relativas aos direitos, liberdades e garantias fundamentais. Neste contexto, objetiva-se conferir a essa regra um caráter jurídico-positivo e não apenas programático deste preceito, bem como a sua eficácia imediata. Vale a pena salientar que a eficácia

3.3 Qualificação da liberdade de expressão: direito subjetivo ou *rahmenrecht*

O enquadramento jurídico da liberdade de expressão é de grande dificuldade. O fato de ela possuir múltiplas objetivações, com uma eficácia irradiante, com diversas possibilidades de concretização gera a dúvida em saber se é um direito subjetivo ou um direito-quadro (*rahmenrech*). As doutrinas nacional e estrangeira¹²⁶ já debatem o tema desde muito tempo.

imediate não significa exequibilidade imediata. Existem algumas regras que necessitam de uma regulamentação específica. É de se ressaltar que de início esta eficácia externa dos direitos fundamentais era negada, inadmitindo a sua vinculação aos particulares.

Neste contexto é possível visualizar duas perspectivas no âmbito das relações de direito privado. Existem entendimentos que sustentam a aplicabilidade imediata ou a eficácia absoluta das regras constitucionais (chamada de perspectiva monista). E outra a defender uma aplicabilidade meramente mediata dos direitos fundamentais neste domínio, ou seja, através de uma regulamentação do direito privado.

A polêmica questão exposta deve ser tratada de forma individualizada. Para a melhor solução da questão deve ser analisada os tipos de relações estabelecidas entre os particulares em concreto, de acordo com os direitos fundamentais envolvidos. A questão não pode ser solucionada em abstrato e de forma idêntica para todos os direitos fundamentais. Assim sendo, deve-se conciliar os princípios estruturantes da autonomia privada (livre desenvolvimento da personalidade, livre iniciativa econômica e liberdade negocial) e o princípio da igualdade. A aferição deve ser em cada relação em concreto e é necessário, ainda, verificar a existência ou não de um poder conferido a uma das partes ou em face de típicas relações de direito privado. Nesta última hipótese, estar-se-á diante de um típica relação de direito privado, na qual existe uma relação de paritária intersubjetividade. Após esse pequeno intróito, pode-se concluir que somente na primeira hipótese é possível vislumbrar o particular como sujeito passivo de direitos fundamentais. Na segunda situação, na qual existe uma relação tipicamente privada, não é possível vislumbrar esta eficácia. (Nesse sentido MATOS, Filipe Miguel Cruz Albuquerque. *Responsabilidade civil por ofensa ao crédito ou ao bom nome*, p. 45.

¹²⁶ A análise do tema necessita da demonstração de uma grande batalha jurídica existente acerca do disposto no artigo 21 da Constituição Italiana, no tocante à qualificação da liberdade de expressão. Os doutrinadores Carnelutti e Pugliese divergiam em relação ao tema, apresentando diversos argumentos.

Carnelutti reconhece a importância da liberdade de expressão na construção de um regime democrático. O renomado autor diferencia a liberdade enquanto valor fundamental dos direitos subjetivos. Segundo o seu raciocínio, o direito subjetivo tem como pressuposto a supremacia do titular sobre o outro que recai o dever. Já a liberdade de expressão se configura em uma ausência de limites e uma clara igualdade de posições entre os participantes da relação.

Na visão do autor, a liberdade de expressão não se consubstancia em um direito subjetivo, no qual seria possível a divulgação de tudo o que se deseja sob pena de se transformar a vida social em um verdadeiro caos. Em razão deste raciocínio, conclui que o ordenamento jurídico pode impor limitações à liberdade de expressão.

Na vertente negativa – não dizer aquilo que não se pensa – a liberdade se manifesta plenamente, segundo o raciocínio de Carnelutti. Neste sentido, o que o ordenamento jurídico objetiva é a garantia da adequação da palavra divulgada com o pensamento. Com isso, evitaria que uma pessoa fosse obrigada a se manifestar em desacordo com o seu próprio pensamento. Segundo o autor, estaria aqui a diferença entre o regime democrático e o totalitário.

Em lado oposto, encontra-se Pugliese. Segundo o autor, não está correto restringir a liberdade de expressão a um entendimento somente negativo, esquecendo por completo todas as faculdades e prerrogativas deste valor fundamental. Ao não incluir no conceito uma vertente positiva, no âmbito do valor fundamental, poder-se-ia, segundo o autor, paralisar a vida democrática, com possíveis efeitos, inclusive, para direitos conexos à liberdade de expressão, como o direito de reunião e associação. Além disto, a livre manifestação coletiva também correria o risco de forte restrição.

O jurista italiano também contesta a importância conferida por Carnelutti à “liberdade de não dizer e calar”, a qual seria, no raciocínio deste último, um dos elementos mais importantes do estado

Dentre os instrumentos de afirmação de autodeterminação individual, encontra-se o direito subjetivo. Cuida-se de elemento integrante da relação jurídica. É um poder congênito ou coetâneo de cada relação jurídica concreta.¹²⁷ O direito subjetivo é traduzido em um poder radicado na pessoa e exercido segundo o critério desta. Ele investe o seu titular no poder de exigir ou pretender de outrem um determinado comportamento.

Nesse contexto, partindo deste pressuposto – de que o direito subjetivo é uma forma de tutela da autodeterminação individual –, resta saber se a liberdade de expressão configura um direito deste tipo.

A análise merece uma diferenciação. Considerando o fato de que da liberdade de expressão decorrem múltiplas objetivações, como o direito de livre associação, de reunião, de resposta, de crítica, de livre investigação histórica, é possível, em relação a essas concretizações, visualizar a existência de verdadeiros direitos subjetivos. A conclusão decorre do fato de que nessas hipóteses citadas torna-se possível verificar a existência por parte dos seus titulares de poder de exigir de outrem determinada prestação.

No tocante à liberdade de expressão considerada de forma global, sem a sua densificação, não é possível conferir o mesmo tratamento jurídico. Nesse contexto, ao realizar o enquadramento dogmático, mostra-se mais adequado qualificá-lo como um direito-quadro (*rahmenrecht*).¹²⁸ Ao atuar como quadro referenciador, ele auxilia na delimitação do âmbito normativo dos concretos direitos ou faculdades da liberdade de expressão.

De fato, assiste razão à Albuquerque Matos, que visualiza uma grande dificuldade em caracterizar a liberdade de expressão como um direito subjetivo,

democrático. Neste contexto, Pugliesi não visualiza que o âmbito da liberdade de expressão resulte dos limites impostos pelo ordenamento jurídico à iniciativa dos indivíduos.

Assim sendo, é possível concluir que Pugliesi confere mais ênfase na iniciativa reconhecida aos particulares e não tanto na inércia, apesar de ela também se encontrar tutelada pelo ordenamento jurídico. Neste sentido, Albuquerque Matos conclui, além de realizar uma profunda e brilhante análise dos posicionamentos dos dois professores italianos. (MATOS, Filipe Miguel Cruz de Albuquerque. *Responsabilidade civil por ofensa ao crédito ou ao bom nome*. p. 41-43)

¹²⁷ CARVALHO, Orlando de. *Teoria geral do Direito Civil*. p. 37.

¹²⁸ Nas lições de Orlando de Carvalho se estaria diante de faculdades jurídicas primárias, as quais são possíveis considerá-las como um “*prius* dos direitos subjectivos, mas não direitos subjectivos autênticos”. (CARVALHO, Orlando de. *Teoria geral do Direito Civil*. p 91).

notadamente em razão da indeterminação do seu conteúdo e da dificuldade de se delimitar seu objeto.¹²⁹

A concretização dessas objetivações da liberdade de expressão confere direitos subjetivos aos seus titulares. Basta imaginar a realização da proibição por parte de algum ente público de determinado tipo de reunião. Visualiza-se claramente a violação do direito de reunião, o qual é uma decorrência do direito-quadro liberdade de expressão. Neste sentido, a análise diferenciada da questão, de um lado a liberdade de expressão globalmente considerada e em outro prisma as suas facetas, encontra um melhor enquadramento jurídico.¹³⁰

3.4 Conflito de interesses

A doutrina mais abalizada admite a ocorrência de colisões entre direitos da personalidade, com exceção dos casos de exercício manifestamente abusivo do direito ou falta de pressupostos para afirmação da existência do direito.

No plano da eventual tensão que pode surgir entre a liberdade de expressão e os direitos ao bom nome e ao crédito, mister se faz tecer alguns breves comentários sobre o tema. No momento em que se está diante da divulgação de fatos falsos, e esta gera a violação do bom nome da pessoa, não há que se falar em conflito. Não está inserida em nenhuma das facetas da liberdade de expressão, a possibilidade da divulgação de fatos inverídicos. No tocante à divulgação de fatos verdadeiros, ou não demonstravelmente verdadeiros, a situação é completamente diferente. Sendo esta divulgação desproporcionada e causadora de ofensa ao bom nome de alguém, pode-se suscitar um possível conflito e uma lesão.¹³¹

¹²⁹ MATOS, Filipe Miguel Cruz de Albuquerque. *Responsabilidade civil por ofensa ao crédito ou ao bom nome*. p. 109.

¹³⁰ O enquadramento dogmático conferido à liberdade de expressão, direito-quadro, pode suscitar algumas questões relacionadas ao abuso de direito, previsto no artigo 334 Este instituto foi delineado no âmbito dos direitos subjetivos. Apesar disto, não se deve ficar restrito a uma interpretação literal da regra. A *ratio legis* da norma não foi essa. O objetivo do legislador foi abarcar todo e qualquer poder ou faculdade, independente da qualificação de direito subjetivo. (MONTEIRO, J. Sinde, *Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações*, Coimbra, 1989, p. 180/181) Uma questão importante que deve ser levantada é que o abuso de direito não irá se configurar por violação aos limites impostos pela boa fé. Ela está inserida nas relações de interferência inter-subjetiva. Neste sentido, somente estará configurado o abuso de direito por violação aos bons costumes. (Neste sentido, MATOS, Filipe Miguel Cruz de Albuquerque. *Responsabilidade civil por ofensa ao crédito ou ao bom nome*. p 38)

¹³¹ MATOS, Filipe Miguel Cruz de Albuquerque. *Responsabilidade civil por ofensa ao crédito ou ao bom nome*. p. 87.

No primeiro caso, estaria diante de um conflito aparente de direito. Na segunda opção, existe um claro conflito entre direitos. Resta evidente que a utilização do princípio da proporcionalidade, conforme acima mencionado, tendência à existência do conflito, visto que tal princípio está sendo usado para a solução da tensão (que é o conflito). Analisa-se, desta forma, a proporcionalidade e o interesse da divulgação da notícia verdadeira para aferir se a conduta foi adequada ou não.

O ordenamento jurídico português, diferente do brasileiro, fornece critérios legais para a solução destes conflitos, notadamente o preconizado no artigo 335.

3.5 Limitações à liberdade de expressão

A liberdade de expressão é considerada, em uma perspectiva juscivilística, um centro de imputações de poderes aos particulares. De fato, não se pode negar a possibilidade de restrições ao exercício das prerrogativas decorrentes da liberdade de expressão.

De plano, como estão em choque direitos da personalidade, não existe dúvidas que os mesmos podem se restringir. Neste contexto, como já explicitado, a própria proteção ao bom nome ou ao crédito já limita o exercício da liberdade de expressão.

Em um outro prisma, em razão da indisponibilidade dos direitos da personalidade, seria difícil imaginar uma limitação. Ecoam vozes na doutrina, que investigam a amplitude da característica da irrenunciabilidade do direito da personalidade e ao seu poder de disposição.

Apesar de irrenunciável, característica clássica de um direito da personalidade, pode-se imaginar o consentimento de limitações ao exercício. O que não é admissível é a renunciabilidade destes direitos. O exemplo conferido pela doutrina é a cláusula de exclusividade aposta em um contrato de expressão artística.¹³²

A liberdade de expressão vem sendo foco de muita discussão, especialmente acerca da existência de restrições. Existiria algum limite sociológico?

¹³² Nesse sentido MATOS, Filipe Miguel Cruz Albuquerque. *Responsabilidade civil por ofensa ao crédito ou ao bom nome*, p. 101-103

De plano, deve-se enfatizar, como já salientado no presente estudo, que a liberdade de expressão possui uma dupla vertente, uma individual e uma comunitária. A doutrina vem se demonstrando muito preocupada com os excessos praticados no exercício da liberdade de expressão, nomeadamente através do *mass media*.

Atualmente verifica-se uma ânsia desenfreada pela informação, além de as pessoas possuírem essa necessidade do novo. Em cada segundo surge uma nova notícia, independente de sua qualidade. Os meios de comunicação, sem nenhum tipo de cautela, estimulam esse imediatismo da novidade, que em grande parte das vezes não possui nenhum interesse intelectual. Não existem dúvidas que a rapidez da informação, decorrente das transformações tecnológicas e cibernéticas, contribuiu muito para isso. Os destinatários envolvidos nas relações informativas são hoje uma massa autônoma, um público imenso. Em relação a esta massa não é possível visualizar sequer uma liberdade crítica, que seria comum na assimilação de qualquer mensagem.

Castanheira Neves aduz que o problema parece existir no modo como se concebe a comunicação, enquanto fator básico da realização e da dinamização da convivência histórico-social. Neste diapasão, vale a pena salientar três tipos de comunicação suscitados pelo renomado mestre. A comunicação pode se estabelecer entre pessoas concretas e infungíveis. Ela, neste caso, é perpetrada através da linguagem hermenêutica assimilada e, em uma hipótese de bilateral alteridade, viabiliza a dialógica de argumentação. É a forma originária e autêntica de comunicação, chamada pelo autor de “comunicação-comunicação”. Já na segunda hipótese, chamada de “comunicação-informação”, a comunicação se consubstancia por meios específicos (ou especificados), entre sujeitos de um sistema de informação, em uma recíproca unilateralidade de seleção e transmissão. Nesta hipótese, pelo prisma do receptor, cabe apenas uma seleção-reação. Por fim, existe a chamada “comunicação-publicização”. Este tipo possui algumas características gerais da comunicação-informação, com algumas nuances. A diferença principal é que o receptor-destinatário é o público em geral e, principalmente, os meios de atuação são através do *mass media*.¹³³

O papel da imprensa somente pode plenamente ser realizado através de uma imprensa plural. Além de livre, é necessário evitar a concentração dos meios de

¹³³ NEVES, A. Castanheira. Uma perspectiva da consideração da comunicação e do poder – ou a inelutável decadência eufórica, notas de um esboço de reflexão. In: *Estudos da Comunicação*. Coimbra., 2002.

comunicação nas mãos de poucas pessoas. Para isso, é indispensável a atuação do Estado regulando a matéria. A liberdade da imprensa não pode aniquilar a manifestação das minorias, que, eventualmente, podem ser suprimidas por parte dos grandes conglomerados. Atualmente, no ordenamento brasileiro, vem-se discutindo bastante a possibilidade de criação de uma agência, como existe em outros setores, para regular e organizar a atuação dos meios de imprensa. A alegação de que o surgimento de tal órgão violaria a necessidade de se ter uma imprensa livre não é adequada. A forma de atuação pode eventualmente extrapolar os limites legais e constitucionais, o que obviamente será controlado pelo Poder Judiciário.

Urge ressaltar que quem dominar os meios de comunicação, de forma inequívoca, possuirá um poderoso – e perigoso – instrumento para influenciar, controlar e até manipular o comportamento do público alvo. Nesta análise, a doutrina portuguesa visualiza a necessidade de controle pelo poder público dos *media*.¹³⁴

¹³⁴ Nesse sentido: MATOS, Filipe Miguel Cruz de Albuquerque. *Responsabilidade civil por ofensa ao crédito ou ao bom nome*. p. 106.

PARTE IV - OFENSA AO CRÉDITO OU AO BOM NOME

4.1 Análise da vinculação entre a honra e os institutos do bom nome e do crédito e seus respectivos conceitos doutrinários

A Constituição Federal Portuguesa, no artigo 26, estipula como um direito constitucionalmente tutelado o bom nome. O texto constitucional não se referiu de forma expressa à honra, entretanto, é possível extrair essa proteção no momento em que o constituinte se refere à reputação e ao bom nome¹³⁵. Além disso, a existência do direito ao desenvolvimento da personalidade¹³⁶, preconizado no n. 1, do citado artigo, possibilita derivar a tutela da honra dessa cláusula geral, que é semelhante à do artigo 70¹³⁷.

Foi com a Constituição de 1933 que, dentro do último patamar da hierarquia normativa, o bom nome e o crédito mereceram uma relevância própria, autônoma da liberdade de expressão. O artigo 8º, parágrafo 1º, expressa estes direitos como sendo de caráter individual e do cidadão. Atualmente, a Constituição Portuguesa de 1976 continua a consagrar o direito à integridade moral, o direito ao bom nome e à reputação como direitos fundamentais, aliás, como direitos, liberdades e garantias, no seu artigo 26, n. 1.

O legislador de 1966 não estipulou o que entendia por bom nome ou crédito, entretanto, está ao alcance de toda a comunidade jurídica que estes conceitos estão intrinsecamente ligados ao bem jurídico da honra.

¹³⁵ MATOS, Filipe Miguel Cruz Albuquerque. *Responsabilidade civil por ofensa ao crédito ou ao bom nome*. p. 123.

¹³⁶ Paulo Mota Pinto afirma que o direito ao desenvolvimento da personalidade previsto de forma expressa na Constituição portuguesa, após a reforma de 1977, já existia antes da modificação constitucional, não sendo totalmente inovador. O citado direito se trata de uma decorrência do próprio valor da dignidade da pessoa humana, preconizado no art. 1º do texto constitucional. A proteção do desenvolvimento da personalidade está consubstanciada na autonomia do indivíduo que é garantida para áreas de proteção relacionadas aos direitos especiais de liberdade. Neste contexto, procurou-se garantir um direito de liberdade dos indivíduos em relação aos modelos de personalidade, integrando-o no “direito à diferença”. O renomado autor, de forma correta, aduz que o direito ao desenvolvimento da personalidade não se restringe a uma dimensão individual da diferença. Esta amplitude da dimensão também abarca a uma dimensão social. Ela também se refere a exigências direcionadas ao legislador, no sentido protetivo do desenvolvimento. Nesta seara, o direito ao desenvolvimento da personalidade ainda possui uma dupla dimensão: a tutela da personalidade enquanto substrato da individualidade e nos seus diversos aspectos, e a tutela da liberdade geral de ação da pessoa humana. (PINTO, Paulo Mota, O direito ao livre desenvolvimento da personalidade, in BFD Portugal-Brasil ano 2000, *Stvdia Ivridica* 40 – Colloquia 2 – Coimbra – Coimbra Editora, 1999, p 149/165).

¹³⁷ MATOS, Filipe Miguel Cruz Albuquerque. *Responsabilidade civil por ofensa ao crédito ou ao bom nome*. p. 139.

O Código de Seabra (1867), em termos juscivilísticos, preconizava no seu art.360 o bom nome e a reputação como um *direito de existência*. O artigo 2.389 associava a tutela civil à tutela penal, já que a indenização por ofensa ao bom nome e à reputação envolvia não só a *reparação das perdas*, mas também a *condenação judicial do ofensor*.

O Código Civil de 1966 veio consagrar a tutela geral de personalidade no seu artigo 70 (na qual se inclui a tutela da honra) e uma especial ilicitude geradora de responsabilidade civil no seu artigo 484, que é a ofensa ao bom nome e ao crédito.

No Direito Espanhol, a *Ley Orgánica* nº1/1982, de 5 de Maio, de *Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y familiar y la propia Imagen*, protege a honra nos artigos 2º e 7º.

Já no Direito Francês, sob a perspectiva da responsabilidade civil, o artigo 1.382 estabelece um princípio geral paralelo (todavia, o preceito legal utiliza o conceito de *faute* para a responsabilização e não uma cláusula geral) ao nosso artigo 483 do CC, mas não estatui um específico ilícito por ofensa ao crédito e ao bom nome. O *Code Civil* prevê, no seu artigo 9º, o direito ao respeito pela vida privada, no qual a doutrina e a jurisprudência tendem a incluir a reputação.

No Direito Italiano, encontrar-se-á o artigo 2.043 do *Codice Civile*, a propósito da responsabilidade delitual (que nos fala de um dano *injusto*), e o artigo 10, acerca do abuso da imagem de outrem, incluindo o prejuízo na sua reputação.

Uma questão importante a ser enfrentada é verificar se o artigo 484 se referiu ao bom nome e ao crédito como realidades distintas. O bem jurídico tutelado é o mesmo? Não existem dúvidas de que a matriz fundamental de ambos os institutos é a dignidade moral da pessoa. Em uma análise literal da regra do citado dispositivo, constata-se que o legislador utilizou a conjunção alternativa “ou”, o que tendencia se tratar de realidades distintas.

O crédito e o bom nome possuem um valor comum, ou seja, a ideia de reputação ou prestígio, e refletem uma manifestação essencial da personalidade humana. Apesar dessa similitude, os conceitos são distintos¹³⁸.

O bom nome refere-se ao prestígio, à reputação, ao bom conceito ligado à pessoa no meio social onde vive ou exerce sua atividade profissional. Já o crédito tem uma relação com a ideia do prestígio ao universo dos negócios e da atividade empresarial. Nas palavras de Albuquerque Matos, “a reputação ou o bom nome sócio econômico”¹³⁹.

Nessa perspectiva, assiste razão a Albuquerque Matos, que sustenta ser a honra um direito referencial, no qual a reputação social e o bom nome se fundamentam, independentemente das regras usadas pela Constituição Federal e pelo Código Civil.

Ressalte-se, ainda, que a simples análise do artigo 484 possibilita identificar, sem sombra de dúvida, que o pressuposto para a responsabilidade civil é a divulgação de fatos. Os juízos de valor ou as opiniões não estão no âmbito normativo desse dispositivo legal¹⁴⁰.

A legislação brasileira não preconizou expressamente os institutos do bom nome e do crédito, como fez a legislação portuguesa. No ordenamento positivado são conceitos estranhos. Já no tocante à honra a Constituição Federal a consagrou no inciso X, do artigo 5º. Esse dispositivo constitucional elenca a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da imagem e da honra, assegurando a possibilidade reparação civil, por danos morais e/ou materiais, quando de suas violações.

O CCB, por sua vez, posterior ao texto constitucional, tinha o dever de regulamentar a tutela da honra e sua reparação de forma mais adequada. Na verdade, a honra não mereceu na nova legislação um dispositivo próprio na regulamentação dos direitos da personalidade. De fato, o legislador preferiu protegê-la de forma mesclada, com os outros atributos da personalidade. Além disso, o Código utilizou-se, em várias situações, de expressões ligadas à honra típicas do Direito Penal, como a calúnia, a

¹³⁸ MATOS, Filipe Miguel Cruz Albuquerque. *Responsabilidade civil por ofensa ao crédito ou ao bom nome*. p. 115

¹³⁹ *Ibidem*, p. 115-116.

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 263-264.

difamação e a injúria, os quais são delitos tipificados no Código Penal que tem como bem jurídico tutelado a honra.¹⁴¹

Em que pese a omissão legislativa em preconizar os institutos, não existem dúvidas que os seus conceitos decorrem da honra, devendo, nesse caso, cabe à doutrina, ao analisar a amplitude da honra, incluir o bom nome e o crédito como seus consectários. Saliente-se o papel primordial da doutrina, e não da lei, em interpretar os institutos jurídicos e aferir qual o seu real alcance.

4.2 A possibilidade da violação do bom nome e do crédito das pessoas falecidas

Assim sendo, considerando que o bom nome e o crédito são claras manifestações da personalidade humana, é possível identificar, desde já, que a eventual aplicação do artigo 484 nas hipóteses de pessoas já falecidas não é a única situação dos direitos da personalidade *post mortem*. Saliente-se que a incidência de um direito da personalidade para as pessoas já falecidas depende de uma compatibilidade do direito em si com esse novo estado da vida – o de falecido. Alguns direitos da personalidade, por exemplo, o direito à vida e à integridade física, são inaplicáveis às pessoas já mortas por total incompatibilidade.

4.3 Memória e honra

No âmbito do Direito Penal, encontra-se uma tutela semelhante àquela dispensada no artigo 71. O Código Penal, no seu artigo 185, preconiza o tipo penal de ofensa à memória do falecido, cujo bem jurídico tutelado, apesar de encontrar semelhança com a proteção civilística, não é idêntico. A doutrina encontra fortes similitudes entre os preceitos, nomeadamente a dialética interação entre os interesses da livre pesquisa histórica e a tutela da personalidade. A amplitude normativa do artigo 71 é muito maior do que o tipo penal incriminador do artigo 185 do Código Penal, o que é esperado. A legislação penal, em razão de sua natureza essencialmente punitiva, exige a formação de tipos penais fechados, conferindo maior segurança jurídica aos cidadãos. Assim sendo, a proteção conferida no Direito Penal restringe-se à memória, enquanto a tutela civilística é possível considerar a honra, o bom nome e a imagem.¹⁴²

¹⁴¹ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Editora Atlas, 2011. p. 72.

¹⁴² MATOS, Filipe Miguel Cruz Albuquerque. *Responsabilidade civil por ofensa ao crédito ou ao bom nome*. p. 384.

A memória pode ser definida, segundo Faria Costa, como “patrimônio do passado individual, compreendido especificamente como matéria operante no âmbito espiritual do presente” O renomado doutrinador identifica duas características essenciais do bem jurídico. A primeira é a individualidade. O patrimônio está umbilicalmente vinculado só a uma pessoa. Já a segunda revela-se na ligação entre o momento da formação desse patrimônio e a sua produção de efeitos. Ele é formado no passado com influência no presente, a transpassar o tempo de duração da vida humana.¹⁴³

Resta saber, ainda, se a memória é considerada um bem jurídico autônomo ou se estaria inserida no conceito de honra. A autonomia da memória densifica-se, principalmente, na diversa concretização normativa dos direitos em confronto. A memória pode apresentar maior ou menor concretude valorativa, diferenciando-se, dessa forma, da honra, que não possui característica de elasticidade, impedindo qualquer distinção de ordem valorativa. A pessoa que adquiriu notoriedade pública durante toda a vida possui clara diferença de repercussão da memória comparada a um anônimo. Tal diferenciação não pode existir em relação à honra, a qual não admite distinções de natureza quantitativa.¹⁴⁴

A autonomia da memória, bem jurídico autônomo, diferenciado da honra, não possui, mesmo que de maneira indireta, qualquer proteção constitucional.

Apesar de os bens jurídicos serem distintos, é forçoso reconhecer a existência de traços comuns entre a honra e a memória, notadamente a existência de um patrimônio moral pretérito das pessoas, dimensões essenciais de suas honras.

4.4 A relevância da verdade na delimitação do ilícito da violação do bom nome ou do crédito das pessoas falecidas.

O artigo 484 preconiza uma especial forma de ilicitude, qual seja, a violação do crédito ou do bom nome através da divulgação de fatos ofensivos. Como as outras formas de ilicitude, o sistema jurídico permite a sua exclusão por várias causas, como: legítima defesa, ação direta, estado de necessidade, consentimento do lesado e

¹⁴³ COSTA, José de Faria. Anotação ao artigo 185º do Código Penal. In: *Comentário Conimbricense do Código Penal*. p.964.

¹⁴⁴ Nesse sentido: MATOS, Filipe Miguel Cruz Albuquerque. *Responsabilidade civil por ofensa ao crédito ou ao bom nome*. p. 384.

cumprimento de um dever ou exercício de um direito. Todas elas são causas justificativas dos ilícitos em geral.

Nesse contexto, coloca-se uma questão de grande embate doutrinário. Qual seria o efeito da *exceptio veritatis* no caso da ofensa do bom nome ou do crédito? A verdade teria o condão de justificar o relato ou a divulgação de um fato, agindo como verdadeira causa de justificação (excludente da ilicitude), extirpando a responsabilidade civil e consequente dever de indenizar? A problemática reside em aferir se a divulgação de fatos verdadeiros, apesar de ofensivos à reputação de uma pessoa (honra objetiva), enseja o dever de indenizar. Em síntese, para existir responsabilidade civil por ofensa à honra, é condição *sine qua non*, além dos pressupostos da responsabilidade civil (fato humano, dano e nexos de causalidade), que o fato divulgado ou relatado não seja verdadeiro, em outras palavras, seja mentiroso?

O artigo 484 não exige *expressis verbis* que as declarações fáticas sejam contrárias à verdade para ensejar a sua aplicação. A questão é saber se houve uma omissão legal proposital ou não.

No Direito Penal, existe uma delimitação clara acerca da importância da *exceptio veritatis* para fins de adequação objetiva e subjetiva ao tipo penal incriminador dos artigos 180, 181 e 183 do Código Penal português, especialmente a infração penal de difamação.

Em relação às causas de justificação do crime de difamação, em conformidade com o preconizado no n. 2, alínea “b”, do artigo 180 do Código Penal, encontra-se a prova da verdade. A análise dessas causas de exclusão da ilicitude deve ser aferida em conjugação com outra, que é a prossecução dos interesses legítimos previstos na alínea “a” do mesmo preceito legal. A interpretação deve ser realizada de forma conjunta, visto que, mesmo nas hipóteses da veracidade das imputações desonrosas, não será punível caso a divulgação das notícias tenha como subjacente a divulgação de interesses legítimos.

Nesse contexto, a doutrina visualiza o propósito claro do legislador penal português na valorização da transparência e da autenticidade nas relações humanas intercomunicáveis, conferindo uma clara importância à honra, ao bom nome e ao crédito, bem como aos interesses histórico, científico e pedagógico.

Os preceitos legais acima citados não encontram paralelismo no ordenamento civilístico. Também não é possível transportar o regramento existente no Direito Penal, cujo caráter é essencialmente punitivo, para o Direito Civil, especialmente no sistema da Responsabilidade Civil. O principal fundamento para negar a transposição completa do sistema penal é a completa diferença entre os dois sistemas, nomeadamente em razão das funções atinentes a cada um deles.

Assim sendo, resta evidente que há um silêncio do legislador em avaliar a relevância da verdade no ilícito de violação do bom nome ou do crédito das pessoas. De fato, resta saber se esse ilícito surge apenas quando ocorre a afirmação de fatos falsos, semelhante ao preconizado no modelo germânico do *kreditgefährdung*¹⁴⁵, ou admitir-se-á também o ilícito nas hipóteses de divulgação de fatos verdadeiros.¹⁴⁶ Nesse diapasão, resta claro o possível confronto entre a liberdade de expressão e a proteção ao bom nome e ao crédito, bem como a necessidade de colacionar ao debate a influência do princípio da proporcionalidade na delimitação do âmbito do artigo 484.

Atualmente, não existem dúvidas de que a reputação econômica e o prestígio social são de difícil delimitação e dependem de circunstâncias conjunturais. De fato, a imagem projetada por cada um na sociedade, ou pelos outros em relação a cada pessoa, é formada, sobretudo, através de aparências¹⁴⁷ e, em algumas vezes, de efetivas ficções. Tais fatos denotam certa dificuldade em verificar se o fato é verdadeiro ou não. A verdade alcançada em muitos locais da vida histórico-social é somente aproximada, chamada por alguns de verdade possível.

As organizações e instituições econômicas, políticas, sociais e culturais são complexas, com traços marcantes de especialização do trabalho e do saber. A pessoa comum não tem acesso à atividade pormenorizada desses conglomerados, especialmente por força de regras específicas e legais.

¹⁴⁵ O parágrafo 824 do BGB, em uma interpretação literal, enseja uma exegese clara no sentido de somente considerar ilícito e, conseqüentemente ensejar a responsabilização do agente, a declaração de fatos contrários à verdade. Apesar da existência dessa regra clara, a doutrina vislumbra que existem algumas regras diferentes, notadamente no direito da concorrência, em razão da especificidade e da zona de abrangência e aplicação das regras do UWG. Nesse sentido: MATOS, Filipe Miguel Cruz Albuquerque. *Responsabilidade civil por ofensa ao crédito ou ao bom nome*. p. 408.

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 393.

¹⁴⁷ Nos ensinamentos de Castanheira Neves, as relações sociais são efetivamente mediadas pelos *status* e papéis sociais. Ao invés, no setor das relações de amizade e do amor são confrontados o eu-pessoal de cada um de seus intervenientes. NEVES, A. Castanheira. *O Direito (O problema do direito) O sentido do direito*. (lições policopiadas) p. 115-116.

É inequívoco que nem sempre a verdade relevante para o direito coincide com a verdade material. Esse fato enseja uma relativização em torno da verdade, inclusive no âmbito do ilícito ao crédito e ao bom nome. Nesse contexto, é necessária uma análise atenta ao contexto e ao ambiente nos quais se colocam as questões. De fato, algumas manifestações tidas como inexpressivas e sem nenhuma potencialidade ofensiva em alguns ambientes, podem demonstrar-se altamente lesivas à personalidade dos respectivos destinatários, no momento em que são expostas fora daquele contexto considerado como normal e natural.¹⁴⁸

Nesse contexto, a atividade jornalística encontra um respaldo para sua atuação muito grande. Não é exigível para a publicação de uma notícia a existência, por parte do jornalista, de uma certeza absoluta, equiparável a uma sentença condenatória penal. Obviamente, essa exigência iria inviabilizar, como um todo, o próprio direito de informação. Desta feita, é necessária a exigência rigorosa de regras de cuidados derivadas da função jornalística.¹⁴⁹

A questão apresenta mais dificuldade quando o suposto lesado é falecido, visto que o fato dele não estar mais presente dificulta ou até impede a análise se os fatos relatados são verdadeiros ou não, bem como a potencialidade lesiva de um relato verdadeiro, entretanto, desproporcional.

A doutrina apresenta posicionamentos em diversos sentidos. Ecoam vozes¹⁵⁰ que sustentam a total relevância da *excepcio* para a configuração do ilícito. O fundamento de tal raciocínio se fundamenta em um pressuposto de liberdade para atuação das agências de informações comerciais. Para esses autores, o direito não pode tratar de forma idêntica a mentira e a verdade.¹⁵¹

¹⁴⁸ Albuquerque Matos fornece como exemplo uma afirmação de caráter essencialmente técnico no âmbito de um auditório de leigos. Explicita o renomado autor em umas declarações realizadas por um docente universitário que classifica um aluno como ordinário em um círculo de pessoas sem qualquer formação acadêmica. Essa expressão nesse meio refere-se aos alunos que frequentam as aulas. Eventualmente, a utilização dela em local diferente pode ensejar uma interpretação equivocada pelo público alvo. (MATOS, Filipe Miguel Cruz Albuquerque. *Responsabilidade civil por ofensa ao crédito ou ao bom nome*. p. 434.)

¹⁴⁹ COSTA, José de Faria. Anotação ao art. 180º do Código Penal. In: *Comentário Conimbricense do Código Penal*. p. 623.

¹⁵⁰ JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 1999. p.310.

¹⁵¹ MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde. *Relatório sobre o programa, conteúdo e métodos de uma disciplina de responsabilidade civil*. Coimbra: 2001. p.48: “deve entender-se, parece-nos, que tem em vista apenas os factos desconformes com a realidade”. Sinde Monteiro sustenta que o legislador não quis

A questão deve ser analisada de forma profunda. Em um primeiro momento, é necessário utilizar os elementos históricos e sistemáticos de interpretação legislativa. No caso em tela, iniciando pelo *occasio legis*, merece atenção especial analisar o artigo 733, n. 3 do Anteprojeto de Vaz Serra. Esse dispositivo estabelecia a eficácia absoluta da exceção da verdade na ofensa à honra, estabelecendo a falsidade dos fatos ofensivos como um dos pressupostos da responsabilidade civil do agente.¹⁵² Em 1962, na primeira revisão ministerial, o artigo 463 não mencionou a verdade como critério de exclusão, entretanto, continuou a conferir um especial tratamento. Já na segunda revisão ministerial, houve total abandono a qualquer referência à veracidade ou falsidade dos fatos. Realmente, esse dispositivo foi incorporado ao Projeto do Código Civil e foi incluído no Código Civil aprovado.

O parágrafo 824 do BGB alemão estipula que a divulgação de fatos verdadeiros ofensivos da honra enseja a ausência de responsabilidade civil do divulgador.

De fato, mais do que concluir pela total eficácia ou ineficácia da *exceptio*, é imprescindível medir a responsabilidade através do princípio da proporcionalidade. A eventual responsabilização somente existirá nas hipóteses em que a divulgação desses fatos, em conformidade com a realidade histórico-social, for totalmente desequilibrada. Em síntese, é possível a existência do dever de indenizar caso os relatos sejam de fatos verdadeiros. Para não existir essa obrigação, quando da violação do bom nome e do crédito, deve-se aferir se o meio de divulgação foi apropriado para atingir o seu fim e adequado face aos interesses prosseguidos pela declaração do lesante. Além disso, o meio deve ser o único ou o menos ofensivo para que o agente possa atingir o fim pretendido à luz da liberdade de expressão, e deve haver uma correta proporcionalidade em sentido estrito no conflito entre os interesses prosseguidos pelo agente na declaração e os bens atingidos do ofendido.

Diante deste raciocínio, conclui-se que a *vexata quaestio* deve ser solucionada no plano da colisão de direito de igual espécie, cujo critério de resolução é o princípio da concordância prática esculpido no artigo 335.

integrar, no âmbito normativo do artigo 484, a necessidade de as afirmações serem verdadeiras. Nesse sentido, a regra geral, em conformidade com o seu raciocínio, seria da irresponsabilidade do divulgador de fatos verdadeiros. Ressalva, no entanto, que estas declarações não estão imunes à qualificação de ilícitas, todavia, se tal acontecer, não será por via do artigo 484.

¹⁵² Vide Boletim do Ministério da Justiça, n° 101, dezembro, 1960, p.113.

Em regra, a divulgação de fatos falsos é potencialmente geradora de danos. Já quando a falsidade é clara, manifesta e inequívoca, não há que se falar em colisão entre honra e liberdade de expressão, já que nessa situação se está diante de verdadeiro abuso de direito, na forma do artigo 334.

No tocante à divulgação de fatos verdadeiros ou não demonstravelmente verdadeiros, a sua potencialidade ofensiva é claramente mais reduzida. Assim sendo, a sindicância sobre a especial ilicitude deverá ser realizada através do critério geral de resolução de uma colisão de direitos de mesma natureza e conteúdo. Em conformidade com esse raciocínio, cada direito deve ceder na medida do que é estritamente necessário. A ilicitude, nesse caso, reside no próprio excesso no exercício da liberdade de expressão, na sua vertente de liberdade de divulgação de fatos, ensejando a ausência de concordância prática.

As finalidades do divulgador e o círculo de destinatários devem ser analisados no âmbito da prossecução de interesses legítimos.

Apesar disso, a questão deve ser analisada de forma diferente no caso da ofensa ao crédito ou do bom nome das pessoas coletivas. Nessa situação, a *exceptio* poderá ter uma eficácia absoluta. Sustenta-se no sentido de que as pessoas coletivas assumem uma menor dimensão pessoal e uma maior publicidade, o que, obviamente, implica em uma clara limitação do seu âmbito normativo de proteção e um maior peso da verdade.

Na hipótese de o ofendido ser uma pessoa já falecida, a aplicação do princípio da proporcionalidade ganha uma grande importância. De fato, a morte pode dificultar a análise se os fatos relatados sobre uma pessoa são verdadeiros ou não. Algumas informações pessoais que somente o ofendido poderia fornecer para contestar eventual relato não poderão ser exteriorizadas.

4.5 Ofensa ao crédito e ao bom nome das pessoas coletivas

A admissibilidade dos direitos da personalidade *post mortem* não encontra o mesmo raciocínio da possibilidade dos direitos da personalidade da pessoa coletiva. As situações são diferentes e merecem uma análise.

A possibilidade de a pessoa coletiva (chamada no Brasil de jurídica) ser ofendida no seu bom nome ou crédito é uma questão pacificada na legislação

portuguesa. O artigo 484 não deixa qualquer tipo de dúvida acerca desta questão. O dispositivo expressamente admite a responsabilização daquele que “prejudicar o crédito ou o bom nome de qualquer pessoa, singular ou colectiva”. Apesar disto, alguns doutrinadores ficaram perplexos com a opção do legislador português.¹⁵³

Pais de Vasconcelos diverge da titularidade dos direitos da personalidade das pessoas coletivas. Segundo o autor, a formulação conferida pelo legislador ao artigo 70 somente se refere a indivíduos. Sustenta que essa referência a “indivíduos” foi intencional e tem o objetivo de excluir os direitos da personalidade das pessoas coletivas. Já em relação à previsão do artigo 484 do mesmo diploma legal, tal regra, segundo o raciocínio do doutrinador, não teria o condão de conferir qualquer direito da personalidade às pessoas coletivas.¹⁵⁴ Menezes Cordeiro, nessa esteira de raciocínio, sustenta que os direitos da personalidade foram historicamente e dogmaticamente criados para servir o ser humano. A extensão desses direitos decorre de um entendimento defeituoso quanto à amplitude da personalidade.¹⁵⁵

Em relação às pessoas singulares, a imposição da personalidade jurídica decorre de uma clara exigência ética imposta pelo direito e decorre do fato de todos os indivíduos terem o direito de reivindicar o respeito pela sua dignidade pessoal.¹⁵⁶ Além da tutela individual de todo o ser humano, o ordenamento jurídico não pode fechar os olhos para a vertente comunitária vinculada à existência do homem. Isto se deve ao fato de a integração comunitária constituir uma verdadeira condição ontológica para o desenvolvimento e afirmação da pessoa humana.¹⁵⁷

Nesse contexto, é necessário identificar uma diferença existente entre o reconhecimento natural da pessoa singular, que é um inequívoco pressuposto para a plena realização da pessoa humana, da personificação da pessoa coletiva, a qual necessita de uma maior elaboração técnico-jurídica. Em uma análise comparativa, é possível verificar que a aquisição da personalidade jurídica de qualquer pessoa singular se dá com o seu nascimento com vida, que é um fato natural. Diferentemente do que ocorre com a pessoa coletiva. A sua personalidade jurídica decorre de um

¹⁵³ Matos, Filipe Miguel Cruz de Albuquerque. *Responsabilidade Civil por ofensa ao crédito ou ao bom nome*. p. 363.

¹⁵⁴ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Direito de personalidade*. p.122.

¹⁵⁵ CORDEIRO, Antônio Menezes. *Tratado de Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2004. v. IV p. 103-106.

¹⁵⁶ MATOS, Filipe Miguel Cruz de Albuquerque. *Responsabilidade Civil por ofensa ao crédito ou ao bom nome*. p. 364.

¹⁵⁷ Op. cit. p. 364.

reconhecimento legal. De fato, não existem dúvidas de que as pessoas coletivas existem para atender os interesses pessoais das pessoas singulares. A sua existência objetiva alcançar a felicidade e os anseios da pessoa humana.

No tocante à titularidade do direito ao bom nome ou ao crédito das pessoas coletivas, é necessário aferir a questão a propósito da capacidade jurídica de gozo, prevista no artigo 67. Ela é uma categoria que decorre da personalidade jurídica, é inerente a ela. A personalidade possui uma natureza mais universal, enquanto a capacidade mais conjuntural. Estas considerações, aplicáveis normalmente no âmbito das pessoas singulares, possuem certas peculiaridades quando incidentes nas organizações de pessoas e bens. Em relação a estas, é forçoso reconhecer que a sua capacidade de gozo é mais circunscrita e diversificada.¹⁵⁸

A maior restrição está consubstanciada no afastamento das pessoas coletivas do círculo de titularidades dos seus direitos, notadamente referente à individualidade física e emocional. Nesse contexto, em relação aos direitos vinculados ao desenvolvimento da personalidade humana, não é possível visualizá-los em uma pessoa coletiva. A análise de alguns direitos¹⁵⁹ demonstra que os estender para as organizações de pessoas ou de bens é desvirtuar por completo a disciplina jurídica fundamental do instituto.

Por outro lado, encontra-se pacificado que as pessoas jurídicas possuem algumas proteções dos direitos da personalidade, estando incluída nesse rol a tutela do crédito ou do bom nome. Nessa perspectiva, o próprio Código Civil português, em seu artigo 484, aduz expressamente que existe responsabilidade civil no caso de violação a estes direitos da personalidade de pessoas singulares e coletivas.

¹⁵⁸ MATOS, Filipe Miguel Cruz de Albuquerque. *Responsabilidade Civil por ofensa ao crédito ou ao bom nome*. p. 367.

¹⁵⁹ O direito à livre determinação sexual, que apesar de não se encontrar tipificado, decorre da aplicação da cláusula geral de tutela da personalidade, esculpida no artigo 70. Assim sendo, prerrogativas decorrentes deste direito, como à livre escolha de orientação sexual, incluindo nela a possibilidade de uma liberdade sexual negativa, devem ser afastadas da capacidade jurídica de gozo das organizações de bens e pessoas. Não é possível imaginar, no âmbito de uma pessoa coletiva, a defesa desse direito pessoal, que é ligado à pessoa humana. Decorre de sua autonomia de escolha. Mesmo eventuais pessoas coletivas com objetivos e difusão de ideias ligadas à expansão da liberdade de determinação sexual não possuem tal direito, que é vinculado à liberdade sexual em uma dimensão intrinsecamente pessoal. Nessas organizações, o valor fundamental é a liberdade de divulgação de opiniões acerca da orientação sexual. (MATOS, Filipe Miguel Cruz de Albuquerque. *Responsabilidade Civil por ofensa ao crédito ou ao bom nome*. p. 368-369.)

Nesse sentido, Albuquerque Matos admite a assunção pelas pessoas coletivas de “algumas objetivações ou concretizações do direito geral da personalidade”¹⁶⁰, respeitadas as peculiaridades exigidas pelo princípio da especialidade do fim, esculpido no artigo 160.¹⁶¹

As atividades normalmente desenvolvidas pelas pessoas coletivas denotam que o seu crédito ou bom nome tem grande probabilidade de serem ofendidos. Em razão das interações sociais realizadas durante o decurso de um tempo, ensejam a aquisição de uma reputação e um prestígio social. E normalmente esses valores estão vinculados à atividade desenvolvida pela organização. Em razão disto, o bom nome da pessoa jurídica é um dos elementos mais importantes do fundo empresarial e possibilita a celebração de novos negócios.

De fato, a divulgação de fatos ofensivos ao bom nome da organização de pessoas e bens causa um prejuízo às atividades desta entidade, além de macular a reputação adquirida.¹⁶²

Por fim, resta saber quais seriam os danos ressarcíveis quando da violação do crédito ou do bom nome dessas organizações.

Ecoam vozes na doutrina limitando o âmbito de incidência destas indenizações. Sustentam que as lesões sofridas em bens não patrimoniais, cujos efeitos são produzidos no plano sentimental, afetivo, ou até físico, gerando desgosto, não se poderia, segundo esse raciocínio, considerar as pessoas coletivas como sujeitos ativos destes direitos às indenizações. Argumenta-se que esses prejuízos são inseparáveis da pessoa humana e, conseqüentemente, afasta a capacidade de gozo das pessoas jurídicas. Diante disto, somente seria admissível a ocorrência de danos patrimoniais indiretos, possibilitando

¹⁶⁰ MATOS, Filipe Miguel Cruz de Albuquerque. *Responsabilidade Civil por ofensa ao crédito ou ao bom nome*. p. 372.

¹⁶¹ Essa conclusão não tem o condão de fragmentar o direito geral da personalidade. Ele somente será concebido em sua vertente *rahmenrecht*.

¹⁶² Albuquerque Matos identifica que na violação do crédito ou bom nome da pessoa singular existe uma referência imediata à dignidade humana como fundamento da tutela. Já no tocante à tutela do bom nome da pessoa coletiva não está presente essa dimensão eminentemente pessoal. Neste contexto, o apelo à dignidade humana como fundamento axiológico da proteção somente se pode admitir em termos mediatos ou reflexos. (MATOS, Filipe Miguel Cruz de Albuquerque. *Responsabilidade Civil por ofensa ao crédito ou ao bom nome*. p. 378). De fato, na hipótese das pessoas coletivas é possível perceber que a dimensão pessoal está um pouco mais distante. Apesar disto, não é correto afirmar um grande afastamento. Na criação de uma determinada organização seus membros objetivam realizar, através desta, certas dimensões da sua própria personalidade. As características pessoais, em regra, transferem ao ente *colectio* parte de sua identidade.

somente a indenização decorrente de danos emergentes, lucros cessantes ou outras perdas econômicas, todas elas de cunho material.¹⁶³

A questão suscitada pela doutrina apresenta um pressuposto certo, ou seja, na ofensa ao bom nome da pessoa jurídica não há que se falar em valor emocional, afetivo ou estimatório. Essas organizações efetivamente não possuem estes valores. Como bem ressalta Albuquerque Matos, o bom nome e a reputação das pessoas coletivas possuem um caráter mais relacional, vinculados à geração de contatos empresariais, relações negociais e possibilidades aquisitivas para a organização.^{164 165}

O ordenamento jurídico brasileiro possui regramento próprio. Diferente do sistema português, o CCB não possui uma regra expressa no tocante à possibilidade da violação da honra da pessoa jurídica. Optou o legislador, de forma perigosa, em estipular uma norma extensiva da proteção dos direitos da personalidade. O artigo 52 preconiza que “Aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, à proteção dos direitos da personalidade.”

Antes da edição do atual CCB, que ocorreu em 2002, o Superior Tribunal de Justiça, através de enunciado 227¹⁶⁶, já havia pacificado o entendimento acerca da admissibilidade da pessoa jurídica figurar como lesado em um dano moral.¹⁶⁷

A doutrina brasileira mais abalizada sustenta que o legislador se desviou da melhor técnica ao conferir as proteções dos direitos da personalidade para as pessoas jurídicas. De fato, os direitos da personalidade gravitam em torno da condição humana.

¹⁶³ MATOS, Filipe Miguel Cruz de Albuquerque. *Responsabilidade Civil por ofensa ao crédito ou ao bom nome*. p. 378.

¹⁶⁴ *Ibidem*, p. 378-379.

¹⁶⁵ Alguns autores, de forma equivocada, sustentam a possibilidade de a pessoa jurídica ser indenizada por danos não patrimoniais, especialmente levando em conta uma função punitiva acessória que existiria. Aqueles que não conseguem visualizar no dano não patrimonial a ocorrência de uma dupla função, por coerência, também não podem admitir a possibilidade de sua fixação na hipótese de ofensa ao bom nome da pessoa coletiva, já que o objetivo da compensação pecuniária seria amenizar o sofrimento causado, e esta função é típica e exclusiva da pessoa humana. O raciocínio está totalmente equivocado, visto que o ordenamento não preconizou nenhuma função de caráter sancionatório ao dano não patrimonial, sob pena de ensejar claro enriquecimento ilícito por parte do ofendido.

¹⁶⁶ “A pessoa jurídica pode sofrer dano moral.”

¹⁶⁷ A doutrina brasileira vem divergindo muito sobre o tema, apesar da pacificação jurisprudencial. Atualmente, de forma majoritária, é a tese que visualiza a pessoa jurídica como sujeito passivo de dano moral. A pessoa jurídica desenvolveria atividades sob um prisma extramaterial (função social da empresa), visto que o patrimônio da pessoa jurídica possui aspectos econômicos e não econômicos. Ela possuiria uma reputação, um prestígio social. (POPP, Carlyle. *Pessoa Jurídica*. In: LOTUFO, Renan; NANINI, Giovanni Ettore (Coordenação). *Teoria Geral do Direito Civil*. São Paulo: Atlas, 2008. p.333). O segundo entendimento, que é o adequado, sustenta a impossibilidade de a pessoa jurídica sofrer dano moral. Ela não é titular de direitos da personalidade, não possui características inerentes à pessoa humana.

A proteção conferida pelo ordenamento jurídico aos direitos da personalidade é reservada ao núcleo essencial da pessoa humana.

De fato os danos existentes são patrimoniais. Normalmente vinculados à desvalorização da marca, com eventual queda nas vendas, nos valores de suas ações (se tiverem) e desestímulo aos negócios. A dificuldade existente em quantificar esses danos é que vem levando a jurisprudência, especialmente a brasileira, em fixar tudo a título de dano moral, com fundamento na alegada função punitiva.

Diante de todos os fundamentos apresentados, é inequívoco que a tutela do bom nome da pessoa coletiva não encontra nenhuma semelhança com a existência dos direitos da personalidade *post mortem*. As situações possuem fundamentos totalmente distintos. Na postergação dos direitos para após o término da vida, a proteção ocorre com base axiológica na dignidade da pessoa humana. A ideia da aquisição do patrimônio moral durante toda uma vida não poderia simplesmente desaparecer com o falecimento da pessoa. Nessa perspectiva, a proteção *post mortem* se fundamenta em torno da dignidade humana, notadamente a postergação do seu alcance.

Por fim, resta saber se a essência da postergação dos direitos da personalidade após o falecimento da pessoa singular, permitindo a defesa de eventuais ofensas ao bom nome do *de cuius*, também poderia ser aplicada às pessoas jurídicas. Uma pessoa coletiva extinta poderia tutelar o seu bom nome, em caso de ofensa?

A pessoa coletiva, conforme já salientado, possui diferenças claras em relação à pessoa singular. A possibilidade de objetivações e concretizações dos direitos da personalidade não é irrestrita. A aquisição da personalidade de uma pessoa humana depende somente do seu nascimento, que é um fato natural. Já a personificação de uma pessoa jurídica decorre de uma construção jurídica. A proteção conferida às pessoas coletivas, especialmente no tocante ao bom nome, é uma exceção. O crédito ou o bom nome, verdadeiros direitos da personalidade humana, tem suas proteções estendidas para as organizações de pessoas ou bens não como regra. A partir do momento em que essa pessoa coletiva deixa de existir, não há que se falar em reputação ou prestígio social dela. Neste momento, se acontecer alguma ofensa, será direcionada efetivamente às pessoas singulares que as compunham.

Ressalte-se que com o término da pessoa jurídica os seus objetivos, que refletem indiretamente na pessoa humana, e é o fundamento da proteção não mais existe. A pessoa jurídica, enquanto ela existe, é um instrumento do desenvolvimento da potencialidade da pessoa humana. Nesse contexto, no momento de sua extinção esses objetivos não mais são perseguidos.

Assim sendo, não se vislumbra a possibilidade de equiparar a ideia da tutela da honra das pessoas falecidas, através do fenômeno do prolongamento dos direitos da personalidade, com a suposta defesa do bom nome de uma pessoa coletiva extinta. Repita-se. Nessa situação existe uma confusão entre o bom nome da organização com o da pessoa singular. A possível ofensa, sem dúvida nenhuma, será sentida pelas pessoas que integravam a organização.

4.6 Outros direitos da personalidade *post mortem*

A ideia de projeção dos direitos da personalidade *post mortem*, como já ressaltado no presente trabalho, encontra uma limitação decorrente do simples fato de o lesado já ter falecido. Obviamente, nem todos aqueles direitos pertencentes às pessoas vivas poderiam ser transferidos automaticamente para o falecido com o evento morte. É necessária a existência de uma compatibilidade com esse novo estado.

O presente estudo tem como objetivo primordial o aprofundamento na violação da honra (bom nome e crédito) das pessoas já falecidas, entretanto, é indispensável o estudo de outros direitos pertencentes ao morto, reputados como mais importantes e vinculados, de alguma forma, ao objeto da investigação.

4.6.1 Transplantes *post mortem*

A permissão dos transplantes *post mortem* tendência, claramente, a existência de interesses conflitantes. De um lado está presente a autonomia individual (especificamente o direito de disposição do corpo para após a morte) e, de outro, a necessidade de ultrapassar a escassez de órgãos para transplantação, fundamentada em um interesse comunitário.

O ordenamento jurídico brasileiro, segundo previsto na legislação, optou claramente por um sistema muito mais restritivo, diferente do preconizado pelo legislador português que estimula a circulação de órgãos para o transplante. Em uma

análise comparativa, o sistema de transplantes do Brasil possui regramento no sentido diametralmente oposto ao português, ou seja, somente existirá a doação *post mortem* caso haja manifestação expressa nesse sentido.¹⁶⁸

O sistema português, em conformidade com a Lei nº 12/93, denota uma facilitação na dádiva de cadáveres e de órgãos e tecidos que deles possam ser colhidos. Nesse dispositivo legal, está consagrada a dissolução de dissentimento, permitindo a cada pessoa a manifestação positiva da vontade de se opor à utilização do seu cadáver. Assim sendo, se não existir oposição, é lícita a utilização para determinados fins e no respeito ao regime legal fixado.¹⁶⁹

A Lei nº 12/93 é o terceiro diploma sobre o tema em Portugal. Anteriormente vigorou o Decreto-Lei nº 553, de 13 de julho de 1976, e o Decreto-Lei nº 45.683, de 25 de abril de 1964¹⁷⁰. O artigo 10º da Lei nº 12/93 combina a solução de dissentimento e a irrelevância da vontade dos familiares ou sucessores da pessoa falecida. Trata-se de uma solução de dissentimento estritamente pessoal¹⁷¹. Nos termos do n. 1 deste artigo, são potenciais doadores *post mortem* todos os cidadãos nacionais, os apátridas e os estrangeiros residentes em Portugal que não tenham manifestado junto ao Ministério da Saúde a sua qualidade de não doadores. O artigo 13, n. 6, estabelece ainda que “quando não tiver sido possível identificar o cadáver, presume-se a não oposição à dádiva se

¹⁶⁸ Apesar da *ratio essendi* da legislação brasileira ser a mesma da portuguesa, ou seja, o estímulo à doação de órgão, o país ainda não está preparado para a abertura do sistema. De fato, a possibilidade de fraudes e estímulo, mesmo que indireto, poderia aumentar eventual comércio ilícito de órgãos. Para uma aproximação do sistema português, seria necessário um melhor controle sobre os doadores e os transplantes a serem realizados.

¹⁶⁹ Gomes da Silva alude a um “direito ao aproveitamento de cadáveres” por parte da comunidade. (SILVA, Gomes da. Colheita de órgãos e tecidos nos cadáveres. p. 252.)

¹⁷⁰ O artigo 4º do DL 45.683/64 permitia a qualquer pessoa, maior ou emancipada, dispor do seu corpo, autorizando ou proibindo que nela se fizessem colheitas de tecidos ou órgãos, através de declaração verbal reduzida a auto, de documento por ela escrito e assinado, com reconhecimento notarial da letra e assinatura ou por documento autêntico ou autenticado. Todavia, o artigo 5º concedia ao Governo o direito de ordenar a colheita, mesmo nos casos em que estivesse registada proibição do falecido, sob a alegação de grave motivo de interesse público. Caso não se tivesse verificado a proibição ou autorização prevista no artigo 4º, a família do falecido poderia opor-se à colheita, nos termos do artigo 7º.

¹⁷¹ A solução de dissentimento estritamente pessoal já havia sido introduzida pelo art. 5º do DL 553/73. Nos termos deste artigo, os médicos não podiam proceder à colheita de órgãos quando, por qualquer forma, lhes fosse dado conhecimento da oposição do falecido. Consagrava uma presunção *iuris tantum* de que os médicos podiam proceder àquela colheita quando não lhes tinha sido dado conhecimento da oposição do falecido. A oposição em causa devia ser levada ao conhecimento dos médicos por terceiros (familiares ou amigos), visto que não há qualquer indicação expressa das pessoas que a podem deduzir em nome do falecido. A norma é omissa a respeito da oposição que possa ser manifestada em vida por qualquer cidadão, especialmente do que se encontra internado em estabelecimento hospitalar. O artigo não exige qualquer autorização da família para a colheita. Não lhe confere qualquer direito de oposição. Limita-se a reconhecer à família o direito de informar os médicos de qualquer oposição do falecido.

outra coisa não resultar dos elementos circunstanciais”¹⁷². Verifica-se que a regra no sentido oposto ao preconizado na lei brasileira.

4.6.2 Direito à imagem

O uso da imagem das pessoas já falecidas é fato corriqueiro nas relações sociais e, eventualmente, é objeto de abuso a ensejar a violação do direito da personalidade que, nesse caso, é prolongado para após o falecimento do titular do bem.

A imagem é pacificamente tratada como um direito da personalidade. Ela está intrinsecamente vinculada ao indivíduo como ser, sendo a projeção externa de seus caracteres físicos pessoais.

A imagem, verdadeiro direito da personalidade, tem uma clara natureza mista.¹⁷³ Esse direito protege ao mesmo tempo interesses pessoais (a autodeterminação sobre a própria imagem) e patrimoniais (o aproveitamento econômico da própria imagem). A existência de uma vertente patrimonial não descaracteriza a natureza de direito da personalidade da imagem, em razão de ela proteger bem ligado ao ser humano em sua individualidade.¹⁷⁴

O direito à imagem está preconizado no artigo 79 do Código Civil português e no artigo 20 do brasileiro. As duas legislações preveem nos mesmos dispositivos legais a tutela *post mortem* da imagem, elencando os legitimados para as suas defesas, bem como os critérios para tal.

O reconhecimento de um aproveitamento econômico do direito à imagem enseja um embate entre duas grandes construções, chamadas de dualista e monista. A análise refere-se à existência ou não de um aproveitamento econômico autônomo do direito da personalidade. A teoria dualista visualiza essa autonomia, enquanto a monista reconhece um direito unitário à imagem com conteúdo pessoal e patrimonial.

¹⁷² O art. 13, n. 6, é inadmissível tendo em conta que estabelece uma presunção de não oposição à dádiva, mas sem qualquer fundamento pessoal, o que comporta uma ampla margem de arbítrio. O dever de respeito ao cadáver tem que incidir igualmente sobre todos os cadáveres humanos, sobretudo no que se refere ao aproveitamento dos seus tecidos ou órgãos. Este preceito torna-se uma porta aberta do sistema, principalmente em relação aos sinistrados da estrada. Neste sentido: SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. *O direito geral de personalidade*. p. 190-191, nota 340.

¹⁷³ FESTAS, David de Oliveira. *Do conteúdo patrimonial do direito à imagem – contributo para um estudo do seu aproveitamento consentido* inter vivos. Coimbra, Coimbra Editora, 2009. p 28-29.

¹⁷⁴ Menezes Cordeiro identifica que a não patrimonialidade é uma característica do direito da personalidade. Apesar disso, ao se referir ao direito da imagem, visualiza uma feição patrimonial. (CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil*. Parte Geral, p. 33-38.)

O denominador comum das construções dualistas é o reconhecimento de um direito subjetivo autônomo que tem por objeto o aproveitamento econômico dos bens da personalidade patrimoniais, especificamente a imagem. O direito norte-americano é o expoente máximo do dualismo, no qual se distingue o *right of privacy (personal right)* do *right of publicity (intellectual property right)*.

Não existem dúvidas de que a influência do Direito dos Estados Unidos da América fez surgir na Europa doutrinadores partidários das soluções dualistas, especialmente na doutrina germânica.

Do mesmo modo que não existe com as teorias dualistas, não há uma teoria monista uniforme. De fato, é possível visualizar uma pluralidade de construções com divergências significativas.

Apesar disso, é incontroversa a recusa da recepção do modelo norte-americano, sendo adotada pelos direitos civis português e brasileiro a teoria monista. A literatura germânica também adota, de forma dominante, o pensamento monista.

O pressuposto das teorias dualistas é totalmente equivocado. Dissociar os valores pessoais e patrimoniais dos direitos da personalidade (nesse caso a imagem) é errôneo. Não existem dúvidas de que o aproveitamento econômico da imagem implica obrigatoriamente a pessoa do retratado. Não se pode imaginar um aproveitamento econômico de um retrato sem aferir a autodeterminação de uma pessoa sobre sua imagem. O aproveitamento, obviamente, implica na exposição do indivíduo em sua globalidade, logo também na sua dimensão pessoal. A própria admissibilidade, em algumas situações, de indenizações por danos patrimoniais e não patrimoniais quando do aproveitamento econômico não autorizado da imagem, demonstra, mesmo que implicitamente, a impossibilidade de dissociar os valores pessoais dos patrimoniais.

A ideia tradicional de que os direitos da personalidade não protegem valores patrimoniais e, conseqüentemente, não podem ter conteúdo patrimonial está sendo abandonada. O próprio Código Civil português menciona claramente a possibilidade do lançamento no comércio do retrato, conforme aduzido no n. 1 do artigo 79. O CCB, também o faz em seu artigo 20. A proteção pela legislação dos valores patrimoniais associados à imagem não permite, por si só, a construção de um direito autônomo à exploração econômica da imagem.

A legislação portuguesa, notadamente no n. 1 do artigo 79, estipula que os legitimados para conceder autorização para exposição do retrato dos falecidos são aqueles relacionados no rol do artigo 71, que trata da ofensa às pessoas já falecidas. Analisando o dispositivo, verifica-se a existência de uma clara diferença, visto que para autorização do uso da imagem da pessoa falecida existe determinação expressa no sentido de seguir a ordem prevista no artigo 71, ao passo que nas demais situações da tutela dos direitos da personalidade *post mortem* não existe essa determinação legal. Essa exegese é extraída da utilização da expressão “segundo a ordem nele indicada”, existente no n. 1 do artigo 79 do Código e inexistente no 71.

Já em relação à legislação brasileira, verifica-se uma opção mais restritiva, visto que o parágrafo único do artigo 20 restringe aos descendentes e ascendentes a legitimidade para tutelar qualquer ofensa à imagem da pessoa falecida. Nesse aspecto, afere-se uma especialidade do artigo 20 em detrimento da legitimidade geral da tutela da personalidade *post mortem* preconizada no parágrafo único do artigo 20, o qual prevê uma legitimação muito mais ampliada.

O direito à imagem deve ser distinguido de outros direitos da personalidade. Por razões históricas e até conceituais, a imagem nem sempre figurou como direito autônomo. Historicamente a tutela da imagem sempre esteve vinculada ao direito à honra. O Código Civil ao preconizar uma disposição específica para a imagem deu um grande passo para sua autonomização.^{175 176}

Nesse sentido, é possível visualizar que o objeto da imagem é a aparência exterior, enquanto a honra pode ter por objeto a honra social (a apreciação que a comunidade faz sobre cada um dos seus membros) e a honra pessoal (apreciação que cada pessoa faz de si mesma). O direito à imagem permite que a pessoa delimite como o seu retrato pode ser captado, exposto, reproduzido ou economicamente aproveitado. Em uma perspectiva instrumental, a honra também é tutelada pela imagem. É possível que a

¹⁷⁵ Nesse sentido: FESTAS, David de Oliveira. *Do conteúdo patrimonial do direito à imagem – contributo para um estudo do seu aproveitamento consentido* inter vivos. p. 77-78.

¹⁷⁶ O Código Civil português preconiza no artigo 79 um dispositivo específico para a tutela da imagem. Já a honra é tutelada em regra diferente, ou seja, no artigo 70. A legislação brasileira não utilizou a mesma técnica legislativa portuguesa. É inequívoco que o legislador perdeu grande oportunidade de regulamentar de maneira mais adequada os direitos da personalidade. Mesmo assim, é possível extrair da exegese do artigo 20 do Código Civil a intenção em preconizar o direito à imagem de forma autônoma, visto que ao regulamentar os critérios para a sua utilização a diferenciou de outros direitos, como a própria honra.

reprodução ou exposição de uma imagem, vinculada a uma mensagem de caráter ofensivo, possa violar o bom nome ou o crédito de uma pessoa.¹⁷⁷

A reprodução ou exposição da imagem de uma pessoa pode, ao mesmo tempo, ensejar uma violação ao direito à imagem e ao direito à honra.

A reserva da intimidade da vida privada também não se confunde com o direito à imagem. Novamente, a autonomização realizada pelo próprio Código Civil português não deixou qualquer tipo de margem para dúvidas. A consagração dos direitos em dispositivos diversos (arts. 79 e 80) representou um grande passo para a autonomização dos direitos.

A distinção entre os dois direitos é clara. Na imagem, está em causa o direito que um sujeito tem de determinar se, quando e como deve a imagem ser captada, divulgada ou lançada no comércio. Nesta situação, o direito à imagem é um instrumento de proteção da intimidade da vida privada. Ao contrário, pode ocorrer a violação desta sem a ocorrência de violação à imagem, como no caso de divulgação de escritos relativos à vida privada sem que haja exibição ou reprodução de um retrato. Por fim, pode ocorrer a violação simultânea da imagem e da intimidade da vida privada. Para tal, basta imaginar a publicação de um retrato em uma situação de sua vida privada.¹⁷⁸

¹⁷⁷ Nesse sentido: FESTAS, David de Oliveira. *Do conteúdo patrimonial do direito à imagem – contributo para um estudo do seu aproveitamento consentido inter vivos*. p 80.

¹⁷⁸ *Ibidem*, p. 83-84.

PARTE V – DECURSO DO TEMPO

5.1 O tempo

A tutela do bom nome ou do crédito de uma pessoa que já faleceu, por si só, pode ensejar uma presunção de menor gravidade da violação desse direito. O fato de o lesado não se encontrar mais entre o público receptor da ofensa mitiga uma dor que possivelmente ocorreria caso ele ainda estivesse vivo. Além disso, pode ocorrer que o decurso do tempo do falecimento de um indivíduo pode demonstrar, no caso concreto, uma falta de interesse pela informação do público, que em razão do tempo tem menos interesse por fatos imputados aos falecidos.

Capelo de Sousa aduz que a necessidade jurídica de salvaguardar a memória perde, em rigor, peso com o decurso do tempo ou por força de particularidades sociais, nomeadamente a investigação histórica¹⁷⁹.

A doutrina alemã também visualiza o efeito do decurso do tempo na tutela dos direitos da personalidade *post mortem*. De acordo com Hannes Höslér¹⁸⁰, a necessidade de o Estado proteger os direitos do falecido diminui à medida que a memória de um indivíduo desaparece com o decurso do tempo.

A decorrência de grande lapso temporal entre a data da morte e a suposta ofensa ao crédito ou ao bom nome produz efeitos na análise da problemática. Duas questões muito interessantes podem surgir. A primeira delas é a análise da possibilidade da aplicação, por analogia, das regras previstas na Lei de Direitos Autorais referentes ao prazo máximo para o seu exercício após a morte; a segunda diz respeito a saber quais serão os efeitos do decurso do tempo na tutela indenizatória do bom nome ou crédito das pessoas já falecidas.

5.2 Prazo

A questão suscitada tem relevância tanto no Direito Brasileiro como no Português. Em ambos os sistemas, o legislador optou em não conferir um prazo máximo, contado da data da morte, para a tutela das ofensas aos direitos da personalidade *post mortem*. No tocante aos direitos autorais e conexos, as duas

¹⁷⁹ SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. *O direito geral de personalidade*. p. 197.

¹⁸⁰ HÖSLER, Hannes. Dignitarian posthumous personality rights – an analysis of U.S. and German Constitutional and Tort Law. In: *Berkeley Journal of International Law*, v. 26, p. 180.

legislações especiais preconizaram um lapso temporal máximo, permitindo o exercício dos direitos lá previstos.

A legislação portuguesa, em algumas situações, fixa períodos temporais relevantes da personalidade do *de cuius*, notadamente na prática de infração penal contra a memória da pessoa falecida ou a tutela dos direitos autorais¹⁸¹.

O n. 3 do artigo 185 do Código Penal português estipula o prazo de 50 anos¹⁸² do falecimento para permitir a punição criminal da ofensa à memória da pessoa falecida. A legislação penal lança sobre as práticas delitivas, mesmo aquelas mais graves e hediondas, um manto de esquecimento, que em termos dogmáticos é conhecido como prescrição, que pode ser do procedimento criminal (art. 118 e seguintes) ou da pena (art. 122 e seguintes). Os pilares axiológicos da existência do instituto da prescrição penal são diferentes daqueles da previsão ora analisada.

O prazo prescricional tem como pressuposto a existência de uma possível infração penal, ou seja, ele se inicia após a ocorrência de uma suposta conduta com relevância penal. Já neste caso é totalmente diferente. O prazo inicia-se na data do falecimento e o legislador, com fundamento na segurança jurídica e em um raciocínio de que o distanciamento entre o falecimento e a conduta danosa minimiza a potencialidade ofensiva do bem jurídico tutelado, exclui a punibilidade da conduta. Faria Costa¹⁸³ visualiza nesta dicotomia um paralelismo no sentido inverso, posto que em ambos o objetivo está no impedimento da rememoração.¹⁸⁴

Apesar disso, não se pode negar a existência de similitudes entre os institutos, um verdadeiro paralelismo material, notadamente em razão do objetivo de obstar a atuação do Direito Penal, que tem um viés sancionatório, nestas situações, nas quais o tempo, por si só, já excluiu a potencialidade lesiva das condutas.

¹⁸¹ SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. *O direito geral de personalidade*. p. 197.

¹⁸² Faria Costa identifica uma incompatibilidade na previsão deste prazo de 50 (cinquenta) anos na ofensa à memória comparado com os maiores prazos prescricionais que são, notadamente, bem inferiores, quais sejam: 15 e 20 anos. A memória individual, segundo o renomado autor, não poderia ter uma proteção muito superior em razão de fundamento para tal. O nojo coletivo de meio século perante a memória individual seria um exagero. (COSTA, José de Faria. Anotação ao artigo 185º do Código Penal. In: *Comentário Conimbricense do Código Penal*. p.970-971.)

¹⁸³ *Ibidem*, p. 970.

¹⁸⁴ O prazo preconizado no n. 3 do artigo 180 proíbe a rememoração da memória do falecido segundo a perspectiva do Direito Penal, a qual possui natureza claramente punitiva. Obviamente que a tutela preventiva ou repressiva civilística continua podendo ser usada. O manto de esquecimento é lançado somente para fins penais, permitindo que a história ou outros ramos do Direito tutelem a memória dos falecidos.

A problemática suscitada é saber sobre a possibilidade da utilização do prazo de 70 anos, preconizado no artigo 31 do Código do Direito do Autor (Decreto-Lei nº 63/85), para obstar a tutela dos direitos da personalidade *post mortem*, nomeadamente a violação ao bom nome e ao crédito.

A suposta omissão não pode ser colmatada pelo mecanismo da analogia¹⁸⁵. O sistema do Direito Autoral possui regramento próprio e sua incidência é diferente da tutela ao bom nome ou ao crédito, bem como dos demais direitos da personalidade *post mortem*. Diante dessa diferença, o método exegético da analogia não tem aplicação, notadamente em razão da regra de prescrição ser excepcional e extintiva de uma pretensão¹⁸⁶.

Saliente-se que a pretensão da reparação civil das ofensas ao bom nome e ao crédito das pessoas falecidas está sujeita aos prazos prescricionais normais, contados da data da ocorrência do ilícito. A problemática ora exposta refere-se à existência de um prazo obstativo para essa tutela contado a partir da data do falecimento, nos moldes da legislação espanhola e do Código de Direito Autoral.

A legislação espanhola, na Lei Orgânica nº 1, de 5 de maio de 1982, normatiza a tutela *post mortem* dos direitos da personalidade. Essa lei não prevê a possibilidade de postulação indenizatória, mas sim uma legitimidade subsidiária. Diferente das regras do Direito Brasileiro e do Português, existe uma norma na lei espanhola estipulando o prazo máximo de 80 anos para a tutela dos direitos do falecido.

5.3 Efeitos do decurso do tempo – o menor impacto das ofensas ao crédito ou ao bom nome

A potencialidade ofensiva das afirmações de fato é inversamente proporcional à distância temporal a que os fatos históricos se reportam. O decurso do tempo enseja

¹⁸⁵ A analogia é um processo geral do pensamento que, em matéria de integração de lacunas, tem uma das suas aplicações jurídicas. A ideia é conferir tratamento igualitário a situações semelhantes. Se uma regra estatui de certa maneira para uma situação concreta, é natural que um caso análogo seja solucionado da mesma forma. A determinação de onde incidirá ou não a hipótese de analogia é tarefa difícil para o intérprete. Não basta a existência de uma mera semelhança da descrição exterior do fato, sendo indispensável que haja semelhança sob o ponto de vista daquele efeito jurídico. O Código Civil português, em seu artigo 10, preconiza que há analogia quando no caso omissis procedem as razões justificativas da regulamentação do caso previsto na lei. (ASCENSÃO, José de Oliveira. O direito – introdução e teoria geral. p. 446.)

¹⁸⁶ A regra geral da analogia pode ser excluída em algumas situações excepcionais. Uma das questões mais tormentosas na doutrina é a qualificação de uma regra como excepcional, a qual não admitirá analogia. A exceção é de âmbito mais restrito. A regra excepcional opõe-se à regra geral.

uma diminuição no interesse da informação. Em rigor, no momento em que transcorre um longo tempo do fato, existindo até alteração da geração, o auditório interessado fica cada vez menor.

Em regra, o decurso do tempo gera um amortecimento do impacto dos relatos causadores de ofensas ao bom nome das pessoas falecidas. Nessas situações muitas das pessoas que viveram juntamente com o lesado os acontecimentos também já faleceram. Saliente-se que essa análise não é absoluta. Existem pessoas e fatos que mesmo o grande decurso do tempo não retira o interesse pelos fatos relatados a respeito dessas figuras, mesmo se já falecidas após um grande período.

A questão é saber qual será o efeito desse decurso na conduta. Desde já, faz-se mister ressaltar que o transcurso de um longo período não pode ser usado para a exclusão da ilicitude com fundamento na prossecução de interesses legítimos.

A posição acertada é a defendida por Albuquerque Mattos ao sustentar que a menor repercussão social dos fatos pode atenuar o grau de culpabilidade do agente, com a conseqüente produção de efeitos na fixação do montante indenizatório, aplicando-se o n. 3 do artigo 496 combinado com o artigo 494¹⁸⁷. O menor impacto social da notícia em razão do decurso do tempo do fato relatado assume uma relevância muito importante no âmbito da aferição do *quantum* que será atribuído ao lesado a título de danos não patrimoniais.

O CCB admite o mesmo raciocínio, nomeadamente em razão da incidência do parágrafo único, do artigo 944, no qual o julgador poderá levar em conta a gravidade da culpa do causador do dano com o fito de reduzir equitativamente o valor previsto para fins de fixação do *quantum* a ser indenizado.

5.4 Liberdade de investigação histórica

A consideração de uma ofensa aos direitos da personalidade de uma pessoa falecida como um ato ilícito, em conformidade com o preconizado nos artigos 71, n. 1, 483 e 484, enseja um limite à livre investigação histórica¹⁸⁸.

¹⁸⁷ MATOS, Filipe Miguel Cruz Albuquerque. *Responsabilidade civil por ofensa ao crédito ou ao bom nome*. p. 389-391.

¹⁸⁸ *Ibidem*, p. 392.

O trabalho de investigação histórica tem papel fundamental na rememoração dos fatos pretéritos, que são muito importantes para o próprio desenvolvimento do futuro da sociedade. Apesar disso, é necessário que esses trabalhos sejam sérios e procurem tutelar ao máximo a verdade.

Albuquerque Matos, de forma acertada, sustenta que, mesmo sendo o fato verdadeiro, não legitima e torna a conduta do investigador histórico lícita. É necessário rigor na pesquisa, notadamente na procura de fontes seguras. Salienta, ainda, ser indispensável que a investigação realizada seja feita no interesse de uma comunidade e não invada aspectos da intimidade privada do falecido¹⁸⁹.

A investigação histórica posterior à morte de uma pessoa não pode ser fundamento para a invasão da vida privada dela. As mesmas vedações incidentes quando uma pessoa está viva, em razão do prolongamento da personalidade previsto no artigo 71, também são aplicadas ao bom nome do *de cuius*. O emprego do princípio da proporcionalidade é de grande importância para a aferição da licitude da investigação histórica e sua posterior divulgação.

O fato de o investigado não estar mais vivo pode ensejar um abrandamento inaceitável na cautela exigível a um historiador. O falecimento pode quebrar algumas barreiras, pelo fato de o ofendido estar morto, e gerar um aprofundamento sem os cuidados necessários. Nesse contexto, assume clara importância a aplicação do princípio da proporcionalidade e a exigência de uma pesquisa criteriosa e responsável, com a necessidade de aferição das fontes e das informações histórica colhidas. O patrimônio moral deixado por um indivíduo deve ter o mesmo rigor de tutela se esse estivesse vivo.

Além disso, o argumento de que a tutela de um direito da personalidade *post mortem* pode impedir a valiosa pesquisa histórica não é necessariamente correta. A proteção aos falecidos ensejará maior cuidado e até um incentivo aos historiadores em realizarem pesquisas criteriosas e verdadeiras¹⁹⁰.

¹⁸⁹MATOS, Filipe Miguel Cruz Albuquerque. *Responsabilidade civil por ofensa ao crédito ou ao bom nome*. p. 392-393.

¹⁹⁰ Nesse sentido: HÖSLER, Hannes. Dignitarian posthumous personality rights – an analysis of U.S. and German Constitutional and Tort Law. *Berkeley Journal of International Law*, v. 26, p. 180.

5.5 Direito ao esquecimento

A identidade pessoal possui um caráter evolutivo, notadamente em razão de sua característica de mutabilidade. A conjuntura histórico-social em que ela se projeta influencia no seu âmbito de proteção. O decurso do tempo enseja modificações nos valores da sociedade sobre determinados fatos e condutas dos indivíduos. Aquilo que no passado poderia ser considerado uma conduta adequada, com o decurso do tempo, a mudança de valores e até a evolução social, poderá acarretar uma alteração nesta avaliação.

A questão principal é saber se um indivíduo poderá exigir o respeito à sua imagem ou reputação tida como mais adequada naquele momento, pleiteando, de forma concomitante, o esquecimento de projeções ou imagens criadas pelo próprio no passado. Na tutela do bom nome da pessoa falecida, esse aspecto tem grande relevância, visto que normalmente o decurso do tempo tem grande influência na potencialidade lesiva da conduta supostamente violadora.

Em suma, o direito ao esquecimento conferiria a cada pessoa o poder de obstar a divulgação de fatos, convicções e posições referentes ao seu passado, necessários para a determinação do seu desenvolvimento pessoal, bem como em relação aos seus antepassados, importantes na formação da sua personalidade.

Os contornos dos traços individualizadores da personalidade se alteram com o decurso do tempo. Essa mudança está em consonância com a própria evolução das sociedades. As modificações desses traços devem ser identificadas, entretanto, a imposição dessas alterações para o restante da comunidade jurídica e o esquecimento completo do passado, em regra, não é possível.

A resposta à complexa questão proposta necessita de uma análise da amplitude do direito à identidade pessoal, especialmente no tocante à vertente individual e comunitária. A admissibilidade do direito ao esquecimento provoca uma preponderância do aspecto individual sobre o comunitário, a tendenciar que a proteção individual possui uma natureza absoluta e sempre prevalecerá em detrimento do aspecto comunitário deste direito. A possibilidade de uma ruptura total com o passado encontra óbice na necessidade de segurança exigida pelas relações sociais.¹⁹¹ A exegese da identidade

¹⁹¹ Albuquerque Matos exemplifica essa afirmação com a necessidade de os indivíduos respeitarem as obrigações assumidas em consonância com os traços dominantes das partes à época da celebração. A eventual modificação dos elementos dos traços dominantes da personalidade não pode ensejar alterações

pessoal deve compreender sempre os dois aspectos. A conjugação dessas duas vertentes com alternância de preponderância, dependendo sempre do caso concreto, é a forma mais adequada da interpretação desse direito da personalidade.

A Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal aprovou o enunciado 531¹⁹², segundo o qual o direito ao esquecimento decorre da dignidade da pessoa humana e possui respaldo doutrinário para ser aplicado no ordenamento jurídico brasileiro. A fundamentação do enunciado possui pouco respaldo doutrinário, apresentando somente casos específicos e isolados. A motivação da conclusão aponta a um dado histórico, relacionado às condenações criminais, que figuraria como fato propulsor do desenvolvimento desta teoria. Além disso, aduz que o direito ao esquecimento não permite que a pessoa reescreva a história, mas somente permite a aferição do modo de utilização dos dados do passado de alguém, esteja vivo ou morto.

O enunciado, na forma como foi aprovado, apresenta uma conclusão perigosa e criadora de uma imensa insegurança jurídica, visto que não elencou nem se discutiu (em conformidade com a sua motivação) os parâmetros de aplicabilidade do direito ao esquecimento. O simples decurso do tempo ensejará a impossibilidade do retorno aos fatos ocorridos no passado? A análise dos limites da divulgação de fatos pretéritos encontra fundamento em um direito ao esquecimento?

O direito ao esquecimento encontra substrato em somente um aspecto do direito à identidade pessoal, que é a sua vertente pessoal. A sua admissibilidade enseja necessariamente a exclusão da vertente comunitária. Os exemplos da aplicação do esquecimento, conferidos pela doutrina e jurisprudência brasileiras, restringem-se, na verdade, à solução do conflito entre o direito à intimidade da vida privada e à liberdade de imprensa, nomeadamente aos limites da utilização da informação antiga, sem um grande interesse da sociedade atual.

Aproveitando a aprovação do enunciado, o Superior Tribunal de Justiça nos Recursos Especiais 1.335.153-RJ¹⁹³ e 1.334.097¹⁹⁴, reconheceu a incidência do direito

das relações anteriormente assumidas, notadamente em razão da incidência do princípio da confiança. As regras e valores fundamentais das relações jurídicas negociais, como a pontualidade, são pilares da estabilidade das relações em comunidade. (MATOS, Filipe Miguel Cruz Albuquerque. *Responsabilidade civil por ofensa ao crédito ou ao bom nome*. p. 238.)

¹⁹² Enunciado 531: “A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade de informação inclui o direito ao esquecimento.”

¹⁹³ A ação de responsabilidade civil foi proposta pelos irmãos vivos de Aida Curi, ao fundamento de que a emissora de televisão, em um programa policial, havia reaberto feridas causadas com o crime de homicídio perpetrado contra a vítima. Aduziram, ainda, que o programa relatava diversos fatos anteriores

ao esquecimento como corolário do direito da personalidade, fundamentado na dignidade da pessoa humana. Nos dois acórdãos proferidos, verifica-se, claramente, que não houve uma defesa absoluta do direito ao esquecimento, mas sim uma análise da amplitude e da proporcionalidade da divulgação da informação pela imprensa. Sustentar que o decurso do tempo, por si só, tem como consequência o apagamento dos fatos ocorridos no passado, conferindo ao sujeito o direito de impor à sociedade uma nova projeção de identidade é incompatível com a abrangência do direito da personalidade estudado, nas suas duas vertentes.

A decisão merecia um melhor enquadramento dogmático da questão. A fundamentação da evolução da sociedade, notadamente em razão do advento da Internet, a qual poderia eternizar determinados fatos, marcando algumas pessoas com determinadas projeções de sua identidade, para fundamentar o direito ao esquecimento não encontra relação com as duas causas julgadas. Saliente-se que no bojo das duas ações afirma-se o interesse histórico em se reviver os fatos, com o fito de manter as sociedades informadas, entretanto, discute-se a forma que a empresa de televisão usou para retratar uma história do passado brasileiro. Nesse aspecto, não há que se falar em direito ao esquecimento, mas sim na desproporcionalidade do direito de informar e da liberdade de imprensa.

Urge salientar a desnecessidade de se autonomizar, do ponto de vista dogmático, o direito ao esquecimento. A ideia de proibir a divulgação de fatos relacionados à identidade pessoal se encontra inserido no conteúdo da intimidade da vida privada.

e posteriores ao crime, que haviam ocorrido há 50 anos. Em razão do decurso do tempo, ter-se-ia a incidência do direito ao esquecimento, e a exibição do documentário ensejou um dano extrapatrimonial nos demandantes, bem como o uso indevido da imagem da falecida (não houve autorização dos familiares) gerou lucro para a empresa de televisão (em razão da audiência e da publicidade existente), o que demandaria também uma indenização. No julgamento levado a efeito pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça, a Corte, apesar de reconhecer categoricamente o direito ao esquecimento da vítima do crime de homicídio, não vislumbrou qualquer tipo de dano, seja como consectário do direito ao esquecimento, bem como pelo uso da imagem.

¹⁹⁴ Um dos réus absolvidos da famosa Chacina da Candelária no Rio de Janeiro (diversos homicídios contra menores praticados por policiais), insatisfeito com a veiculação da sua imagem em um programa televisivo policial, o qual procurava retratar o bárbaro crime, com fundamento no direito ao esquecimento, propôs ação indenizatória em face da empresa televisiva, pleiteando indenização com fundamento no fato de ter sido absolvido e na existência de um direito ao esquecimento. Nesse caso, o Superior Tribunal de Justiça reconheceu o direito ao esquecimento e condenou a ré a reparar civilmente o dano extrapatrimonial causado ao autor.

Na análise desse acórdão, verifica-se que na verdade o fundamento mais adequado da responsabilidade civil não seria no direito ao esquecimento, mas sim na forma da veiculação do documentário que reviveu os dias do crime, especialmente em razão do autor da ação indenizatória ter sido absolvido pelo juízo criminal. A sua participação no programa, mesmo existindo interesse público na divulgação do fato pretérito, foi desnecessária e violou o princípio da proporcionalidade, já que havia sido inocentado e almejava retomar a sua vida após grande trauma por figurar como réu neste processo.

Obviamente, existem peculiaridades relacionadas ao decurso do tempo e a modificações dos traços da personalidade que devem ser analisadas, entretanto, não se admite, por ser incompatível com a própria amplitude do direito à identidade pessoal, a sustentação de um direito ao esquecimento.¹⁹⁵

Saliente-se que tanto no ordenamento jurídico brasileiro, artigo 20, como no português, artigo 80, existe expressa previsão legal de tutela da intimidade da vida privada. Mesmo se faltasse uma previsão expressa, seria assegurado àqueles vitimados pelo uso indevido da informação pretérita relacionado à sua identidade pessoal o instrumento da responsabilidade civil aquiliana.

Nesses casos, dever-se-á confrontar a relevância pública dos assuntos tutelados com as exigências de privacidade. Durante essa aferição, a forma da divulgação dos fatos, considerando o decurso do tempo, deve ser proporcional e atender aos objetivos históricos e informativos da divulgação. O que não é admissível é criar, de maneira autônoma, o direito ao esquecimento, transformando em direito absoluto do indivíduo a possibilidade deste impedir a divulgação de fatos verdadeiros do seu passado.

A divulgação de um fato, que no passado era lícita, não pode com o decurso do tempo se transformar em ilícita. É inequívoco que o decurso do tempo pode ser considerado para aferição da necessidade da divulgação dos fatos. Os objetivos históricos e informativos podem e devem ser aferidos para saber o *animus* do divulgador. Além disso, a forma de divulgação dos fatos pretéritos deve ser feita de maneira proporcional, com o objetivo de retratar o que efetivamente ocorreu no passado.

A verdade sempre foi considerada uma limitação à liberdade de informar. A liberdade de informação deve sucumbir à notícia inverídica. Apesar disso, não é admissível que o simples fato de a notícia ser verdadeira, por si só, possibilite que esta seja revivida a todo o momento, sem nenhum objetivo informativo ou histórico. Nesse contexto, o elemento do decurso do tempo deve ser analisado para aferir a

¹⁹⁵ No direito italiano, por sua vez, ecoam vozes na doutrina sustentando a existência de um direito ao esquecimento (*Diritto all'Oblio*). A própria jurisprudência italiana chega a mencionar acerca da existência de um *diritto al segreto del disonore*. Discute-se bastante se o direito ao esquecimento seria autônomo ou estaria inserido dentro da intimidade da vida privada. (cf. FERRI, Giovanni. *Diritto all'Informazione e diritto all'oblio*. In: *Rivista de Diritto Civile*, 1990; e GIAMPICCOLO, Giorgio. *La tutela giuridica della persona umana e Il c. d. diritto alla riservatezza*. In: *Rivista Trimestrale de Diritto e Procedura Civile*. Ano XXII. 1958.)

proporcionalidade da divulgação do fato pretérito e as limitações incidentes na liberdade de expressão e de imprensa em contraposição à intimidade da vida privada.

A formação da personalidade individual pode sofrer influências dos seus antepassados. A modelação da identidade de uma pessoa pode ter relação com seus ancestrais. Assim sendo, poder-se-ia permitir, considerando essa possível vinculação, o impedimento de divulgação de fatos relacionados aos seus antepassados? Os ordenamentos jurídicos estudados, português (artigos 71 e 77) e brasileiro (artigos 12 e 20 do CCB), já possibilitam através de determinação legal própria essa tutela.

PARTE VI – O DIREITO DE TESTAR E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE POST MORTEM

6.1 Introdução

As legislações portuguesa e brasileira preconizam além da sucessão legítima, que existe em virtude da lei, a sucessão testamentária, na qual a transmissão dos bens *causa mortis* se opera por ato de disposição de última vontade, respeitando a vontade do *de cuius*.

A disposição de bens por testamento sempre foi considerada um corolário do direito de propriedade.¹⁹⁶ A sucessão testamentária é um dos mais complexos institutos jurídicos. A sua regulamentação sempre foi influenciada pelo estatuto da família e pelo regime de propriedade de cada povo.¹⁹⁷ Nela são instituídos herdeiros e legatários e realizadas diversas disposições, classicamente somente se admitia aquelas de natureza essencialmente patrimoniais.

A história sempre estimulou a preservação da vontade patrimonial do defunto. Em que pese a necessidade de uma proteção familiar (que é comprovada com a existência da legítima), a legislação também permite que a vontade da pessoa se projete após o seu falecimento. De fato, a estipulação de quem será o titular de um patrimônio que hoje o pertence é uma decorrência lógica do direito de propriedade, bem como da liberdade pertencente a cada indivíduo.

A principal questão é saber se toda essa construção realizada para a transferência de bens de natureza patrimonial pode ser aplicada à chamada herança moral. É necessário aferir como se dará o tratamento do direito sucessório, especialmente o testamentário, quando se tratar de disposições relacionadas à defesa dos direitos da personalidade do falecido.

Em que pese o sistema ter sido construído em um arcabouço de natureza essencialmente patrimonial, é evidente que o *de cuius* pode e deve utilizar os mecanismos testamentários para possibilitar a tutela dos direitos *post mortem* da personalidade, bem como delimitar a forma e quem exercerá essa defesa. Esses temas serão tratados de maneira mais pormenorizada nos capítulos subsequentes.

¹⁹⁶ Nesse sentido: DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro – direito das sucessões*. 23. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009. v. 6. p. 177.

¹⁹⁷ GOMES, Orlando. *Sucessões*. 14. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007. p. 83.

6.2 O tratamento do direito sucessório aos direitos da personalidade

O posicionamento adotado, reconhecendo que o direito tutelado é do falecido, transmitido a título de sucessão pessoal para os herdeiros, pode ensejar o debate de algumas questões interessantes relacionadas ao direito de testar do *de cuius*, que podem ocorrer tanto no Direito Português como no Direito Brasileiro.

A possibilidade de inclusão de disposições de natureza extrapatrimonial no testamento é fato admitido pelas legislações modernas. A doutrina atual defende a existência de uma eficácia múltipla no testamento, ou seja, é possível a inserção de cláusulas de natureza patrimonial e/ou extrapatrimonial.¹⁹⁸

A legislação brasileira possui diversas regras, das quais é possível extrair características de extrapatrimonialidade em disposições testamentárias, como a possibilidade do reconhecimento de paternidade (art. 1º, III, da Lei nº 8.560/92) e o próprio dispositivo do CCB (art. 1.857, parágrafo 2º), que permite a existência de um ato de última vontade com características não patrimoniais.

Esse regramento também existe no n. 2 do artigo 2.179 do Código Civil português, inspirado no artigo 587 do Código Civil italiano, segundo o qual existe a possibilidade de inclusão de disposições de natureza não patrimonial no testamento.

A doutrina brasileira identifica que a legislação lusitana e a italiana serviram de fonte inspiradora para a previsão do parágrafo 2º do artigo 1.857 do CCB, especialmente no tocante às disposições de natureza não patrimonial.¹⁹⁹ De fato, o legislador brasileiro de 1916 conceituava testamento com uma feição puramente patrimonial, sem mencionar qualquer possibilidade de disposições de outra natureza.

Assim, é admissível que o testamento atue no exercício da autonomia privada no campo das situações jurídicas existenciais pertencentes ao testador. Nessa direção, é possível que a cédula testamentária preconize regras atinentes aos direitos da personalidade *post mortem*, delimitando, inclusive, a forma que os legitimados deverão tutelar tais direitos.

¹⁹⁸ NEVARES, Ana Luísa Maia; MEIRELES, Rose Melo Venceslau. Apontamentos sobre o direito de testar. In: PEREIRA, Tânia da Silva (coord.) *et al. Vida, Morte e Dignidade Humana*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010. p. 85.

¹⁹⁹ VELOSO, Zeno. *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Editora Saraiva, 2003. v. 21. p. 3.

Apesar de inexistir um sujeito titular do direito, há um centro de interesses a ser tutelado, que deve ser realizado de acordo com a vontade presumível do finado e não em conformidade com os desejos dos seus herdeiros. Nota-se, por conseguinte, a possibilidade de o testador delimitar e criar parâmetros para a forma da tutela dos direitos da personalidade após o seu falecimento.

A doutrina fornece alguns exemplos sobre a possibilidade do testamento possuir regramentos atinentes ao exercício, pelos legitimados, dos direitos da personalidade do falecido: previsão sobre a forma de publicação de obras inéditas do autor da herança, possibilidade de divulgação de fatos privados de relevância social, definição sobre a maneira de utilização da sua imagem e outros atributos relacionados à personalidade do testador.²⁰⁰

6.3 Interpretação das disposições testamentárias de natureza extrapatrimonial

Na sucessão testamentária, vigora o princípio do *favor testamenti*, no qual a vontade do testador prepondera. A regra é a defesa da cédula testamentária, prestigiando a vontade do falecido em detrimento do não cumprimento de regras formais. O exemplo é que a nulidade de uma cláusula não prejudica o restante do negócio jurídico. Além disso, havendo disposições contraditórias ou pouco claras, o intérprete deve resguardar as ideias básicas do testador, aproximando-se o máximo possível de sua vontade.²⁰¹

Os artigos 1.899, do Código Civil brasileiro, e 2.187, do Código Civil português, possuem as regras mais importantes de interpretação dos testamentos. Em síntese, preveem que quando a cláusula testamentária for suscetível de diversas interpretações, deverá prevalecer a que melhor prestigia a vontade do testador.

Esses dois dispositivos consagram, de forma clara, o princípio da soberania da vontade do testador em matéria testamentária.²⁰² Na cédula testamentária, a sua função precípua é incorporar disposições de última vontade e a finalidade da interpretação deve encontrar-se na determinação da vontade do testador.²⁰³

²⁰⁰ NEVARES, Ana Luísa Maia; MEIRELES, Rose Melo Venceslau. Apontamentos sobre o direito de testar. p. 86.

²⁰¹ DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 427.

²⁰² LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003. v. XXI. p. 445.

²⁰³ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil: sucessões*. p. 303.

A aplicação de uma regra necessita, obrigatoriamente, de uma interpretação. A atividade exegética ganha mais importância no momento em que aquele que exprimiu a declaração da vontade não está mais presente para esclarecer qualquer dúvida.²⁰⁴

A legislação espanhola, notadamente no artigo 675 do Código Civil, estipula regra similar, prestigiando, no momento interpretativo, a vontade do testador.²⁰⁵ A doutrina afirma que vigora o princípio de *voluntas spectanda*, ou seja, da interpretação subjetiva. A interpretação dos testamentos deve sempre procurar prestigiar a vontade do testador, utilizando-se para tal de um critério subjetivista.²⁰⁶

A tutela dos atributos da personalidade do falecido deve ser realizada sempre no interesse deste. Assim, o testador pode determinar no seu ato de última vontade diretrizes e parâmetros em relação aos direitos da personalidade que se projetam após a sua morte.

O princípio *favor testamenti*, que vigora na interpretação dos testamentos, sempre aplicado na incidência de disposições de natureza patrimonial, também deve incidir em eventuais previsões testamentárias de natureza extrapatrimonial, especialmente as referentes à tutela dos direitos da personalidade *post mortem*. Nesse caso, procura-se a vontade presumível do autor da herança, ou seja, deve-se investigar qual seria o comportamento do falecido diante da mesma situação relativa à defesa do atributo da personalidade ou do seu exercício.

Na mesma linha de raciocínio que os doutrinadores interpretam os testamentos e procuram conferir a máxima eficácia em conformidade com os anseios do testador, o mesmo também deve ser feito em relação às disposições referentes à tutela dos direitos da personalidade após a morte.

Por fim, uma última questão que merece análise e pode influenciar na admissibilidade das disposições não patrimoniais relacionadas aos direitos da personalidade *post mortem*, é saber se tais regras seriam inválidas em decorrência da

²⁰⁴ VELOSO, Zeno. Testamentos: Noções gerais; formas ordinárias, codicilos; formas especiais. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes e PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Direito das Sucessões*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 572.

²⁰⁵ “Toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador. En caso de duda se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador según el tenor del mismo testamento.”

²⁰⁶ SEVILLANO, Ignacio Díaz de Lezcano. *La interpretación testamentaria em la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo. Estudios jurídicos em homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*. Tomo IV. Madrid: Thomson Civitas, 2003. p. 5.200-5.201.

previsão do n. 2 do artigo 2.179, segundo o qual “As disposições de carácter não patrimonial que a lei permitir inserir no testamento são válidas se fizerem parte de um acto revestido de forma testamentária, ainda que nele não figurem disposições de carácter patrimonial.”

A interpretação literal do dispositivo levaria a considerar inválidas as disposições de natureza não patrimonial que não fossem autorizadas a integrar o testamento por regras específicas. Esta exegese é totalmente equivocada e ensejaria um raciocínio ao contrário. Ascensão aduz que “o argumento ao contrário é normalmente falacioso.”²⁰⁷

De fato, quando a regra se refere à lei, deve-se perquirir se o dispositivo se refere a uma norma permissiva específica ou basta uma permissão da ordem jurídica geral.

O testamento se fundamenta principalmente no princípio da autonomia privada. Segundo ele, o testador pode incluir na cédula testamentária as cláusulas pessoais que desejar. Uma exegese restritiva estaria em total desacordo com os princípios norteadores que conferem a qualquer pessoa a possibilidade de elaborar um testamento e nele incluir as disposições que desejar.

A restrição de disposições testamentárias somente em relação àquelas de natureza não patrimoniais seria uma forma de diminuir a importância dos direitos da personalidade *post mortem*. Não se pode esquecer que o próprio legislador – artigo 71 do Código Civil português e artigo 12 do Código Civil brasileiro – permitiu a postergação de alguns direitos da personalidade. Nada mais coerente do que conferir a qualquer sujeito a utilização do instrumento do testamento como forma de delimitar quais pessoas e como esses indivíduos defenderão eventuais ofensas a esses bens.

Na legislação brasileira, essa discussão sequer existe. Neste ponto, o legislador não restringiu à inclusão das cláusulas não patrimoniais a permissão legal. De fato, o parágrafo segundo do artigo 1.857 é genérico, sem nenhum tipo de restrição: “São válidas as disposições testamentárias de carácter, ainda que o testador somente a elas se tenha limitado.”

²⁰⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil: sucessões*. p. 291.

6.4 Exclusão de um dos legitimados por testamento

A exclusão dos herdeiros do falecido pode ocorrer em duas situações, a indignidade (artigo 2.033) e a deserdação (artigo 2.166). Em que pese possuírem regras, pontos de convergência, são institutos distintos.

O instituto da deserdação se relaciona estritamente com a indignidade. As indignidades são situações em que um ato ilícito de um sucessível é praticado contra o autor da sucessão, e o ordenamento reage e estabelece como sanção o seu afastamento da sucessão. Já a deserdação tem que ser feita pelo autor da sucessão em um testamento, com a determinação expressa da sua causa. Segundo preconiza o n. 2 do artigo 2.166, o deserddado é equiparado ao indigno para todos os efeitos legais, principalmente o referente à sanção civil de exclusão da sucessão.²⁰⁸

O ordenamento jurídico brasileiro apresenta o mesmo formato de normatização dos institutos da indignidade e deserdação. O primeiro deles estudado na sucessão legítima e regulamentado nos artigos 1814 e seguintes do CCB. Já a deserdação está preconizada na parte de sucessão testamentária, notadamente nos artigos 1961 e seguintes do mesmo diploma legal. Em ambas as situações, tem-se uma sanção civil decorrente de uma conduta incompatível com o benefício trazido pela transmissão patrimonial *causa mortis*.

A deserdação, segundo os ensinamentos de Cunha Gonçalves, tem duas acepções. Uma em sentido amplo, *lato sensu*, na qual se cuida da exclusão de qualquer pessoa da sucessão legítima, total ou parcial, e até de uma das partes dos direitos incluídos no direito de propriedade; e outra em sentido estrito, aquele efetivamente empregado pelo legislador. Nesse sentido, deserdação é o ato pelo qual o *de cujus* priva um herdeiro legítimo da sua cota, ensejando uma punição pela sua ingratitude.²⁰⁹

Nesse diapasão, é necessário verificar se as regras da deserdação também podem incidir na sucessão da herança moral.

Com base no pressuposto de que o direito em questão tem natureza sucessória, seria possível admitir que o testador exclua um dos parentes elencados no rol do n. 2 do

²⁰⁸ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil: sucessões*. p. 147.

²⁰⁹ GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado de Direito Civil*. São Paulo: Max Limonad, 1962. v. X. p.188.

artigo 71 do Código Civil português ou no artigo 12, parágrafo único, do Código Civil brasileiro?

No caso em tela, faz-se mister realizar uma interpretação sistemática, em conformidade com os ditames do direito sucessório. A exclusão merece uma análise da natureza do herdeiro, se facultativo ou necessário. Caso se esteja diante de herdeiros facultativos, a sua exclusão não necessita de motivação nem de previsão legal. Já na hipótese da exclusão do herdeiro necessário, esta seria admitida somente em caso de deserdação ou indignidade. Nesse ponto, seria totalmente contraditório o ordenamento inadmitir a sucessão a título patrimonial – em face da deserdação ou indignidade – e permitir a propositura da ação indenizatória com fundamento nos dispositivos citados.

A configuração da deserdação e da indignidade do herdeiro tem consequências nefastas, notadamente a aplicação de uma sanção civil com a exclusão do herdeiro da vocação hereditária do falecido. As situações que permitem a incidência dessas sanções são enumeradas na lei e necessitam de uma ação própria para sua aplicação. Diante da gravidade dos fatos geradores da sanção, também terá como consequência a impossibilidade da tutela *post mortem* dos direitos da personalidade do falecido.

A regra ora defendida pode, em algumas situações, ser relativizada. A sucessão pessoal *causa mortis* dos direitos da personalidade ocorre em benefício do falecido. Já a sucessão clássica patrimonial, diferentemente, existe em prol dos herdeiros. Em razão disto, é possível imaginar a realização da tutela preventiva de uma tentativa de violação do bom nome do falecido, perpetrada por um herdeiro deserddado ou considerado indigno. A inadmissibilidade dessa tutela estaria violando a própria essência da proteção, que deve ser realizada em benefício do falecido. O que não seria concebível é a obtenção de indenização por parte do excluído da herança, já que nesse caso o mesmo estaria obtendo um claro benefício.

6.5 Criação de uma ordem de preferência dos legitimados por testamento

A legislação portuguesa, no n. 2 do artigo 71, estipulou um rol de legitimados diferente daquele preconizado na ordem de vocação hereditária. O CCB, que nesse aspecto sofreu fortes influências do Direito Português, também não se utilizou da ordem de vocação hereditária, prevendo um rol diferenciado no parágrafo único, do artigo 12.

O fundamento da previsão de outros legitimados, verdadeira ordem sucessória especial, tem escopo no princípio da solidariedade familiar. Nesse aspecto, os legisladores brasileiro e português, considerando a natureza existencial dos direitos da personalidade *post mortem*, preferiram elencar pessoas mais próximas do *de cuius* para tutelar esses direitos.

O rol do n. 2 do artigo 71 não criou uma ordem de preferência para a tutela dos direitos da personalidade *post mortem*. No dispositivo, não há regra expressa determinando uma preferência entre os legitimados. Caso desejasse, teria criado o legislador, da mesma forma que fez nos artigos 76 e 79, acrescentando a expressão “segundo a ordem indicada nele”. Nesses dois dispositivos, que se referem à publicação de cartas confidenciais e ao direito da imagem dos falecidos, respectivamente, é utilizado o mesmo rol do artigo 71, com a determinação clara da necessidade de respeitar a ordem preferencial existente²¹⁰. O parágrafo único, do artigo 12, do CCB também não preconizou nenhuma ordem de preferência entre os legitimados.

A falta de determinação de preferência expressa pelos legisladores não impede que o *de cuius*, mediante testamento, crie uma ordem para a tutela dos direitos da personalidade *post mortem*.

Leite de Campos, com propriedade, aduz que o *de cuius* pode indicar livremente quem assumiria a defesa dos seus interesses, com eventual preferência, inclusive, para a sucessão testamentária²¹¹.

Na mesma linha de raciocínio, também é possível que o testador inclua um herdeiro testamentário, que não necessita ser um parente. O n. 2 do artigo 71 o admite expressamente, ao utilizar a expressão “herdeiro do falecido”. De fato, deve-se interpretar que qualquer herdeiro legítimo ou testamentário está legitimado. Já o artigo 12, parágrafo único, da legislação brasileira não utiliza dessa expressão. Apesar da omissão, nada impede que o testador estipule em sua cédula a inclusão de novo herdeiro, para fins da tutela dos direitos da personalidade.

Outra questão é saber se a legitimação preconizada para tutela dos direitos da personalidade *post mortem* nas legislações brasileira e portuguesa restringiram aos

²¹⁰ Nesse sentido: LIMA, Pires; VARELA, Antunes. *Código Civil anotado*. p. 105.

²¹¹ CAMPOS, Diogo Leite de. *Pessoa humana e direito – o estatuto jurídico da pessoa depois da morte*. p. 61.

herdeiros com capacidade sucessória passiva sua tutela, ou seja, seria possível um neto, o qual apesar de descendente não seria efetivamente herdeiro em razão de existirem outros parentes mais próximos na mesma classe. O n. 1 do artigo 71 em nenhum momento restringiu a possibilidade de tutela e sequer fez referência à ordem de vocação hereditária do código, bem como utilizou a expressão “qualquer”, demonstrando claramente que o seu intento não foi criar uma ordem de preferência com exclusões.

No que tange à tutela da personalidade das pessoas falecidas, a legislação brasileira não repetiu o ordenamento jurídico português, que utilizou uma regra de extensão geral. O CCB explicita a proteção da personalidade do *de cuius* somente no tocante à legitimidade para a sua defesa, no parágrafo único do artigo 12²¹² e no parágrafo único do artigo 20²¹³.

A análise do *caput* do artigo 12, que obviamente vincula o seu parágrafo, demonstra que o legislador brasileiro não limitou a defesa dos direitos de personalidade do falecido. Em relação a esse ponto, não existe qualquer tipo de dúvida. A exegese desse dispositivo conduz facilmente a essa conclusão, eis que o artigo expressamente alude às tutelas preventiva e repressiva, incluindo a possibilidade de ação de cunho indenizatório. Assim sendo, a divergência doutrinária do Direito Português, levando alguns autores a sustentarem a impossibilidade do pleito indenizatório, não tem relevância no Direito Brasileiro em face da regra expressa mencionada.

A legislação brasileira, no que concerne à legitimidade, preconiza duas hipóteses distintas. Na verdade, o parágrafo único do artigo 12 prevê uma regra geral, e o parágrafo único do artigo 20, uma especial. Em uma análise comparativa com o Direito Português, não houve previsão no tocante aos herdeiros testamentários.

²¹² “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.”

²¹³ “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.”

Diante dessa omissão, uma questão interessante pode ser suscitada. Seria possível, em um testamento, o falecido conferir essa legitimidade para um terceiro, diferente daqueles preconizados nos parágrafos únicos dos artigos 12 e 20?

A resposta à indagação requer uma análise completa do sistema sucessório e, previamente, saber qual seria a natureza da tutela dos direitos da personalidade do falecido, ou seja, se os familiares (legitimados) defendem direito próprio ou direito do falecido transferido a título sucessório. Os direitos tutelados, como já exposto de forma exaustiva, são do falecido, transferidos aos herdeiros a título de sucessão pessoal. Nessa perspectiva, os dispositivos apontados devem ser cotejados com as regras do direito sucessório, permitindo, assim, a inclusão de outros legitimados no rol, mediante testamento.

O legislador optou, na situação estabelecida no artigo 20, em restringir a legitimidade do pleito indenizatório, ao elencar somente o cônjuge sobrevivente, o ascendente e o descendente, excluindo, assim, os colaterais. Mesmo assim, o testador tem autonomia para acrescer ou até alterar a citada ordem existente, criando até uma ordem preferencial.

A diferença de normatização entre os artigos 12 e 20, especialmente no tocante à legitimidade, foi notada pela doutrina brasileira. Diante desta suposta contradição, a I Jornada de Direito Civil da Justiça Federal editou o enunciado número 5: “Arts. 12 e 20: 1) As disposições do art. 12 têm caráter geral e aplicam-se, inclusive, às 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 regradar 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.”

A interpretação realizada confere um caráter de generalidade ao artigo 12, possibilitando a sua aplicação de forma subsidiária ao artigo 20. Assim sendo, somente em relação às medidas preconizadas no artigo 20 é que existe uma legitimidade restringida. Mesmo assim, conforme já defendido e explicitado de forma exaustiva, é possível que o falecido estipule nova ordem ou elenque novos legitimados. Tal fato

decorre da própria essência da herança moral, que é transferida no interesse do titular, que no caso é o falecido.

6.6 Efeitos do repúdio/renúncia na tutela dos direitos da personalidade *post mortem*

A renúncia da herança está preconizada no artigo 1.806 do CCB. Cuida-se de um ato jurídico unilateral pelo qual o herdeiro declara expressamente que não aceita a herança a que tem direito, despojando-se completamente de sua titularidade. Na forma do artigo 1.812, a renúncia é um ato irrevogável e irretroatável.

O ordenamento jurídico português, notadamente no artigo 2.062, preconiza o instituto do repúdio, o qual possui características muito similares à renúncia do direito brasileiro.

Em ambos os ordenamentos os efeitos do repúdio/renúncia retroagem ao momento da abertura da sucessão, e aqueles que o fizeram não são chamados a suceder, em regra. O ato de repúdio também é irrevogável no ordenamento jurídico português, conforme alude o artigo 2.066.

Outra questão interessante diz respeito à renúncia/repúdio perpetrada por um dos herdeiros. A dúvida está em saber se esses atos produzem efeitos na tutela dos direitos da personalidade *post mortem*. Leite de Campos aduz que o herdeiro legitimário que renunciar/repudiar a herança continuará a ter o poder de defender os interesses pessoais do falecido. O principal fundamento dessa assertiva reside no fato de a sucessão pessoal se transmitir no interesse do falecido e não no dos sucessores²¹⁴.

Os direitos da personalidade transmitidos *mortis causa* não se acrescentam de forma simplória aos direitos patrimoniais. Existe de forma concomitante um fenômeno de herança moral e outro patrimonial. As regras testamentárias devem ser aplicadas, desde que exista uma compatibilidade dessa norma com a essência dos direitos da personalidade.

No caso em tela, admitir que a renúncia eventualmente ofertada, de natureza essencialmente patrimonial, poderia impedir a defesa do patrimônio moral do falecido.

²¹⁴ CAMPOS, Diogo Leite de. *Pessoa humana e direito – o estatuto jurídico da pessoa depois da morte*. p. 62-63.

Nesse contexto, o raciocínio realizado por Leite Campos²¹⁵ está correto e merece somente um pequeno aprofundamento. Efetivamente a sucessão pessoal se transmite no interesse do falecido e não dos seus sucessores. A sucessão dos direitos da personalidade se fundamenta em deveres e obrigações em nome e no interesse do falecido. A obrigação da tutela do patrimônio moral é feita para atender os principais interesses do defunto.

O único aprofundamento que merece ser realizado é se tal raciocínio em relação ao repúdio/renúncia aplicar-se-ia, também, quando os herdeiros, além de adotarem as medidas não pecuniárias para a defesa do patrimônio moral, objetivarem uma compensação pecuniária em razão da ofensa. Nesse aspecto, em que pese a consequência do acréscimo patrimonial em razão da ofensa do bom nome da pessoa falecida, não seria possível excluir essa possibilidade. A indenização, apesar de consubstanciar em um pagamento monetário, não retira a natureza do bem violado, motivo pelo qual o raciocínio continua a ser o mesmo.

6.7 Conflito entre os sucessores sobre a forma de tutela

Os legitimados para a tutela dos direitos da personalidade *post mortem* devem atuar em conformidade com os interesses presumíveis do autor da herança. A atuação não é em nome próprio, mas sim no interesse do falecido. A situação ora em tela se assemelha ao instituto da gestão de negócio preconizado nos artigos 464 até 472.

O herdeiro não tem liberdade para atuar na defesa do patrimônio moral do falecido com a finalidade exclusivamente própria, postulando medidas que somente atendam a seus próprios interesses.

Esse fato pode suscitar outra problemática, especialmente nas hipóteses em que existirem diversos legitimados. No caso de haver conflito entre os sucessores, como seria solucionada a questão?

Existindo disposição de última vontade, seria possível utilizar a cédula testamentária a fim de tentar extrair dela a vontade do *de cuius*, conforme a exegese do artigo 2187 (artigo 1899 do CCB).

²¹⁵ CAMPOS, Diogo Leite de. *Pessoa humana e direito – o estatuto jurídico da pessoa depois da morte*. p. 60-61

Nota-se que caso o falecido não tenha deixado testamento, ter-se-á em conta a vontade presumível do defunto. Nessa situação, dever-se-á aferir qual seria a conduta da pessoa, diante desta ofensa, se estivesse viva.

Nesse aspecto, assiste razão a Capelo de Sousa que aplica por analogia o disposto no n. 3 do artigo 187, referente às fundações, pugnando pela tentativa de analisar qual seria a vontade do fundador no momento da elaboração dos estatutos de uma fundação.²¹⁶

A regra acima indicada tem aplicabilidade quando ocorrer a falta absoluta dos estatutos das fundações, bem como nas situações de simples suprimento de eventuais lacunas existentes no momento de sua elaboração.²¹⁷

A atuação dos herdeiros defendendo o patrimônio moral do falecido se assemelha muito à gestão de negócio, preconizada no ordenamento jurídico português nos artigos 464 até 472 (861 até 875 do CCB). Esse fato pode admitir a aplicação, por analogia, de algumas regras deste instituto jurídico, realizando as devidas adaptações.

A definição legal de gestão de negócios, nos dois ordenamentos jurídicos, é muito semelhante. Existe este instituto quando uma pessoa assume a direção do negócio alheio no interesse e por conta do respectivo dono, sem ter autorização para isso. A pessoa que interfere no negócio chama-se gestor, em contraposição ao seu titular, que é o dono do negócio.²¹⁸

Em uma análise inicial, de plano é possível identificar uma importante semelhança entre os dois institutos. Na sucessão da herança moral o herdeiro sempre deve atuar no interesse do *de cuius*, da mesma maneira que sucede na gestão de negócio, na qual o gestor tem a obrigação de atuar em conformidade com os interesses do dono do negócio.

A aliena “a” do artigo 465 determina que o gestor deve atuar sempre em conformidade com os interesses ou a vontade real ou presumível do dono do negócio. Certamente, a atuação do herdeiro deve ocorrer da mesma forma. No momento em que

²¹⁶ SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. *O direito geral de personalidade*. p. 194.

²¹⁷ LIMA, Pires; VARELA, Antunes. *Código Civil anotado*. p. 183.

²¹⁸ COSTA, Mario Julio de Almeida. *Direito das obrigações*. p. 473.

é necessária a intervenção para a tutela do bom nome da pessoa falecida, o legitimado necessariamente deve ter sua conduta em benefício e no interesse do falecido.

Imagine-se uma autorização dada por um dos legitimados do n. 1 do artigo 79 c/c 71 para a exposição de um retrato do falecido supostamente ofensivo à reputação e à honra do sujeito. Obviamente, essa conduta está em desacordo com a forma correta de defender os direitos da personalidade *post mortem*. O patrimônio moral do falecido não se transfere aos herdeiros de forma livre e irrestrita. É necessário que ele seja tutelado em conformidade com os interesses do seu efetivo titular (no momento da ofensa falecido) e não no interesse próprio do herdeiro.

O ordenamento jurídico português consagrou no artigo 465 o princípio da obediência simultânea ao interesse e à vontade do dono. Esse princípio tem aplicabilidade tanto no momento em que a gestão deve ser iniciada, como para a forma que vai ser exercida.²¹⁹

O padrão de atividade do gestor também pode ser utilizado como critério para avaliar se a atuação do herdeiro na tutela da ofensa do bom nome do ofendido foi adequada ou não. O ordenamento jurídico português abandonou a fórmula consagrada na legislação francesa (art. 1.374) e na italiana (arts. 2.030 e 1.710) que adotavam como padrão da atividade do gestor a diligência do bom pai de família. Neste aspecto houve uma maior aproximação dos códigos alemão, suíço e brasileiro. As citadas legislações, juntamente com o ordenamento jurídico português, preconizam que o gestor deve se orientar, em sua atuação, pelo que teria feito o dono do negócio e não pelo que provavelmente faria um proprietário diligente e perspicaz, um verdadeiro bom pai de família.²²⁰

A adoção desse sistema faz o instituto da gestão de negócio se aproximar muito da forma de atuação exigida pelo legitimado a defender a eventual violação dos direitos da personalidade dos falecidos, especialmente a defesa do bom nome e do crédito.

Nesse contexto, seria possível a aplicação de algumas regras da atuação irregular do gestor de negócios, especialmente quando de sua atuação em desconformidade com a vontade presumível do falecido.

²¹⁹ VARELA, João de Matos Antunes. *Obrigações em geral*. p. 459.

²²⁰ *Ibidem*. p. 460-461.

A aplicação do n. 2 do artigo 472 é possível quando o herdeiro atuar culposamente em interesse próprio, tendo como consequência a incidência das regras da responsabilidade civil. As eventuais medidas judiciais devem ser intentadas por aquelas pessoas que também possuem legitimidade para tutelar os direitos da personalidade dos falecidos, que estão preconizadas no rol dos artigos 71 e 12 do Código Civil português e brasileiro, respectivamente.

Em síntese, fica evidente que o herdeiro legitimado tem o dever de atuar em conformidade com a vontade e interesse presumível do falecido. Questão que merece ser analisada, suscitada por Antunes Varela em situação similar que ocorre na gestão de negócios, é a existência de suposto conflito entre o interesse e a vontade do *de cuius*.

O interesse objetivamente considerado do falecido pode não coincidir com a solução a que coincidiria a vontade deste. Apesar de, na maioria das situações, o interesse e a vontade andarem juntos, é possível que, em um caso concreto (não em abstrato), haja uma divergência.

Nesse aspecto, o mesmo critério usado para a gestão de negócio pode ser usado na situação aventada: a) a atuação do herdeiro será regular, ou seja, sem nenhuma culpa, se ele praticar um ato contrário à vontade real ou presumível do *de cuius*, mas conforme o interesse deste, desde que a omissão desejada pelo falecido seja contrária à lei, à ordem pública ou aos bons costumes; b) a conduta do herdeiro também será regular, se ele não praticar o ato ilícito que o falecido praticaria e optar pelo ato lícito, que mais favorece os seus interesses.²²¹

Basta imaginar um testamento no qual o autor delimita a forma de comercialização da sua imagem a ser feita pelos herdeiros, bem como sugere que em razão de sua vida pregressa ligada à arte não obstem os meios de comunicação de divulgar a sua vida particular. Sucede que as divulgações, após a sua morte, começam a ofender sua reputação e o bom nome.

²²¹ VARELA, João de Matos Antunes. *Obrigações em geral*. p. 463.

PARTE VII – MEIOS DE TUTELA DA PERSONALIDADE

7.1 Meios de tutela da personalidade em geral

A ofensa aos bens vinculados aos direitos da personalidade possui uma forte tutela, que se consubstancia em diversos aspectos. Quando ocorre uma lesão a esses direitos, o ordenamento jurídico deve atuar de forma firme, com o fito de inibir a perpetuação e de que os bens venham a perecer.

A violação de um direito da personalidade possui diversas formas de tutela, seja no aspecto constitucional, no penal e, especialmente, na seara civil, ponto principal do nosso trabalho.

A tutela constitucional se consubstancia na defesa de direitos, liberdades e garantias. Impõem-se ao legislador ordinário na feitura das leis e têm aplicação direta sobre todas as pessoas (art. 18 da Constituição da República de Portugal), vinculando entidades públicas e privadas. Constituem ainda limite material de revisão da própria constituição (art. 288, alínea “d”, da Carta Magna).

O ordenamento jurídico preconiza ainda a tutela penal, existindo a tipificação como crimes das mais graves agressões à personalidade (por exemplo, crimes contra a vida, contra a integridade física, a liberdade das pessoas, a honra, a reserva da vida privada, o respeito devido aos mortos). Esta tutela penal da personalidade revela a sua importância, não só estritamente pessoal, mas também social e comunitária dos valores a defender e a preservar. O sujeito passivo dessas agressões não é só o ofendido que está em causa, mas toda a comunidade a que pertence.

Existe ainda a tutela civil da personalidade, que é feita no artigo 70 e seguintes do Código Civil²²². A fórmula do artigo 70 (“A lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral”) contém assim o princípio da generalidade da tutela da personalidade²²³, abrangendo as

²²² Castro Mendes critica a utilização, no artigo 70 do CC, do nominativo “ilícita” em relação à ameaça ou à ofensa (MENDES, João Castro. *Teoria Geral do Direito Civil I*. p. 312). Pedro Pais de Vasconcelos, por seu turno, entende que a inclusão do qualificativo “ilícito” não é redundante, na medida em que podem existir ameaças ou agressões à personalidade física e moral das pessoas lícitas (basta pensar na legítima defesa ou no estado de necessidade) e, mesmo nesses casos, pode resultar o dever de indenizar, mas não por força do artigo 70 (VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Direitos de personalidade*. p. 46).

²²³ Castro Mendes discorda da fórmula geral, defendendo a enumeração dos direitos da personalidade (MENDES, João Castro. *Op. cit.*, p. 312). Também Cabral de Moncada entende que os direitos de personalidade, em si, são figuras anômalas, já que o homem apareceria como objeto de si mesmo, o que é

ameaças e agressões ilícitas a todo e qualquer direito de personalidade, ainda que não especialmente previsto nos artigos 72 e seguintes. Não há assim nenhum direito de personalidade a que não se reconheça a proteção prevista no artigo 70.

Segundo o n. 2 do artigo 70 : “Independentemente da responsabilidade civil a que haja lugar, a pessoa ameaçada ou ofendida pode requerer as providências adequadas às circunstâncias do caso, com o fim de evitar a consumação da ameaça ou atenuar os efeitos da ofensa já cometida”. Existem, assim, três linhas de proteção dos direitos de personalidade: “a responsabilidade civil, a tutela preventiva e a atenuação do possível”²²⁴.

A escolha das providências é deixada à liberdade do juiz a quem forem requeridas. Mas não é uma liberdade total nem sem critério, ou seja, discricionária. A letra da lei é expressa ao dizer que devem ser “adequadas”. Nestes termos, o juiz não deve exceder o que for suficiente, atuando com moderação, de modo a lesar ou perturbar o menos possível terceiros. Há de se encontrar uma solução proporcional entre a lesão, e o incômodo a terceiros, e a eficácia necessária²²⁵.

A conjugação das três medidas colocadas à disposição do ofendido é, de forma abstrata, de grande eficiência e utilidade. Obviamente que o caso concreto demonstrará qual ou quais as medidas serão mais adequadas e proporcionais para a situação.

Na ofensa aos direitos da personalidade das pessoas falecidas existe a possibilidade de incidência de todas as medidas decorrentes da ofensa. Em que pese ser este o posicionamento majoritário, ecoam vozes na doutrina pugnando pela impossibilidade do pleito indenizatório quando a ofensa ao direito da personalidade for de uma pessoa já falecida. Alguns autores sustentam que pelo fato de o direito ser do

uma impossibilidade lógica além disso, o direito geral da personalidade seria um direito com desmesurada extensão e poria em causa a segurança jurídica de terceiros, uma vez que se trata de direitos *erga omnes* (MONCADA, Luis Cabral de. *Lições de Direito Civil*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1995).

²²⁴ VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Direitos de personalidade*. p. 47. O autor sustenta que não se colocam todas as medidas no mesmo plano: de um lado há a responsabilidade civil, que tem como finalidade o ressarcimento, em termos patrimoniais, dos danos sofridos pelas vítimas; do outro lado estarão remédios diretos (uns preventivos, com os quais se pretende evitar que as ameaças se concretizem em ofensas) e atenuantes, destinados a atuar após a consumação, ou no início da consumação, da ofensa e que, na impossibilidade de preveni-la, destinam-se a reduzir, dentro do possível os efeitos da ofensa. Todos serão cumuláveis.

²²⁵ Existe um processo especial, de jurisdição voluntária para o decretamento das providências nos artigos 1.474 e 1.475 do Código de Processo Civil, marcado por objetivos de celeridade e simplicidade processual. O juiz decide de acordo com a prova produzida e de acordo com critérios que não são de legalidade estrita, mas de adequação e conveniência.

morto, não seria possível compensar uma dor que não foi sofrida por ele, já que no momento da ofensa ele já tinha falecido. Segundo o equivocado raciocínio, o morto não poderia receber indenização.

A questão já foi debatida de forma exaustiva neste trabalho.²²⁶ Alguns autores somente admitem a indenização caso os herdeiros comprovem a ocorrência de danos patrimoniais ou morais *iure proprio*. Segundo esse raciocínio, os herdeiros não poderiam requerer a indenização em nome do morto.

A compensação por perdas e danos é possível e não encontra nenhum impedimento legal. Em relação ao espírito da lei, é forçoso reconhecer que os artigos 483 e 484 não foram limitados à incidência somente quando os lesados estiverem vivos. Além disso, a memória do defunto é claramente tutelada pelo ordenamento jurídico, tanto de forma repressiva como de maneira preventiva, possibilitando que o ofensor possa pagar uma soma pecuniária aos representantes do morto.²²⁷

Existe grande dificuldade na doutrina em conjugar a ideia da titularidade do direito da personalidade do falecido com a possibilidade do pleito indenizatório, visto que essa forma de tutela é, por excelência, umas das consequências da ofensa a um direito da personalidade.²²⁸

7.2 Responsabilidade Civil

Um dos temas do direito privado que mais evoluiu, certamente em razão do aumento do número de ações e de mudanças na sociedade moderna, foi a responsabilidade civil. Hoje é possível afirmar que se está diante de verdadeira expansão desse ramo do direito privado, que tanto influencia as relações sociais atuais.

A doutrina visualiza algumas dimensões da expansão da responsabilidade civil, notadamente o aumento do potencial lesivo da sociedade, a ampliação do conceito jurídico de danos e de suas funções, a utilização da responsabilidade civil em campos

²²⁶ Ver Parte II, capítulo 2.8.

²²⁷ SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. *O direito geral de personalidade*. p. 195.

²²⁸ Na doutrina brasileira, por exemplo, Fábio Ulhoa Coelho reconhece que o direito pertence ao falecido. E como a tutela desses bens é deferida a uma pessoa, obviamente, diferente do falecido, a indenização que ela tem direito não lhe pertence. Neste contexto, o direito do legitimado se restringe à recuperação dos valores despendidos com a contratação de advogado, custas processuais e outras despesas existentes no momento em que são realizadas as defesas da memória do falecido. Após o pagamento dessas despesas, o saldo deverá ser entregue aos efetivos sucessores do falecido, em conformidade com a ordem de vocação hereditária preconizada na legislação pertinente. (COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003).

que lhe eram estranhos – como no direito de família – e o afã de proteção do lesado com a erosão dos filtros tradicionais da culpa, nexos causal e dano²²⁹.

O aumento da incidência do seguro de responsabilidade civil em diversas situações, inclusive com hipóteses de sua celebração obrigatória, demonstra que o crescimento das situações de responsabilidade civil objetiva pela teoria risco vem produzindo efeitos nas relações sociais. O dano aquiliano ressarcível está em progressiva ampliação.²³⁰ A evolução ocorrida na sociedade, potencializando situações geradoras de risco, enseja o repensamento acerca da construção clássica da responsabilidade civil.

Não existem dúvidas que nem todos os prejuízos merecem ser ressarcidos.²³¹ É necessário, além da presença de todos os pressupostos da responsabilidade civil, que o dano não patrimonial seja grave²³², em conformidade com o preconizado no n. 1 do artigo 496.

A violação de um direito da personalidade de uma pessoa faz nascer diversas possibilidades de tutela para o lesado, dentre elas a propositura de uma ação de responsabilidade civil postulando a indenização por danos não patrimoniais, nomeadamente em decorrência da ofensa à honra (bom nome ou crédito) das pessoas falecidas, que é o objeto da investigação.

O ilícito ao bom nome e ao crédito é uma forma típica de responsabilidade civil aquiliana. Em conformidade com a exegese do artigo 562, sobre o sujeito responsável pela ocorrência dos danos recai a obrigação de praticar os atos necessários para

²²⁹ SCHREIBER, Anderson. O futuro da responsabilidade civil, um ensaio sobre as tendências da responsabilidade civil contemporânea. In: RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da (Coords.). *Responsabilidade civil contemporânea – em homenagem a Silvio de Salvo Venosa*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 717-730.

²³⁰ GALGANO, Francesco. La Commedia della responsabilità civile. In: *RCDP*, 1987. p. 191 e seguintes.

²³¹ FRADA, Manuel A. Carneiro da. *Uma terceira via no direito da responsabilidade civil?* Coimbra: Almedina, 1997.

²³² A legislação brasileira não possui nenhum dispositivo exigindo que o dano moral seja grave para ser ressarcido. Nessa perspectiva, no ordenamento jurídico português o dano não patrimonial para ser indenizado deve ser grave. Apesar da inexistência dessa regra, a doutrina brasileira com o fito de evitar a banalização da indenização por danos morais vem limitando a sua incidência. A falta de critério objetivo para a sua fixação vem ensejando alguns pleitos absurdos e milionários. Nesse contexto, no momento da quantificação do dano, deve o magistrado se pautar em um padrão objetivo e não utilizar fatores subjetivos (VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. p. 617). Assim sendo, assiste razão a Sérgio Cavaleiri Filho, segundo o qual somente deve ser reputado como dano moral a dor sofrida, vexame, sofrimento ou humilhação que saia do padrão de normalidade. O mero dissabor, aborrecimento, mágoa ou irritação cotidiana, não é apto a ensejar indenizações desta natureza. (FILHO, Sergio Cavaleiri. *Programa de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Editora Atlas, 2012. p. 93)

reconstituir a situação hipotética existente, caso não tivesse ocorrido o fato determinante de tal dever. É bastante controvertida a finalidade da reconstituição da citada situação hipotética, vislumbrando alguns autores, como Pereira Coelho, a consagração nessa regra da teoria da diferença.²³³

O n. 1 do artigo 566 preconiza duas alternativas: a reparação *in natura* ou a indenização pecuniária (em dinheiro). De fato, o grande objetivo da obrigação de indenizar é a ideia de remoção dos eventuais prejuízos causados ao lesado. Não existem dúvidas de que o sistema português preconiza que a reparação *in natura* deve ser a regra.^{234 235}

²³³ COELHO, F. M. Pereira, *A causalidade na responsabilidade civil em Direito Português*, in Revista Dir. Est. Sociais, 1965, ano XII, n° 4. Coimbra.

²³⁴ A indenização por equivalente é uma forma mais simplória de se obter o ressarcimento dos danos. Em uma economia de mercado, na qual a valoração de qualquer bem ou prestação pode ser precificada, a restituição por equivalente é vista por alguns doutrinadores, nomeadamente italianos, como forma privilegiada de ressarcimento. Nesse sentido: CESARE, Salvi. *Il danno extracontrattual. Modelli e Fuzioni*. Napoli: Jovene, 1985. p. 23-24. As legislações alemã (parágrafo 249, parte 1, do B.G.B.) e italiana (artigo 2.058 do *Codice Civile* italiano) também utilizam o modelo de ressarcimento conferindo preferência à restituição *in natura*. Nos dois ordenamentos jurídicos, existe a previsão da possibilidade do ressarcimento ter lugar através da indenização por equivalente. A restituição *in natura* permanece a regra, entretanto, quando a mesma for impossível ou for onerosamente excessiva para o devedor, ter-se-á o ressarcimento através de indenização por equivalentes. O n. 1 do parágrafo 251 do BGB preconiza expressamente a exclusão da restituição *in natura* quando esta não for possível. Albuquerque Matos sustenta que a mesma exegese dos dispositivos da legislação portuguesa e italiana deve ser extraída do artigo 2.058 do *Codice Civile*. Segundo o autor, a legislação italiana não foi tão explícita, no entanto, é possível extrair da possibilidade da reparação do dano *in forma specifica* quando for total ou parcialmente possível. Ao realizar uma interpretação *a contrario sensu*, conclui-se que, quando for impossível, ter-se-á um ressarcimento através de indenização por equivalente em dinheiro. Já no tocante à exclusão da restituição *in natura* em razão da excessiva onerosidade para o devedor, as legislações alemã (n°2 do parágrafo 251 do BGB) e italiana (2.058 do *Codice Civile*) preconizam expressamente tal possibilidade.

Uma questão bastante discutida é a análise das situações nas quais há uma onerosidade excessiva para o devedor. Trata-se de difícil missão da jurisprudência definir quais são essas hipóteses, nomeadamente em Portugal e Alemanha, visto que inexistem nesses países, nas legislações, delimitação de quais situações admitir-se-ia a exclusão. Diferentemente, o *Codice Civile* italiano, em seu artigo 2.058, possui uma regra clara conferindo ao magistrado a possibilidade de excluir, de ofício, a obrigação de reparação *in natura* quando verificada uma excessiva onerosidade ao devedor. Tal regra exclui a obrigação do devedor, na instrução probatória, de provar a existência da onerosidade. Nesse sentido: MATOS, Filipe Miguel Cruz de Albuquerque. *Responsabilidade por ofensa ao crédito ou ao bom nome*, p. 541.

²³⁵ A reparação *in natura* encontra alguns obstáculos materiais, motivo pelo qual alguns autores tendenciam a conferir certa preferência à restituição em dinheiro. Note-se que a reparação *in natura* deve ser considerada como modo preferencial na indenização dos prejuízos causados nos regimes jurídicos de todas as obrigações, inclusive as de indenizar.

7.3 Dano não patrimonial

7.3.1 Introdução

A possibilidade da ressarcibilidade dos danos não patrimoniais foi questão bastante discutida na doutrina. Os autores clássicos sustentavam que esses danos possuíam uma natureza irreparável. O dinheiro não tinha o condão de reparar as dores físicas ou morais, os vexames, as inibições causadas. Inexistia a possibilidade, para esses doutrinadores, de apagar, com um valor monetário, os malefícios deste dano.²³⁶ Saliente-se, ainda, segundo essa construção, que a possível compensação (e não indenização)²³⁷ do dano teria, mesmo assim, grande dificuldade em determinar o correto e justo valor a ser compensado.

Um pouco tempo atrás, sustentava-se que seria contrário à moral todo e qualquer pagamento indenizatório na hipótese de lesão de natureza extrapatrimonial. O denominado *pretium doloris* (preço da dor) era inadmissível nos ordenamentos de tradição romano-germânica. A regra existente era a de que aquilo que não se pode medir, não se pode indenizar.

O raciocínio acima exposto não encontra mais força na grande maioria dos ordenamentos jurídicos. De fato, existe uma grandeza heterogênea entre o dinheiro e as dores morais ou físicas. Apesar disso, a compensação atenuará, minorará ou até mesmo compensará as dores sofridas. Indubitavelmente a solução de conferir a fixação de um valor a ser indenizado é muito mais justo do que nada fazer. Antunes Varela demonstra que muito mais imoral e injusto é a adoção da tese oposta, possibilitando a realização de verdadeiro comércio de bens de ordem imaterial e espiritual. A alegação da dificuldade em se aferir o real valor do dano também deve ser rechaçada. A fixação do próprio dano patrimonial, em alguns momentos, notadamente nos indiretos, encontra grande dificuldade na aferição do real valor da diminuição material, como a violação à honra de um médico ou advogado, que gera uma diminuição nas suas clientelas.

²³⁶ ANTUNES, Varela João de Matos. *Das obrigações em geral*. p. 603.

²³⁷ A pessoa que sofre um dano não patrimonial deve obter uma satisfação de cunho compensatório. A utilização da expressão “compensação” é mais adequada, visto que esse tipo de dano não é tecnicamente indenizável. A palavra “indenizar” decorre do latim, “*in dene*”, que significa restituir ao estado anterior, no caso do dano material o patrimônio, com o fito de eliminar o prejuízo e suas eventuais consequências. Em um dano de ordem não patrimonial, esse duplo objetivo, evidentemente, não é possível. Prefere-se, assim, usar a expressão que o dano não patrimonial é compensável. Saliente-se que a Constituição Federal Brasileira, em seu artigo 5, X, refere-se, equivocadamente, à indenização do dano moral. Nesse sentido: MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana – Uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003. p.145.

Em um passado próximo, era de grande dificuldade doutrinária admitir a necessidade de dimensionar o dano não patrimonial. Atualmente, de maneira diametralmente oposta, é impossível ignorar a sua existência. A imoralidade em receber uma remuneração pela dor sofrida não tinha fundamento. Não era a dor que estava sendo paga, mas sim o lesado, em seu aspecto extrapatrimonial, merecia ser compensado monetariamente com o fito de assim se beneficiar de alegrias que objetivassem minorar os efeitos do dano causado. Admitir um lesado sem ressarcimento estar-se-ia criando um grande desequilíbrio na ordem jurídica.²³⁸ A radical alteração dessa perspectiva apenas reflete a metamorfose dos papéis do lesante e lesado no sistema de responsabilidade civil. Essa evolução não é vista somente na admissibilidade da compensação do dano não patrimonial, mas sim em outros aspectos, como na expansão da responsabilidade objetiva, relativização do nexo de causalidade, entre outros.

7.3.2 O sistema do artigo 496 do Código Civil português

O legislador português preconizou no artigo 496 um pressuposto específico para configuração do dano não patrimonial, ou seja, a gravidade do dano. A doutrina identifica que o sistema português foi muito mais generoso do que o italiano e o alemão²³⁹, visto que permite a participação criadora da jurisprudência.

A legislação italiana, notadamente no art. 2.059 do Código Civil, prevê uma clara regra limitadora. O dano não patrimonial somente será objeto de ressarcimento caso haja expressa previsão legal. No sistema italiano, não existe uma enumeração taxativa das hipóteses nas quais se admite o ressarcimento do dano não patrimonial, em comparação com o sistema alemão que possui uma regra neste sentido. O ordenamento jurídico da Itália consagrou o princípio da tipicidade de forma indireta. Somente na situação em que o ofensor praticar uma conduta tida como crime (na forma do artigo 185 do Código Penal italiano), admitir-se-á a compensação por violação a danos não patrimoniais.

²³⁸ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana – Uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. P. 147.

²³⁹ O sistema alemão evoluiu muito ao ampliar os pressupostos em que se admitem a ressarcibilidade dos danos não patrimoniais. A Reforma de 2002 modificou uma consolidada tradição de limitação na compensação. O sistema de tipicidade delitual existente em decorrência da proteção de determinados bens foi mantido. De fato, houve uma ampliação de forma a abranger danos decorrentes de incumprimentos contratuais e de situações de responsabilidade pelo risco.

A limitação existente no sistema italiano levou a doutrina e a jurisprudência, para evitar injustiças, a ampliar as hipóteses de admissibilidade da violação a danos não patrimoniais. Esta ampliação foi realizada através da interpretação extensiva dos termos amplos utilizados pelo artigo 2.043 do *Codice Civile* no tocante à ilicitude, bem como foram utilizadas as normas constitucionais em que se protegem direitos fundamentais dos particulares. Com esta exegese, passou-se a incluir todo um conjunto de danos a integrar o âmbito do artigo 2.043 (dano à saúde psíquica, dano existencial e outros prejuízos de natureza não patrimonial).²⁴⁰

A ampliação interpretativa e as limitações impostas pelo artigo 2.059 do *Codice Civile* ensejaram o surgimento de novas categorias conceituais de dano, como o dano biológico, dano existencial e a distinção realizada entre dano moral e dano psíquico.

De fato, o dano biológico surgiu para suprir as limitações impostas pelo sistema italiano da tipicidade. Ele se configura na violação do direito à integridade físico-psíquica do titular. Uma das características essenciais deste dano é o seu caráter objetivo, consubstanciado na possibilidade de comprovação médico-legal das limitações físico-psíquicas causadas pelo evento danoso.²⁴¹

A doutrina aduz que o dano biológico surgiu como um *tertium genus*, com as seguintes características: a) dano comum a todos aqueles que, em decorrência de uma lesão, sofrem um desrespeito pelo direito à saúde preconizada na Constituição; b) Danos sem conseqüências negativas no rendimento do lesado; c) Dano deve ser compensado de forma igual para todos os lesados.²⁴²

O sistema alemão evoluiu muito ao ampliar os pressupostos em que se admitem a ressarcibilidade dos danos não patrimoniais. A Reforma de 2002 modificou uma consolidada tradição de limitação na compensação. O sistema de tipicidade delitual existente em decorrência da proteção de determinados bens foi mantido. De fato, houve uma ampliação de forma a abranger danos decorrentes de incumprimentos contratuais e de situações de responsabilidade pelo risco.

²⁴⁰ MESSINETTI, Davide. Recenti orientamenti sulla tutela della persona. La moltiplicazione dei diritti e dei danni. In: *Riv. Crit. del Dir. Priv.* 1992.

²⁴¹ CASSANO, Giuseppe, anotação à sentença do Tribunale Pen. di Lucra 6 outubro 2000 – Est. Liberati, in *Diritto di Famiglia e Delle Persone*, 2001, n° 3, pag. 1048.

²⁴² TRIGO, Maria da Graça, Adopção do conceito de “dano biológico” pelo direito português. Biblioteca digital da Ordem dos Advogados de Portugal, acesso em 25/09/2012 através de www.oa.pt/upl/%7B5b5e9c22-e6ac-4484-a018-4b6d10200921%7D.pdf.

A taxatividade do sistema alemão, que foi mantida pela reforma, leva a interpretações extensivas para evitar que violações aos direitos da personalidade fiquem sem as devidas compensações. Por exemplo, em ofensas praticadas através da comunicação social, foi invocado pelo BGH razões de natureza preventiva como fundamento da obrigação de indenizar. O fundamento da decisão foram os excessivos lucros obtidos na divulgação de notícia sensacionalista e a compensação financeira foi considerada a mais adequada para reparar o dano.

A doutrina portuguesa, comentando esta decisão, demonstra os obstáculos existentes no sistema da tipicidade do ressarcimento dos danos não patrimoniais alemão e italiano, ressaltando a falta de apoio dogmático da citada decisão.²⁴³ De fato, o sistema português, que possui uma regra mais aberta, é muito mais adequado, no sentido de universalizar a indenizabilidade dos danos não patrimoniais.

O artigo 496 n. 1 não é obstáculo para atribuir ao lesado uma quantia em dinheiro com o fito de compensar os prejuízos insuscetíveis de avaliação pecuniária. Em que pese o dinheiro e os bens não patrimoniais serem grandezas de ordens diversas e heterogêneas, o legislador foi bem mais sensível aos ditames de uma justiça comutativa. Em uma ponderação entre não atender o lesado e não lhe conferir nenhuma compensação de natureza pecuniária e proceder à indenização deste em dinheiro, optou pela última, apesar de o dinheiro não ser a melhor forma de compensar a ofensa perpetrada a este bem não patrimonial. Sabe-se que, de fato, o dinheiro pode propiciar ao lesado um conglomerado de vantagens, benefícios que almejam minimizar os sofrimentos, as angústias e os desgostos decorrentes do dano.²⁴⁴

A adoção de um sistema no qual a reparação dos danos não patrimoniais é bastante ampla é fato inequívoco. A correção da opção por este sistema é consubstanciada na conjugação da previsão em termos gerais do artigo 496 com o pressuposto de gravidade previsto. A regra possui um mandamento *expressis verbis* determinando que os danos não patrimoniais somente seriam indenizáveis que “pela sua gravidade mereçam tutela do direito.”

²⁴³ MATOS, Filipe Miguel Cruz de Albuquerque. *Responsabilidade civil por ofensa ao crédito ou ao bom nome*. p. 567.

²⁴⁴ *Ibidem* p. 562

O citado requisito representa uma grande limitação à discricionariedade judicial no momento da fixação do *quantum debeat* referente à compensação pela ofensa ao dano não patrimonial.

Neste contexto, cabe à jurisprudência e à doutrina o difícil papel de delimitar o âmbito da expressão “gravidade”. A exegese do dispositivo denota que o objetivo do legislador foi restringir o campo de incidência das indenizações referentes aos danos não patrimoniais. Ao limitar a sua indenizabilidade às hipóteses que sejam graves, de forma latente ocorreu a exclusão de algumas situações que ofendem bens de natureza não patrimonial.²⁴⁵

Neste ponto, não é crível admitir um alargamento através de fundamentações subjetivistas do núcleo de danos não patrimoniais ressarcíveis. Sustentar um aumento representa ignorar as referências estruturantes do próprio instituto.

Outra questão bastante divergente, que demonstra a evolução da doutrina portuguesa é a admissibilidade dos danos não patrimoniais contratuais.²⁴⁶

²⁴⁵ A privação de uso e gozo, por si só, não é apta a ensejar a compensação por ofensa a um dano não patrimonial. Obviamente que em situações concretas pode-se verificar a gravidade da lesão, entretanto, em abstrato não. Outro ponto de divergência na doutrina refere-se à ocorrência de danos não patrimoniais decorrentes da destruição da coisa ou privação do uso da mesma. De fato, em alguns momentos, tende-se, de forma equivocada, a presumir danos ou incluir no dano não patrimonial diversos prejuízos que a natureza não se coaduna com a matriz nuclear deste dano.

²⁴⁶ A doutrina e a jurisprudência se mostraram divididas durante muito tempo acerca da discussão sobre a admissibilidade do chamado dano não patrimonial, preconizado no n. 1 do artigo 496, decorrente da violação de um contrato.

Na época em que vigorava a legislação anterior, discutia-se se o ressarcimento do dano não patrimonial abrangia toda a área da responsabilidade civil. Com o advento do Código de 1966, a previsão de tal reparação foi realizada em um sentido amplo. A sua formulação e a localização topográfica foram de grande infelicidade, visto que não deixava clara a sua aplicação tanto no âmbito da responsabilidade civil delitual como no da contratual (Nesse sentido: COSTA, Mario Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. Coimbra: Almedina, 2009. p. 601.).

Nessa perspectiva, parte da doutrina fundamenta a impossibilidade do ressarcimento do dano não patrimonial oriundo da violação de um contrato, em razão de o legislador ter inserido o artigo 496 em zona privativa da responsabilidade civil extracontratual e não na zona comum às duas ordens de responsabilidade (artigos 562). No raciocínio dessa parcela da doutrina, esse fato obsta a aplicação analógica do artigo 496. (ANTUNES, Varela João de Matos. *Das obrigações em geral*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2011. p. 627.) Vozes na doutrina também suscitavam razões de segurança jurídica para obstar o alargamento da ressarcibilidade do dano não patrimonial. A extensão poderia ensejar um verdadeiro comércio jurídico com bens vinculados à personalidade humana.

Outros doutrinadores possuem um posicionamento menos restritivo, apesar de visualizarem que o sistema somente admite a reparação dos danos não patrimoniais na responsabilidade civil delitual. Alguns desses autores permitem a incidência dos danos em caso da violação contratual na hipótese de concurso de imputações. (Nesse sentido: SOUZA, M. Teixeira de. *O concurso de títulos de aquisição da prestação. Estudo sobre a dogmática da pretensão e do concurso de pretensões*. Coimbra, 1988. p. 272-273).

7.3.3 O dano não patrimonial *post mortem*

A grande dificuldade que existiu para a admissibilidade dos danos não patrimoniais das pessoas naturais, conforme já explicitado, é um indicativo que a admissibilidade do dano não patrimonial de ofensas perpetradas ao crédito ou bom nome de uma pessoa que já faleceu não será facilmente permitido pela doutrina.

A história vem demonstrando uma grande evolução no âmbito de incidência da responsabilidade civil, especialmente do dano não patrimonial. O decurso do tempo ensejou a relativização de alguns dogmas e conceitos, e os direitos da personalidade ganharam espaço com uma ampliação inequívoca, que vem sendo sedimentada com o passar do tempo.

Nesse contexto, a negação da tutela indenizatória na hipótese da violação do bom nome ou do crédito das pessoas falecidas é um verdadeiro retrocesso inadmissível e um estímulo às ofensas. Os ordenamentos jurídicos brasileiro e português possuem regramentos com bastante similitudes, possibilitando uma conclusão idêntica nas duas situações.

Sinde Monteiro, por sua vez, em princípio, concorda com a necessidade de uma interpretação restritiva, não permitindo a incidência do dano não patrimonial na responsabilidade civil contratual. (MONTEIRO, J. Sinde. *Reparação dos danos pessoais em Portugal. A lei e o futuro. Considerações de lege ferenda a propósito da discussão da alternativa sueca*. Coletânea de jurisprudência, tomo IV, 1986, p.7) Porém, aceita orientação diversa, de forma excepcional, nas hipóteses de concurso de imputações e na responsabilidade médica. Nessa última hipótese, visualiza uma lacuna preenchível por analogia. (DIAS, J. Figueiredo; MONTEIRO, Sinde. Responsabilidade médica em Portugal. In: *Boletim do Ministério da Justiça*, nº 132, Lisboa, 1984. p.41)

Inicialmente deve ser reconhecido que o artigo 496 refere-se, exclusivamente, à responsabilidade civil delitual. Apesar disso, é possível a aplicação do referido dispositivo por analogia. (Nesse sentido: SERRA, Vaz. Anotação ao Acórdão do STJ de 4 de junho de 1974. In: *Revista de Legislação e Jurisprudência*, nº 108, p. 222.) O silêncio do legislador não deve ser interpretado de maneira a restringir a aplicação do dispositivo ao campo delitual. Caso fosse desejo do legislador criar a restrição suscitada, certamente o teria feito no artigo 798. (Nesse sentido: JORGE, F. Pessoa. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, Coimbra, Almedina, 2009. p. 597) Além disso, nas disposições relativas à mora e ao incumprimento, precisamente nos artigos 798 e 804, n. 1, não existe qualquer limitação à reparação aos prejuízos causados, permitindo extrair a exegese de que os danos não patrimoniais também estariam incluídos. (TELLES, Inocêncio Galvão. *Direito das obrigações*. Coimbra, Editora Coimbra, 1997. p. 386.)

O posicionamento adotado por Pinto Monteiro merece uma análise profunda. Segundo o renomado autor, o argumento do posicionamento sistemático do dispositivo suscitado para impedir a ressarcibilidade dos danos não patrimoniais não constitui um fundamento importante para obstar o resultado jurídico através da analogia. Além disso, demonstra a existência de ofensas a bens não patrimoniais (direitos da personalidade) ocorridas na seara do cumprimento dos contratos. Saliente-se, ainda, que o autor reconhece os problemas suscitados pelo alargamento da aplicação do artigo 496, entretanto, identifica o critério da gravidade objetiva previsto no artigo 496 como um verdadeiro obstáculo para impedir eventual excesso e possível comércio jurídico. (MONTEIRO, Antônio Pinto. *Cláusula penal e indenização*. Coimbra: Editora Coimbra, 1990. p. 653 e 31.)

O pressuposto dessa análise é o reconhecimento de dois tipos de herança. A herança patrimonial, que deve ser interpretada em conformidade com as regras do direito sucessório. E, por fim, o reconhecimento de uma herança moral, que deve ser interpretada em consonância com os valores e regramentos relativos aos direitos da personalidade. Neste aspecto, não há dúvidas da existência de uma sucessão pessoal, na qual ocorre a transferência não só dos deveres de tutela dos direitos da personalidade do falecido, como de todas as consequências de eventuais lesões, incluindo, também, o direito da perceber as indenizações.

No direito brasileiro, conforme já salientado, os artigos 12 e 20 do CCB normatizam a questão. Ecoam vozes na doutrina sustentando que uma interpretação mais restritiva das regras levaria a uma negação ao pleito indenizatório.²⁴⁷

A citada exegese não está correta. A interpretação literal do artigo 12 leva a outra conclusão. A legislação brasileira admitiu expressamente o pleito indenizatório. O *caput* do artigo 12 preconiza claramente que “pode-se exigir que cesse a ameaça ou a lesão a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos”. O ordenamento previu claramente às hipóteses de cessar ameaça ou lesão, bem como eventual pleito indenizatório. No parágrafo único do artigo 12, que estende essas medidas para a tutela dos direitos da personalidade *post mortem*, não existe qualquer tipo de restrição. Assim sendo, do ponto de vista da interpretação literal, é possível a reparação de danos.

A exegese de que a expressão “medidas”, usada pelo legislador no parágrafo único do artigo 12, seria relativa somente a situações urgentes e atenuantes sem cunho indenizatório é claramente contra a lei. Não existem margens para essa interpretação.

Por fim, sustentar que o pleito indenizatório somente poderia ser intentado pelos herdeiros por direito próprio, fundamentando o seu pleito em um dano por ricochete, é negar toda a construção até agora realizada.

O artigo 20 do CCB, que alude ao direito de imagem, utiliza o mesmo mecanismo legislativo. No *caput* existe a previsão genérica do pleito indenizatório, o qual é estendido no parágrafo único, que é o regramento referente à tutela *post mortem*. Caso o legislador objetivasse não permitir a ação de responsabilidade civil nas situações

²⁴⁷ MIGLIORE, Alfredo Domingues Barbosa. *Direito além da vida*. São Paulo: LTR, 2009. p. 243.

de ofensa a direitos do falecido, teria dito isto expressamente ou utilizado expressões claramente restritivas, o que não foi feito.

A análise topográfica das previsões já tendência que o direito não é dos herdeiros. Eles defenderão a ofensa ao bom nome do falecido. A lesão é do patrimônio moral deixado pelo *de cuius*, tanto que a previsão possibilitando a ação de reparação de danos está prevista no dispositivo referente à postergação dos direitos da personalidade. Logo, não há que se falar em direito próprio.

A discussão também existe no ordenamento jurídico português. Ela foi tratada de forma exauriente na Parte II, no capítulo 2.8, para onde se remete. O tema foi lá tratado em razão de os autores o analisarem de forma conjunta com a questão da titularidade do direito. Ressalte-se que em Portugal a doutrina e a jurisprudência não se pacificaram nessa questão acerca da admissibilidade do pleito indenizatório. A conclusão adequada, com os mesmos fundamentos já aprofundados, é admissibilidade do pleito indenizatório.

7.4 Destino do montante indenizatório obtido

Após verificar que os herdeiros podem intentar ações indenizatórias por violação do bom nome e do crédito das pessoas falecidas, bem como que a titularidade deste direito pertence ao morto, mister se faz aferir qual será o destino da verba indenizatória obtida nas ações de responsabilidade civil.

Realmente, é possível a existência de um fato ofensivo ao bom nome do falecido. Intentada a ação indenizatória por um dos dois herdeiros existentes, esse valor obtido a título de compensação será devido somente ao autor da ação? O outro herdeiro, que eventualmente optou em não demandar visto que seu irmão já havia feito, não será beneficiado?

Ao partir do pressuposto de que o direito tutelado é do falecido e não do herdeiro demandante, não há como sustentar que a verba indenizatória pertencerá somente ao herdeiro que intentou a ação. O dano *post mortem* não beneficiará somente aquele legitimado que intentou a ação, salvo se o fundamento da ação de responsabilidade civil for a violação de um direito próprio em razão do dano por ricochete.

Diante desta conclusão, também não seria possível concluir que existe uma solidariedade ativa em relação aos legitimados preconizados na lei – artigo 71 do Código Civil português e artigo 12, parágrafo único, do Código Civil brasileiro.

Nesse passo, os dois ordenamentos jurídicos somente permitem a solidariedade quando decorrem da lei ou da vontade das partes, conforme se extrai da exegese dos artigos 563 e 265 do Código Civil de Portugal e do Brasil.

Na hipótese de solidariedade ativa, qualquer dos credores tem a faculdade de exigir do devedor a prestação por inteiro. Além disso, o cumprimento integral da obrigação pelo devedor com qualquer credor libera o dever por inteiro.²⁴⁸ Ao analisar o conceito de solidariedade ativa, poder-se-ia admitir a sua incidência nas hipóteses da defesa do patrimônio moral do falecido, notadamente nas situações nas quais são intentadas ações indenizatórias. Sucede que a solidariedade somente existe, em ambas as legislações, quando tem uma determinação legal ou uma convenção entre as partes. No caso em tela, de forma clara, não existe qualquer determinação na lei criando uma solidariedade entre os legitimados.

Saliente-se que eles sequer tiveram seus direitos violados, posto que o patrimônio moral ofendido pertence ao falecido. Os legitimados somente possuem o direito de exercer a tutela da ofensa, nele incluída a possibilidade da propositura da respectiva ação de responsabilidade civil.

A solidariedade ativa aparente é, de fato, o direito comum de herança na qualidade de sucessor, em conformidade com a ordem de vocação hereditária. Aplica-se a mesma regra de eventual recebimento tardio de uma indenização pelo espólio, independente se a mesma foi de natureza patrimonial ou não patrimonial.²⁴⁹

A necessidade de repartição entre os herdeiros dos valores obtidos a título de indenização é a única solução possível com o raciocínio desenvolvido. Cuida-se de uma herança especial. O patrimônio moral pertence ao falecido e é transferido aos seus herdeiros a título de sucessão pessoal.

²⁴⁸ VARELA, João de Matos Antunes. *Obrigações em geral*. p. 752.

²⁴⁹ MIGLIORE, Alfredo Domingues Barbosa. *Direito além da vida*. p. 247.

Nesse contexto, em conformidade com a legislação brasileira, já ocorrendo o término do processo de inventário, na forma do artigo 1.040, I, do Código de Processo Civil, deverá ocorrer a chamada sobrepartilha.

Esse fenômeno também está preconizado na legislação portuguesa e se chama partilha adicional, de acordo com o preconizado nos artigos 2.122 do Código Civil e 1.395 do Código de Processo Civil. Ela pode ocorrer se descobrirem bens ainda não incluídos na partilha. Nesse caso, ela continua válida, sendo necessário realizar uma nova, chamada de adicional.²⁵⁰

7.5 A suposta função punitiva do dano não patrimonial

A doutrina dominante continua a atribuir à responsabilidade civil uma função essencialmente reparatória. Apesar disso, ecoam vozes na doutrina visualizando uma finalidade preventivo-punitiva da responsabilidade civil. Uma figura que tem ensejando uma análise crescente por parte da doutrina portuguesa é a aplicação da teoria dos *punitive damages*, decorrente da jurisprudência e doutrina anglo-saxônica.²⁵¹

Atualmente é crescente na doutrina a tese de que a satisfação objetiva do dano não patrimonial, além de minorar o sofrimento do injusto, possibilita uma punição ao ofensor, impedindo que este repita tal comportamento danoso, bem como previne ofensas futuras. Segundo essa orientação, a reparação do dano não patrimonial possuiria um duplo-aspecto: de caráter compensatório – com o objetivo de confortar o ofendido – e de caráter punitivo – com a finalidade, em suma, da imposição de uma penalidade ao lesante, consistindo em sua diminuição patrimonial e o conseqüente acréscimo patrimonial do lesado.

A ideia do *punitive damages* pode ensejar uma confusão terminológica para duas situações distintas. Uma quando a indenização fixada se conduz com o intuito de reparação do dano e outra no momento em que o objetivo da indenização é essencialmente punitivo-preventivo. Na primeira hipótese, pode-se estar diante de condutas merecedoras de uma especial reprovação, na qual o desvalor da ação é essencialmente acentuado, notadamente em razão da intensidade do dolo. Ora, o elemento subjetivo (dolo), além de ser analisado para fins de aferição do responsável

²⁵⁰ ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Civil: sucessões*. p. 519.

²⁵¹ Nesse sentido: GOMES, Julio. Uma função punitiva para a responsabilidade civil e uma função reparatória para a responsabilidade penal? In: *Revista de Direito Econômico*, 1989, (ano XV).

pelo evento danoso, também influenciará no momento da fixação do *quantum* a ser indenizado. Em violações da honra, ocorre uma clara destruição de um bem que a pessoa tem um inequívoco interesse estimativo. Nesse caso, onde o sofrimento do lesado e a gravidade da ofensa são levados em consideração na fixação de uma quantia mais elevada do dano, pode ser explicável facilmente pela necessidade de reparação (ou compensação) integral do dano.²⁵²

O instituto dos *punitive damages* é um meio de reparação de danos decorrente do sistema da *common law*. Trata-se de uma figura anômala, situada entre o Direito Civil e o Direito Penal, visto que possui o objetivo precípua de punir o causador do dano. A figura é anômala, pois além de punir o suposto causador do evento danoso, o faz através de um pagamento ao lesado. Neste sentido, atribui-se ao lesado um valor superior ao valor do dano sofrido, com o claro intuito de punir o ofensor e desestimular a prática da conduta.

O instituto não encontra previsão expressa no direito brasileiro nem no português. Nestas tradições, as punições sempre foram desempenhadas pelo Direito Penal, reservando-se ao Direito Civil uma função eminentemente reparatória.

A teoria da responsabilidade pela reparação dos danos não patrimoniais não deve se fundamentar no propósito sancionador, punitivo. O fundamento da responsabilidade civil está na ideia da reparação (ou compensação) integral do dano, seja ele de natureza patrimonial ou não. A admissibilidade do acréscimo patrimonial do lesado a título punitivo gera, claramente, a violação do princípio do enriquecimento ilícito.

A doutrina brasileira, de maneira majoritária, vem vislumbrando uma dupla função na reparação do dano moral.²⁵³ Na jurisprudência, prepondera que a indenização nesses casos não cumpriria apenas o papel de compensação pelo dano sofrido. A

²⁵² MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana – Uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. p. 108.

²⁵³ Caio Mario chega a suscitar que na indenização por danos morais estão conjugados dois motivos, ou duas concausas. A primeira, a punição ao infrator pelo fato de ter ofendido a um bem jurídico do lesado, de natureza imaterial. O segundo, uma função satisfatória, visto que o valor pago ao lesado cria uma oportunidade ao mesmo de minorar a dor sofrida. (PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Responsabilidade Civil*. p. 38). A dupla face da indenização por danos morais no Brasil também é identificada por Sérgio Cavalieri Filho. A primeira relacionada à função satisfatória, na qual o pagamento de um valor enseja a “substituição do prazer, que desaparece, por um novo”. Em outro aspecto, sustenta o autor que não se pode ignorar a necessidade da imposição de uma pena ao ofensor. (FILHO, Sérgio Cavalieri. *Programa de Responsabilidade Civil*. p. 96). Carlos Alberto Bittar defende, em conformidade com a função punitiva, a necessidade de atribuição de um valor de desestímulo. (BITTAR, Carlos Alberto. *Responsabilidade Civil por danos morais*. 2. ed. São Paulo: Editora RT, 1994.)

compensação, além de propiciar uma satisfação ao ofendido, também serviria como uma forma de punição. A doutrina vislumbra a adoção pela jurisprudência brasileira da teoria mista ou funcional, o que vem ensejando um aumento expressivo nos valores das indenizações.²⁵⁴

A utilização de critérios punitivos para a fixação do dano não patrimonial encontra diversas inconsistências e impropriedades. Inicialmente, deve-se salientar que a forma de fixação da indenização deve-se medir pela extensão do dano, conforme se extrai dos artigos 944 e 562 e seguintes dos Códigos Civis brasileiro e português, respectivamente. Também ocorre um distanciamento de alguns princípios fundamentais dos ordenamentos jurídicos, especialmente a possibilidade de atribuir ao juiz a possibilidade de estipular e aplicar uma pena sem prévia disposição legal. Além disso, deve-se salientar que a pena é aplicada no processo civil, sem as garantias fundamentais do processo penal. Por fim, está em desacordo com a lei, notadamente os artigos 884 e 473 das citadas legislações, a atribuição de um valor em benefício do lesado a título de punição do lesante. A violação da regra descrita da proibição do enriquecimento ilícito é latente. Como já explicitado, o ofendido vai ser indenizado em valor superior ao dano.

A doutrina brasileira, crítica da aplicação da teoria do *punitive damages*, suscita algumas incoerências da sua aplicação. Ressalta que os defensores de sua incidência não conseguem explicar os motivos da sua não aplicação ao dano patrimonial, já que não existiria qualquer motivo para a sua limitação.²⁵⁵

Os defensores desta tese apresentam algumas finalidades da indenização punitiva, quais sejam: a) punição (retribuição) – a indenização punitiva exerceria o papel de punição de condutas graves; b) prevenção (dissuasão) – nesse aspecto, a indenização funcionaria para evitar a repetição de tal conduta; c) Eliminação do lucro ilícito – sustenta-se que a conduta grave enseja um aumento do lucro do lesante.²⁵⁶

O aumento²⁵⁷ das indenizações concedidas pelos tribunais brasileiros, especialmente com fundamento na sua suposta função punitiva, vem gerando uma

²⁵⁴ ANDRADE, André Gustavo Correa de. Indenização Punitiva. In: MARTINS, Guilherme Magalhães (Coordenação). *Temas de Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 28.

²⁵⁵ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. p. 21.

²⁵⁶ Op. cit., p. 38-41.

²⁵⁷ A transmutação completa da teoria do *punitive damages* vem causando grande dificuldade em se reconhecer o valor exato do dano não patrimonial. Diferente do sistema norte-americano em que o magistrado diferencia o valor do dano não patrimonial do referente ao punitivo, a jurisprudência brasileira

necessidade de relativizar a teoria. Alguns autores já defendem que a tese mista funcional não pode ser aplicada de forma irrestrita. Segundo esse raciocínio, não seria possível a visualização da função punitiva em todas as indenizações por danos morais, excetuando a sua aplicação nas situações de responsabilidade civil objetiva e subjetiva nas hipóteses de culpa. Para eles, a aplicação da função somente poderia ocorrer nos casos de culpa grave.²⁵⁸

Ecoam vozes na doutrina portuguesa²⁵⁹ que admitem uma função punitiva excepcional. Segundo essa tese, somente seria possível visualizar um caráter punitivo quando a legislação assim o determinar (hipóteses taxativamente previstas em lei)²⁶⁰ ou em situações particularmente sérias.²⁶¹

Existe, em Portugal, posicionamento intermediário que não visualiza uma função punitiva, mas sim uma preventiva.²⁶² Além disso, existe uma forte tendência em alguns doutrinadores no sentido de visualizar na pena privada uma forma de garantir de forma mais eficaz a autonomia privada. Segundo seu raciocínio, a sanção desencoraja a prática do ilícito. Neste contexto, concebe-se uma função punitiva à responsabilidade civil.²⁶³

não o faz. De fato, é fixado um montante genérico de dano moral e na fundamentação explicita-se a existência da função punitiva. Deste modo, o ofensor é condenado a pagar um valor, a título de punição, sem saber qual é este montante.

²⁵⁸ SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade* p. 33.

²⁵⁹ Paula Lourenço, em trabalho sobre os danos punitivos, visualiza no ordenamento jurídico português a possibilidade de aplicação desta teoria. Aduz a autora, que a responsabilidade civil possui, efetivamente, este duplo sentido. Segundo seu raciocínio, o dogma da função exclusivamente reparadora deve ser ultrapassado. Salienta, ainda, que existe uma hipertrofia do Direito Penal e em razão disto a responsabilidade civil deve assumir este papel. Apresenta como argumento, ainda, que a defesa dos danos punitivos potencializaria a tutela dos direitos da personalidade e previne a sua repetição. (MEIRA, Paula Lourenço. Danos Punitivos. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. A43 n° 2, 2002, p. 1019-1111).

²⁶⁰ A doutrina brasileira visualiza um exemplo na legislação de determinação legal do *punitive damages*, o artigo 13 da Lei n° 7.347/85, que prevê a transferência da indenização, quando da violação de direitos difusos ou coletivos, para um fundo nacional. Nessa hipótese, não existe qualquer violação ao princípio da proibição do enriquecimento ilícito, visto que não há qualquer acréscimo patrimonial por parte do lesado em razão da transindividualidade do direito em litígio.

²⁶¹ Nesse sentido: MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana – Uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. p. 263.

²⁶² Nesse sentido aduz Patrícia Monteiro Guimarães. Segundo ela, a inadmissibilidade dos danos punitivos, ao menos com fundamento na prevenção, seria reduzir a reparação do dano a uma situação simplória de pagar ao lesado somente a extensão do dano. E não seria somente esta a função da responsabilidade civil. (GUIMARÃES, Patrícia Carla Monteiro. Os danos punitivos e a função punitiva da responsabilidade civil. In: *Direito e Justiça – Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica de Portuguesa* – vol. 15.1, 2001 – pp. 159-206)

²⁶³ GOMES, Júlio, Uma função punitiva para a responsabilidade civil e uma função reparatória para a responsabilidade penal? In: *Revista de Direito Econômico*, n. XV, 1989, p. 105-144.

A ideia de criar uma confusão entre as funções da responsabilidade civil e penal não está correta. A eventual falta total de tutela não pode ser fundamento para a subversão completa do sistema.

Com o fito de, supostamente, ampliar a tutela dos direitos da personalidade, contrariam-se princípios basilares do ordenamento jurídico. Não é possível reconhecer um caráter punitivo na responsabilidade civil porque não existe suporte legal. No processo civil, procedimento pelo qual tramitam as ações indenizatórias, inexistem as devidas garantias processuais, típicas do processo penal. Além disso, atribuir ao lesado a quantia fixada a título punitivo é inverter o sistema, ensejando claro enriquecimento ilícito.²⁶⁴

A ofensa ao bom nome ou ao crédito de uma pessoa falecida pode ensejar o dever de reparar os danos não patrimoniais porventura causados, conforme já explicitado de forma exaustiva.

O fato de o lesado ser o falecido poderia dificultar a visualização da função compensatória do dano não patrimonial. A essência dessa função seria amenizar a ofensa com o pagamento de uma quantia em dinheiro. Como seria possível amenizar essa lesão, considerando que o lesado faleceu? Nesse contexto, poder-se-ia afirmar que o dano não patrimonial existente no caso de ofensa a pessoas já falecidas somente tem a função punitiva?

A falta da consciência do dano e de sua retribuição não pode ser um empecilho à obtenção de indenizações por danos não patrimoniais. O dano aparece objetivado. Existem outras situações nas quais o lesado sequer possui consciência do dano e mesmo assim ninguém sustenta a impossibilidade de sua fixação. Basta imaginar a situação de o lesado estar inconsciente (por doença mental superveniente) no momento da ocorrência do evento danoso e na hora do recebimento da indenização. Outra situação se dá quando o lesado falece durante a ação de indenização. A sua morte não inibe a possibilidade de continuação da ação de responsabilidade civil. A reputação do ofendido foi atacada e merece, de alguma forma, ser restaurada.

²⁶⁴ Pais de Vasconcelos suscita que somente seria admissível a punição se os valores fossem encaminhados para outro destino. (VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Direitos de personalidade*. p. 149.)

Além disso, a essência da herança moral é a postergação dos direitos da personalidade e a perpetuação do patrimônio moral do falecido. Inadmitir a indenização seria estimular as ofensas aos falecidos e estaria em total desacordo com os sistemas de proteção existentes nos Códigos Civis brasileiro e português.

No tocante à suscitada e controvertida função punitiva do dano moral, não é possível vislumbrar a sua incidência em nenhuma das hipóteses. Os fundamentos apresentados são aplicáveis, inclusive, para as indenizações existentes na hipótese da violação ao bom nome do falecido.

7.6 As concepções da honra e a responsabilidade civil na ofensa ao bom nome ou ao crédito das pessoas falecidas

Na análise da violação da honra da pessoa falecida, partindo do pressuposto defendido no presente trabalho do prolongamento dos direitos da personalidade para após o falecimento, é imprescindível aferir a projeção de todas as dimensões da honra, seja no plano objetivo como, também, no subjetivo.

A doutrina nos oferece diversos conceitos de honra, sendo o principal a análise sob a perspectiva de duas concepções, a fática e a normativa.²⁶⁵ A primeira delas é definida a partir de critérios empíricos. Concebe-se um tipo de fenômeno sociopsicológico, independente de uma valoração axiológica. Em conformidade com a segunda orientação, somente é possível a caracterização da honra partindo de um pressuposto de uma dimensão antropológica. A doutrina visualiza uma grande dificuldade na identificação de diferenças entre as duas concepções. A fronteira entre elas é de difícil visualização, acabando por verificar uma sobreposição entre as orientações. De fato, é necessária a utilização de aspectos e relações fatuais e de uma valoração axiológica da dignidade pessoal para uma análise completa da honra.²⁶⁶

A dicotomia honra objetiva e subjetiva decorre da concepção fática. A honra subjetiva, ou interior, é o juízo valorativo que cada pessoa faz de si mesma. Nesse ponto, segundo a doutrina, estar-se-á diante de uma autoavaliação, do apreço que cada um tem de si. Já a honra objetiva, ou exterior, é aquela representação que as outras

²⁶⁵ As concepções fática e normativa da honra são oriundas do Direito Penal. A delimitação dos termos juscivilísticos do instituto, usando conceitos do Direito Penal encontra adeptos, inclusive, no Direito Alemão. Nesse sentido: MATOS, Felipe Miguel Cruz de Albuquerque, Responsabilidade Civil por ofensa ao crédito ou ao bom nome p. 124.

²⁶⁶ *Ibidem*, p. 124-125.

pessoas têm. É a consideração, o bom nome, a reputação que um sujeito goza no meio social.²⁶⁷

Já a orientação normativo-social e normativo-pessoal é originária da concepção normativa. O conceito normativo-social da honra é analisado em uma perspectiva de dimensão comunitária ou social. O conceito normativo-pessoal estuda a honra com um aspecto da personalidade de cada indivíduo, uma análise pessoal.²⁶⁸

Levando em consideração essa diferenciação, bem como o pressuposto da titularidade do direito da personalidade violado ser do falecido, não há como se conceber ofensa à honra subjetiva. O ataque ao bom nome de uma pessoa que já faleceu não enseja nenhum sentimento de angústia, sofrimento ou dor por questões óbvias. De fato, o lesado não está mais entre nós. A ofensa, nesses casos, é direcionada à reputação do defunto, à sua respeitabilidade perante a sociedade.

A moralidade e a adequação de compensar uma ofensa à honra de uma pessoa falecida podem parecer um pouco duvidosas. Como admitir a compensação de dores e sofrimentos morais do lesado – principal função da indenização do dano não patrimonial –, considerando que no momento da ofensa o lesado estava morto?

A ocorrência do dano, sem dúvidas, somente ocorre *post mortem*. Essa indenização somente pode se concretizar em benefício de terceiros. Diante disso, visualiza-se uma verdadeira sucessão pessoal.

Uma possível ausência de conscientização do dano pela lesado, que no momento de sua verificação já está morto, não pode ser considerada obstáculo para sua existência. Os danos aparecem, em todos os casos, objetivados, independente da consciência que o titular dos bens tenha da agressão.

Nesse contexto, não há que se falar em violação à honra subjetiva do falecido, mas sim somente à sua reputação perante a sociedade. Não seria razoável admitir que essa fama, o bom nome, o crédito de um sujeito, com a sua morte, desaparecessem. O sistema ficaria totalmente contraditório caso fosse permitido uma ofensa irrestrita aos direitos da personalidade vinculados à honra no caso das pessoas falecidas. O bom

²⁶⁷ COSTA, José de Faria. *Comentário Conimbricense do Código Penal*. Tomo I. Anotação ao artigo 180º do Código Penal. p.907.

²⁶⁸ *Ibidem*. p 909.

nome e o crédito são bens que se protraem no tempo, sendo inadmissível qualquer tipo de violação.

De fato, os eventuais prejuízos oriundos da violação ou desfiguração da notoriedade ou a reputação social adquirida ao longo da vida por determinada pessoa não são sofridos pelo titular do direito ao bom crédito atingido. Obviamente, apenas as pessoas mais próximas – normalmente familiares ou cônjuges – são os que sofrem.

As ofensas perpetradas em face de pessoas já falecidas ensejam, em regra, prejuízos morais (de índole não patrimonial). Apesar disso, é possível a ocorrência dos chamados “danos patrimoniais indiretos”, oriundos de violação do bom nome, mas principalmente do crédito do falecido. A doutrina fornece alguns exemplos, notadamente relacionados ao posicionamento econômico de alguma sociedade empresária muito vinculada ao prestígio e atuação daquele que já faleceu. Em razão disso, é possível que a divulgação de fatos ofensivos ao falecido, por si só, gere uma destruição econômico-negocial da sociedade.²⁶⁹

Nesse caso, de fato, estar-se-á diante de um complexo enquadramento jurídico da titularidade dos danos suportados pelos familiares do morto. O bem jurídico nessa situação específica é partilhado pelo falecido e pelos outros que passaram a integrar a administração da sociedade empresária. Desta feita, as pessoas designadas no n. 2 do artigo 71, que assumiram a administração da empresa, tutelarão, *iure proprio*, o direito indenizatório, pelo menos de forma parcial, visto que não se pode esquecer o prolongamento desse direito da personalidade (crédito) para após o falecimento.

²⁶⁹ Nesse sentido: MATOS, Felipe Miguel Cruz de Albuquerque. Responsabilidade Civil por ofensa ao crédito ou ao bom nome p. 388. O renomado doutrinador fornece exemplo no qual uma sociedade empresária sempre foi reconhecida pela seriedade do seu sócio fundador. Após o seu falecimento, é veiculada uma notícia falsa relatando supostas fraudes contábilísticas, indicando possível gestão fraudulenta por parte do falecido. A notícia gera a ruína patrimonial da empresa, visto que sua clientela somente realizava negócios com ela em razão da reputação do falecido juntamente com os demais sócios. De fato, esse relato causa prejuízos incalculáveis ao bom nome econômico-negocial do falecido, bem como aos seus familiares, os quais integram a sociedade.

7.7 Outras medidas para tutela da ofensa ao crédito ou ao bom nome das pessoas falecidas

7.7.1 Insuficiência de um sistema de reparação (compensação) exclusivamente pecuniário

A violação de um dano material enseja a recomposição do patrimônio do lesado através de uma indenização em dinheiro e restitui, claramente, à situação anterior, vigorando o sistema do *restitutio in integrum*.

A violação de um direito da personalidade, como a honra, a integridade física, a privacidade, a compensação monetária, não reparará por completo o sofrimento causado ao lesado. Em alguns momentos, medidas não pecuniárias, sob o ponto de vista da tutela do bom nome ou do crédito, são muito mais eficazes do que a indenização, principalmente quando a honra violada é de uma pessoa já falecida.

Além disso, é necessário verificar se medida pecuniária (indenização) é a mais adequada para compensação do dano, bem como, caso conclua pela compensação pecuniária, verificar a forma da quantificação do dano a ser indenizado. A análise dessa questão é de suma importância pelo fato da pessoa lesada não estar mais viva, visto que a postergação da tutela desse direito da personalidade decorre de uma ficção jurídica.

Já existem vozes na doutrina sustentando a necessidade de ampliar a utilização do sistema não pecuniário da tutela dos direitos da personalidade. A ideia, obviamente, não é o afastamento por completo do pleito indenizatório. De fato, ele continua sendo um instrumento com bastante eficácia na defesa das violações dos direitos da personalidade. Atualmente, notadamente em razão do acréscimo patrimonial que uma indenização por danos não patrimoniais acarreta, existe clara preferência por esta medida.

A doutrina brasileira apresenta alguns malefícios da compensação exclusivamente pecuniária: a) uma propagação da possibilidade de causar danos não patrimoniais, já que por eles é possível o pagamento; b) o estímulo ao tabelamento dos danos não patrimoniais; c) a crescente precificação de atributos ligados à personalidade

humana; d) o crescente aumento da indústria dos danos morais, com a propositura de ações sem nenhum cabimento.²⁷⁰

A ofensa a um direito da personalidade, especialmente ao crédito ou ao bom nome das pessoas, pode produzir manchas na reputação destas de difícil restauração. Neste contexto, em algumas hipóteses, algumas medidas não pecuniárias seriam muito mais eficazes do que a obtenção de uma indenização pecuniária.

O ordenamento jurídico português, por exemplo, possibilita ao lesado utilizar alguns instrumentos não pecuniários que podem amenizar, ou até compensar, o dano causado.

7.7.2 Direito de resposta – direito de publicação de sentenças judiciais

O direito de resposta se caracteriza pelo poder conferido à pessoa atingida por notícia ou artigo divulgado na comunicação social de fazer publicar no respectivo meio de difusão a sua versão sobre os fatos ou uma retificação. Este instituto pode ser visualizado como verdadeira limitação à liberdade de imprensa, em sua vertente negativa.

A Constituição Portuguesa preconiza a possibilidade do direito de resposta no artigo 39, alínea “g” e se encontra regulamentada no Dec-lei 85-C/75.

A doutrina identifica este direito como verdadeira maneira de exercício do contraditório, sendo uma forma de tutela do direito da personalidade.

Uma outra forma de proteção do crédito ou do bom nome é o direito de quem foi ofendido ver publicada na imprensa uma sentença onde seja reconhecida as violações perpetradas. Diferente do direito de resposta, este mecanismo encontra-se previsto somente na lei, n° 4 do art. 34 da Lei de Imprensa.

O direito de resposta e a publicação da sentença condenatória são algumas das formas, as quais o ordenamento jurídico fornece, de medidas não pecuniárias de proteção a personalidade.

²⁷⁰ SCHREIBER, Anderson. Reparação não pecuniária dos danos morais. In: *Temas de Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 12-20.

Neste aspecto, na tutela *post mortem* do crédito ou do bom nome, verifica-se salutar para possibilitar uma tentativa de esclarecer a ofensa moral cometida e demonstrar o bom nome ou o crédito do falecido, seu patrimônio moral.

CONCLUSÃO

De plano, deve-se salientar que o tema proposto foi analisado em conformidade com a legislação e doutrina portuguesas, bem como suas influências na forma da normatização do CCB. Restou evidente, que o legislador brasileiro, apesar de não ter utilizado a mesma técnica legislativa, utilizou a essência da ideia portuguesa e preconizou expressamente os direitos da personalidade *post mortem*.

A temática da violação do bom nome das pessoas já falecidas não se limita a uma análise simplória dos institutos envolvidos na investigação, sejam os direitos da personalidade ou as consequências das ofensas perpetradas a eles (responsabilidade civil e outras medidas não pecuniárias que o sistema disponibiliza ao ofendido). A investigação realizada almejou tratar o tema sob vários enfoques, com o objetivo de abarcar o maior número de questões que tivessem relevância com a matéria.

De fato, o estudo da postergação dos direitos da personalidade para após o falecimento da pessoa não se resume a discutir a titularidade do direito *post mortem* (matéria que foi analisada de forma profunda). É necessário investigar os efeitos da posição adotada e o fundamento normativo em se admitir a existência de uma herança moral deixada pelo *de cuius*.

Neste contexto, o estudo teve como ponto de partida a análise legal e doutrinária da morte e o conceito de término da personalidade jurídica. A aferição de uma postergação dos direitos da personalidade para o período em que a pessoa não mais existe necessita de um conhecimento do momento em que isto ocorre, em conformidade com as legislações brasileira e portuguesa.

O fim da personalidade jurídica está esculpido no n.1 do artigo 68, que se confunde com a morte do sujeito. A regra do artigo 71, que posterga para após o falecimento alguns direitos da personalidade, é um efetivo desvio do sistema de início e fim da aptidão de contrair direitos e obrigações, que nada mais é do que a personalidade jurídica.

A demonstração da existência de diversos efeitos da morte denota que o sistema sucessório, fundamentado em questões essencialmente patrimoniais, deve ser adaptado e aplicado na hipótese da herança moral. A morte tem como clara consequência a descontinuidade da vida social de uma pessoa. O direito das sucessões almeja conferir a

chamada continuidade possível em razão da morte. Esta continuidade se consubstancia no plano material com o próprio arcabouço de regras que permitem a transferência do patrimônio do falecido para seus herdeiros. Neste ponto, o direito confere uma continuidade às questões de cunho não existencial.

Em outro ponto de vista, no momento do falecimento, a pessoa era titular de direitos ligados à sua dignidade. O ordenamento jurídico, atento ao surgimento destes novos direitos, preconiza a possibilidade de alguns deles se projetarem após o término da vida do cidadão.

O direito sucessório moderno deve enfrentar não somente as questões relacionadas à transferência *mortis causa* de natureza patrimonial. É primordial que as principais regras possam ser aplicadas, desde que compatíveis, com a sucessão pessoal dos direitos da personalidade. O grande obstáculo de hoje neste tema é compatibilizar as tradições patrimonialistas com os direitos da personalidade.

Resta evidente, que o ponto diferencial e que deve nortear a interpretação do instituto da herança moral é o interesse tutelado. No direito sucessório com características patrimoniais, restou claro que o mesmo ocorre no interesse do herdeiro beneficiário, o qual assumirá, em regra, as relações jurídicas em substituição do falecido. A sucessão pessoal ocorre no interesse do *de cuius*. O herdeiro passa a proteger os direitos ligados à dignidade do falecido, os quais se projetam para após a morte. O patrimônio moral deixado será defendido e deve ser perpetrado no interesse do morto e não no do seu herdeiro.

Assim sendo, resta cabalmente demonstrado que a possibilidade de postergar alguns direitos da personalidade existe somente em razão da natureza eminentemente pessoal destes direitos. É inconcebível, do ponto de vista, inclusive, da máxima efetividade da proteção, imaginar que após o falecimento da pessoa nasce a possibilidade de ofensa a todo o patrimônio moral construído pelo sujeito.

A pessoa durante toda a vida, através de suas condutas, constrói uma reputação. Não seria crível admitir que no dia seguinte de seu falecimento não existisse mais nenhuma proteção jurídica.

Demonstrado o pressuposto básico do estudo – os novos rumos do direito sucessório com a necessidade da tutela do patrimônio moral do falecido –, realizou-se uma análise doutrinária dos direitos da personalidade.

Neste sentido, resta evidente que a cláusula geral do direito da personalidade, preconizada no artigo 70, é aplicável à tutela da personalidade das pessoas falecidas. Ao utilizar a expressão “igualmente” no n. 1 do citado dispositivo, deixou clara a generalidade da previsão. Com este raciocínio, é possível concluir que existe, de fato, uma cláusula dos direitos da personalidade *post mortem*.

Obviamente que nem todos os direitos da personalidade podem ser postergados para após o falecimento. Neste sentido, deve haver uma compatibilidade com o estado de falecido. Não é possível imaginar, por exemplo, o prolongamento do direito à vida ou da integridade física. O fato de a pessoa já se encontrar morta denota a total impossibilidade da incidência destes direitos. Em outro prisma, há outros que podem se prostrar no tempo. O exemplo clássico é o bom nome ou crédito. O falecimento do sujeito não apaga por completo a sua reputação. Ela continua intacta e deve ser defendida na forma do artigo 71.

A doutrina clássica aponta com uma das características essenciais dos direitos da personalidade a intransmissibilidade. O CCB, de forma inusitada, resolveu, em seu artigo 11, apresentar algumas delas, elencando a intransmissibilidade como uma. Resta evidente a pouca técnica legislativa ao enumerar características na própria lei, visto que este papel caberia à doutrina.

É evidente que os poderes jurídicos incidentes sobre os direitos da personalidade não podem ser transferidos para outro sujeito jurídico. A essência destes direitos, o próprio objeto, são inerentes à pessoa humana. Existe uma inseparável vinculação entre o titular e seu direito. Neste contexto, em razão desta característica, não seria possível a alienação da personalidade humana, da honra ou da vida.

É inequívoco que uma exegese literal deste entendimento obstará a proteção dos direitos da personalidade que são transmitidos. A intransmissibilidade sempre foi avaliada em relação à transferência por ato *inter vivos*. O raciocínio não pode ser o mesmo para a herança moral. De plano, é necessário compatibilizar essa característica

com as normas dos artigos 71 e 12, parágrafo único, dos Códigos Civis português e brasileiro, respectivamente.

O tratamento da herança moral (“sucessão” dos direitos da personalidade) não pode ser de uma simples transferência de coisas ou bens entre pessoas. A tutela *post mortem* é realizada essencialmente no interesse do falecido.

O equívoco de parte da doutrina é analisar a tutela *post mortem* exclusivamente em aspectos patrimoniais. Sustentar que a transferência dar-se-ia somente de eventual pleito indenizatório obtido é subverter todo sistema da sucessão pessoal, bem como esquecer que o próprio ordenamento preconizou formas não pecuniárias de defesa do patrimônio moral do falecido.

A titularidade dos direitos da personalidade *post mortem* é uma questão muito debatida na doutrina. Inicialmente, foram apresentadas as principais teorias, as quais procuravam apresentar o fundamento doutrinário acerca do tema, quais sejam: teoria dos direitos sem sujeito, da capacidade parcial, da subjetividade complementadora e dever geral de conduta.

Posteriormente, que é o principal ponto da divergência, foram apresentados os dois grandes posicionamentos acerca da questão. Um primeiro entendimento aduz que os herdeiros do falecido, aqueles legitimados nos artigos 71 e 12, parágrafo único, dos Códigos Civis brasileiro e português, respectivamente, tutelam direito próprio. O principal argumento seria o próprio término da personalidade com o falecimento.

A forma de previsão do artigo 71 não deixa qualquer tipo de dúvidas. O legislador optou claramente em postergar alguns direitos da personalidade para após o falecimento do sujeito.

A tendência da doutrina nacional e estrangeira é conferir novos rumos nesta questão, potencializando a possibilidade da ocorrência de uma transferência da proteção dos direitos da personalidade. Na Itália, por exemplo, já se aduz a existência de uma “herança anormal”, com verdadeira sucessão de direitos da personalidade.

Assim sendo, não existem dúvidas de que o direito tutelado é do falecido, transferido aos seus herdeiros a título de sucessão pessoal. Esta afirmativa é possível extrair em razão dos seguintes fatos: a) existe uma regra expressa no artigo 71 do

Código Civil neste sentido; b) os herdeiros legitimados somente possuem capacidade de exercício dos direitos – neste aspecto, a personalidade e capacidade jurídica estão acopladas, devidamente postergadas e protegidas –; c) existe uma nova fase da vida, na qual os direitos estão tutelados; d) a transmissão dos direitos da personalidade ocorre no interesse do falecido e não pode ser tratada como sucessão de direitos patrimoniais.

No caso do dano morte, previsto no n. 2 do artigo 496, o raciocínio não pode ser o mesmo. Neste caso, o direito à indenização porventura existente para os beneficiários dar-se-á *iure proprio*. O direito não é do falecido, e também não ocorre a sucessão pessoal. No artigo 71, houve uma extensão expressa dos direitos da personalidade para após o falecimento. Já no caso do dano não patrimonial, esculpido no n. 1 do artigo 496, o legislador não utilizou a mesma técnica. As regras são completamente distintas. O dano não patrimonial, nascido em razão da morte da pessoa, não nasce no patrimônio do falecido e se transmite aos seus herdeiros. A regra não contempla esta exegese. A análise dos trabalhos preparatórios do Código corrobora este entendimento, não deixando dúvidas acerca da natureza do direito.

Neste contexto, não restam dúvidas, em uma interpretação sistemática, de que a violação ao bom nome ou ao crédito, preconizados no artigo 484, por ser uma clara forma de tutela dos direitos da personalidade, incide na hipótese de estas ofensas serem perpetradas em face do patrimônio moral de uma pessoa falecida. O artigo 71 deve ser interpretado em conjunto com o artigo 484.

Antes de adentrar nos aspectos mais importantes dos institutos do bom nome e do crédito, especialmente sua aplicabilidade na hipótese de pessoas falecidas, foi analisada de forma resumida a liberdade de expressão e suas principais características, nomeadamente em razão dos diversos conflitos que acontecem entre estes institutos. Apesar de ser um princípio estruturante do Estado Democrático de Direito e de participar das características fundamentais de todos os direitos da personalidade, este instituto deve ser analisado na perspectiva juscivilística e não pode ser concebido como um direito subjetivo, visto que possui uma imensa indeterminação de conteúdo. A melhor exegese é conferir à liberdade de expressão uma qualificação de direito-quadro (*Rahmenrecht*), do qual se extraem diversos poderes ou faculdades concretas. Destas, é possível a concepção de direitos subjetivos.

Neste sentido, é necessário, desde já, identificar a possibilidade de existir um conflito entre a liberdade de expressão e o bom nome ou o crédito. De início, é imprescindível identificar que se o relato supostamente violador do patrimônio moral do sujeito for falso, não há que se falar em conflito. Já se o relato for verdadeiro, entretanto desproporcional, pode-se identificar a existência de uma tensão.

Neste sentido, o ordenamento jurídico português possui uma regra expressa com critério para a solução dos conflitos existentes. O artigo 335 fornece alguns critérios de solução destas tensões, que associada ao princípio da proporcionalidade será de suma importância para resolver os conflitos existentes entre a liberdade de expressão e o bom nome ou crédito das pessoas falecidas.

A possibilidade da violação do bom nome ou do crédito da pessoa falecida fica evidente. A interpretação sistemática do ordenamento, especialmente os artigos 71 e 484, denota a possibilidade da proteção da tutela moral do defunto. As regras não podem ser interpretadas isoladamente. É necessária uma análise conjunta de todo o sistema jurídico. Obviamente, o artigo 484 não aduz expressamente a sua proteção para as pessoas falecidas. Sucede que o bom nome e o crédito, como já ressaltado, são projeções da honra, verdadeiro direito da personalidade. Neste sentido, todas as regras referentes aos direitos da personalidade devem ser aplicadas à tutela do bom nome ou do crédito, inclusive a regra de proteção a estes direitos *post mortem*. Além disto, não existe nenhum impedimento legal para a aplicação da regra específica de proteção do bom nome e do crédito no caso da defesa do patrimônio moral do falecido. Interpretação diferente ensejaria uma menor proteção dos direitos da pessoa humana, criando uma possibilidade irrestrita de ofensa após o falecimento das pessoas.

Outro ponto de suma importância é a análise da verdade na delimitação do ilícito de ofensa ao crédito ou ao bom nome. De plano deve ser enfatizado que ela não tem aptidão para justificar o relato ou a divulgação, não atua como uma causa excludente da ilicitude.

Nesta seara, é possível afirmar que a divulgação de um fato ou relato verdadeiro pode configurar um ilícito. O legislador não estipulou de que forma a verdade deveria ser tratada no ilícito de violação ao bom nome ou ao crédito. Assim sendo, conclui-se a necessidade da aplicação do princípio da proporcionalidade.

O relato ou a divulgação de fatos verdadeiros pode constituir um ilícito especial do artigo 484, desde que haja uma desproporção nos relatos. Obviamente, a potencialidade lesiva é muito mais reduzida. A análise sobre a ilicitude deve ser aferida no prisma do critério geral de resolução de uma colisão de direitos. O excesso na liberdade de expressão pode configurar a ilicitude, em razão da ausência de concordância prática. Na esteira da prossecução de interesses legítimos, devem ser aferidas as finalidades do divulgador e o círculo de destinatários.

O artigo 484 preconiza expressamente a possibilidade de a pessoa coletiva ser lesada no seu bom nome ou crédito. Esta regra poderia induzir ao raciocínio da possível aplicação dos direitos da personalidade a este tipo de organização. De fato, isto não ocorre. Existe uma total incompatibilidade da extensão de direitos de natureza eminentemente pessoal, ligados à pessoa humana, para a pessoa coletiva. Apesar de a regra do Código Civil português permitir a ofensa ao bom nome ou crédito das organizações de pessoas ou bens, não seria possível imaginar a ocorrência de danos não patrimoniais em razão de sua essência eminentemente pessoal. Pode-se imaginar a ocorrência de danos materiais (de natureza patrimonial).

Não se pode suscitar qualquer tipo de similitude entre a tutela *post mortem* dos direitos da personalidade e a possibilidade de ofensa à honra das pessoas coletivas. Na primeira, o fundamento principal do prolongamento destes direitos é a própria dignidade da pessoa, que em alguns aspectos possui um caráter irradiante, inclusive após o seu falecimento. O mesmo raciocínio deve ser aplicado na hipótese da pessoa coletiva extinta.

A tutela do patrimônio moral do falecido, notadamente de sua honra, é uma projeção dos direitos da personalidade após a morte da pessoa. De fato, existem outros direitos do falecido que também se prolongam após o término da sua vida, como os transplantes *post mortem* e a imagem.

O decurso do tempo é um dos fatores de maior importância no estudo da tutela do patrimônio moral do falecido. Neste aspecto, o legislador optou em não conferir um prazo máximo, contado da data da morte, para a tutela das ofensas aos direitos da personalidade *post mortem*, conforme existe no ordenamento espanhol, em que é fixado

o prazo de 80 anos contados do falecimento para essa tutela (Lei Orgânica nº 1, de 5 de maio de 1982).

Além disso, o passar do tempo também não pode ser considerado uma forma de exclusão da ilicitude. A lesividade das afirmações de fato é inversamente proporcional à distância temporal a que os fatos históricos se reportam. O passar do tempo gera uma clara diminuição no interesse da informação. A consequência do distanciamento temporal é uma menor repercussão social dos fatos. Isto pode ensejar a diminuição do grau de culpabilidade do agente, com a consequente produção de efeitos na fixação do montante indenizatório (n. 3 do art. 496 e art. 494).

A tutela *post mortem* do bom nome ou do crédito não limita a liberdade de investigação histórica. É necessário prudência nestas investigações. Neste contexto, é de grande importância a aplicação do princípio da proporcionalidade e a necessidade de uma pesquisa criteriosa.

No aspecto decurso do tempo, ainda, o direito ao esquecimento não pode ser tutelado de forma autônoma, como deseja parte da doutrina e jurisprudência italiana e brasileira. Não existe um direito absoluto de exigir o respeito à sua imagem ou reputação tida como mais adequada naquele momento. A possibilidade do esquecimento de projeções ou imagens criadas pelo próprio no passado depende novamente da aplicação do princípio da proporcionalidade. Além disso, a sustentação deste direito exclui a vertente comunitária do direito à identidade pessoal, mantendo somente a pessoal, o que é inadmissível.

O direito de testar decorre do sistema sucessório. Conforme já ressaltado, é necessário explicitar alguns institutos do direito sucessório que podem ser aplicados ao fenômeno da herança moral.

Neste diapasão, é possível a utilização do testamento para criar uma ordem de preferência de legitimados ou até excluir outro legitimado, devendo respeitar as regras testamentárias existentes.

A inexistência de norma expressa quanto à solução de eventuais conflitos existentes na forma de tutela do patrimônio moral do falecido pode suscitar algumas questões. Caso exista um testamento com disposição neste sentido, seria viável a sua

utilização. Deve-se tentar extrair a vontade presumível do *de cujus*, (art. 2.187 e art. 1.899 do CCB).

O ordenamento jurídico fornece aos legitimados um leque de possibilidades para a tutela dos direitos da personalidade do falecido. Neste sentido, verifica-se a incidência do instituto da responsabilidade civil, na qual se admite a propositura de uma ação indenizatória em face do ofensor.

O sistema de proteção da personalidade do falecido, especialmente os artigos 70 e seguintes, não criou nenhuma restrição para o manejo das ações indenizatórias. Neste sentido, considerando o fato de a titularidade ser do falecido, transferida a título de sucessão pessoal aos herdeiros, o montante obtido de eventual indenização por danos não patrimonial deve ser dividido na forma do sistema sucessório. Caso seja necessário, deverá ser elaborada uma nova partilha.

A possibilidade da incidência de danos não patrimoniais neste caso não se fundamenta na suposta função punitiva deste tipo de dano. De plano, deve ser salientada a inexistência desta, em razão de inexistência de previsão legal. Além disso, violaria claramente o sistema punitivo penal e a própria proibição do enriquecimento ilícito.

Por fim, na tutela do bom nome ou do crédito das pessoas falecidas, deve-se estimular a utilização de medidas não pecuniárias. O sistema preconiza a possibilidade de algumas formas de tutela, como o direito de resposta e a retratação pública. O fato de a pessoa não estar mais presente demonstra isto.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Francisco. Pessoa humana e direito – O dano à pessoa no Direito Civil brasileiro. In: *Pessoa Humana e Direito*. Coimbra: Almedina, 2009.

ANDRADE, Manuel A. Domingues.

- Esboço de um anteprojecto do código das pessoas e da família. In: *BMJ*, 102, janeiro de 1961.

- *Teoria Geral da Relação Jurídica*. Coimbra: Almedina, 2003.v. I.

ANDRADE, André Gustavo Correa de. Indenização Punitiva. In: MARTINS, Guilherme Magalhães (Coordenação). *Temas de Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

ANTUNES, Varela João de Matos. *Das obrigações em geral*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2011. v. I.

ASCENSÃO, José de Oliveira.

- *Direito Civil: sucessões*. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

- *Direito Civil: teoria geral*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. v. I.

- *O direito – introdução e teoria geral*. 13. ed. Coimbra: Almedina, 2005.

BELTRÃO, Silvio Romero. *Direito da personalidade de acordo com o Novo Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2005.

BIONDI, Biondo. *Sucesión Testamentaria y Donación*. 2. ed. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1960.

BITTAR, Carlos Alberto. *Responsabilidade Civil por danos morais*. 2. ed. São Paulo: Editora RT, 1994.

BRONZE, Fernando José. *Lições de Introdução ao Direito*. Coimbra, Coimbra Editora, 2010

CASSANO, Giuseppe, anotação à sentença do Tribunale Pen. di Lucri 6 outubro 2000 – Est. Liberati, in *Diritto di Famiglia e Delle Persone*, 2001, n° 3, pag. 1048.

CAMPOS, Diogo Leite de.

- *Nós – Estudos sobre o direito das pessoas*. Coimbra: Almedina, 2004.

- *Pessoa humana e direito – o estatuto jurídico da pessoa depois da morte*. Coimbra: Almedina, 2009.

- *Lições de direitos da personalidade*. Coimbra: Almedina, 1995.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Introdução e Tradução de A. Menezes Cordeiro. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*, 7 edição, 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. v. I.

CANTALI, Fernanda Borghetti. *Direitos da Personalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

CARVALHO, Orlando de.

- *Teoria geral do Direito Civil*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

- Transplantações e direitos das pessoas. In: *Transplantações – Colóquio Interdisciplinar* (25 de março de 1993). Publicações de Centro de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. v. 3. Coimbra, 1993.

CATAUDELLA, Antonio, *La tutela civile della vita privata*, Milano, 1974.

CESARE, Salvi. *Il danno extracontrattual. Modelli e Fuzioni*. Napoli: Jovene, 1985.

CHAVES, Antônio. *Criador da Obra Intelectual*. São Paulo: LTr, 1995.

CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. Estatuto Jurídico do Nascituro. In: *Pessoa Humana e Direito*. Coimbra: Almedina, 2009.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Civil*. São Paulo: Saraiva, 2003.

COELHO, Francisco Manuel Pereira,

- *Direito das Sucessões*, Coimbra, 1992.

- *A causalidade na responsabilidade civil em Direito Português*, in *Revista Dir. Est. Sociais*, 1965, ano XII, nº 4. Coimbra.

CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2011. v. IV.

COSTA, José de Faria.

- Anotação ao artigo 131º do Código Penal. In: *Comentário Conimbricense do Código Penal*. Tomo I. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

- Anotação ao artigo 180º do Código Penal. In: *Comentário Conimbricense do Código Penal*. Tomo I. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

- Anotação ao artigo 185º do Código Penal. In: *Comentário Conimbricense do Código Penal*. Tomo I. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

- COSTA, Mario Júlio de Almeida. *Direito das Obrigações*. Coimbra: Almedina, 2009.
- DANTAS, Santiago. *Programa de Direito Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- DE CUPIS, Adriano.
- *I diritti della personalità*. Milano: Giuffrè, 1950.
 - *Os direitos da personalidade*. Lisboa: Morais, 1961.
 - *Riconoscimento Sostanziale, ma non Verbale, del diritto alla riservatezza*, in *Il Foro Italiano*, 1963
- DIAS, Figueiredo; MONTEIRO, Sinde. Responsabilidade médica em Portugal. In: *Boletim do Ministério da Justiça*, nº 132, Lisboa, 1984. p.41.
- DIAS, Maria Berenice. *Manual das Sucessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil brasileiro – direito das sucessões*. 23. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009. v. 6.
- ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. 9. ed. Trad. J. Baptista Machado. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.
- FACHIN, Luiz Edson. *Direitos da personalidade no Código Civil brasileiro: elementos para uma análise de índole constitucional da transmissibilidade*. Texto obtido no sítio eletrônico da Academia Brasileira de Direito Civil: <<http://www.abdireitocivil.com.br/>> Acesso em 20/12/2013.
- FERNANDES, Luis A. Carvalho.
- *Teoria geral do Direito Civil*. 3. ed. Lisboa: Universidade Católica, 2001. v. I.
 - A definição de morte – Transplantes e outras utilizações do cadáver. In: *Direito e Justiça. Revista de Direito da Universidade Católica Portuguesa*. 2002. Tomo 2. v. XVI.
 - *Lições de direito das sucessões*. 3. ed. Lisboa: Quid Juris, 2008.
- FERRI, Giovanni. *Diritto all'informazione e Diritto all'Obio*. In: *Rivista de Diritto Civile*, 1990, p. 801 e seguintes.
- FESTAS, David de Oliveira. *Do conteúdo patrimonial do direito à imagem – contributo para um estudo do seu aproveitamento consentido inter vivos*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.
- FILHO, Sergio Cavaleiri. *Programa de Responsabilidade Civil*. São Paulo: Editora Atlas, 2012.
- FRADA, Manuel A. Carneiro da. *Uma terceira via no direito da responsabilidade civil?* Coimbra: Almedina, 1997.
- GALGANO, Francesco. *La Commedia della responsabilità civile*. In: *RCDP*, 1987.

GIAMPICCOLO, Giorgio. La tutela giuridica della persona umana e il c. d. diritto alla riservatezza. In: *Rivista Trimestrale de Diritto e Procedura Civile*. Ano XXII. 1958.

GOMES, Julio. Uma função punitiva para a responsabilidade civil e uma função reparatória para a responsabilidade penal? In: *Revista de Direito Econômico*. N.XV, 1989.

GOMES, Orlando. *Sucessões*. 14. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.

GONÇALVES, Diogo Costa. *Pessoa e direito de personalidade. Fundamentação ontológica da tutela*. Coimbra: Almedina, 2008.

GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Tratado de Direito Civil*. São Paulo: Max Limonad, 1962. v. X.

GUIMARÃES, Patrícia Carla Monteiro. *Os danos punitivos e a função punitiva da responsabilidade civil*. In: *Direito e Justiça – Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica de Portuguesa*, vol. 15.1, 2001 – pp. 159-206.

HASSLER, Théo. *La crise d'identité des droits de la personnalité*. Les Petites Affiches, n° 244. 7 de dezembro de 2004. Paris.

HÖSLER, Hannes. Dignitarian posthumous personality rights – an analysis of U.S. and German Constitutional and Tort Law. *Berkeley Journal of International Law*, v. 26, p. 152-205, 2008.

HOSTER, Heinrich Ewald. *A parte geral do Código Civil português – teoria geral do Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 1992.

JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 1999.

JORGE, Pessoa. *Direito das Obrigações*. Coimbra, 1975.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Coimbra: Almedina, 2011.

KAUFMANN, Arthur. Prolegómenos a uma lógica jurídica e a uma ontologia das relações, fundamento de uma teoria do direito baseada na pessoa. In: *BFD*. n. 78. v. LXXXVIII (Separata).

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Tradução de José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003. v. XXI.

LIMA, Pires; VARELA, Antunes. *Código Civil anotado*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. v. I.

MACHADO, Jónatas Eduardo. *A liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

MARQUES, Cláudia Lima. *Boa-fé nos serviços bancários, financeiros, de crédito e securitários e o Código de Defesa do Consumidor: informação, cooperação e renegociação?* In: *Revista de Direito do Consumidor*. n. 43. São Paulo: RT, 2002.

MARTINS-COSTA, Judith. *O direito privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MATOS, Filipe Miguel Cruz Albuquerque. *Responsabilidade civil por ofensa ao crédito ou ao bom nome*. Coimbra: Almedina, 2011.

MEIRA, Paula Lourenço. Danos Punitivos. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. A43 n° 2, 2002, p. 1019-1111.

MENDES, João Castro. *Teoria geral do Direito Civil I*. Lisboa: AAFDL, 1978.

MESSINETTI, Davide. Recenti orientamenti sulla tutela della persona. La moltiplicazione dei diritti e dei danni. In: *Riv. Crit. del Dir. Priv.* 1992.

MEULDERS-KLEIN, Marie-Thérèse. *La Persona. La famille. Le droit*. Bruxelles: Bruylant, 1999.

MIGLIORE, Alfredo Domingues Barbosa. *Direito além da vida*. São Paulo: LTR, 2009.

MONCADA, Luís Cabral de. *Lições de Direito Civil*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 1995.

MONTEIRO, Antônio Pinto. *Cláusula penal e indenização*. Coimbra: Forense, 1990.

MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde.

- *Relatório sobre o programa, conteúdo e métodos de uma disciplina de responsabilidade civil*. Coimbra: 2001.

- *Reparação dos danos pessoais em Portugal. A lei e o futuro. Considerações de lege ferenda a propósito da discussão da alternativa sueca*. Coletânea de jurisprudência, tomo IV, 1986, p.7.

- *Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações*, Coimbra, 1989

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil – Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2003.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana – Uma leitura civil-constitucional dos danos morais*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003.

NEVARES, Ana Luísa Maia; MEIRELES, Rose Melo Venceslau. Apontamentos sobre o direito de testar. In: PEREIRA, Tânia da Silva (coord.) *et al. Vida, Morte e Dignidade Humana*. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2010.

NEVES, A. Castanheira.

- *Pessoa, direito e responsabilidade*. In: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 6, fasc. 1º, janeiro-março, 1996.

- *Uma perspectiva da consideração da comunicação e do poder – ou a inelutável decadência eufórica*, notas de um esboço de reflexão. In: *Estudos da Comunicação*. Coimbra: 2002.

- *O Direito (O problema do direito) O sentido do direito*. (lições policopiadas)

NONATO, Orizombo. *Estudos sobre sucessão testamentária*. Rio de Janeiro: Forense, 1957. v. I. n. 8.

OLIVEIRA, Nuno. *O Direito Geral de personalidade e a “Solução do Dissentimento” – Ensaio sobre um caso de “Constitucionalização” do Direito Civil*. In: *Publicações do Centro de Direito Biomédico, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*. Coimbra, Coimbra Editora, 2002.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil – introdução ao Direito Civil constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Teoria geral do Direito Civil*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

PINTO, Paulo Mota.

- *O direito à reserva sobre a intimidade da vida privada*. *Boletim da Faculdade de Direito*. Coimbra: 1993. v. LXIX.

- *O direito ao livre desenvolvimento da personalidade*, in BFD Portugal-Brasil ano 2000, *Stvdia Ivridica* 40 – Colloquia 2 – Coimbra – Coimbra Editora, 1999, p 149/165).

- *Notas sobre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade e os direitos da personalidade no direito português*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

POPP, Carlyle. *Pessoa Jurídica*. In: LOTUFO, Renan; NANINI, Giovanni Ettore (Coordenação). *Teoria Geral do Direito Civil*. São Paulo: Atlas, 2008.

RESTA, Giorgio. *Il diritto dell’ informazione e dell’informática – diritti dell’a personalità: problemi e prospettive*, Milano: Giuffrè, ano XXIII, fascículo 6, p. 1.043/1.071, 2007.

RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. *Estatuto Epistemológico do Direito Civil contemporâneo na tradição de civil law em face do neoconstitucionalismo e dos princípios*. Biblioteca digital do Instituto de Cooperação Jurídica Ius Commune da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Disponível em: <http://www.fd.ul.pt/LinkClick.aspx?fileticket=_rk5XipA6Jc%3d&tabid=332>. Acesso em: 26 maio 2012.

SCHREIBER, Anderson.

- *Direitos da personalidade*. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

- O futuro da responsabilidade civil, um ensaio sobre as tendências da responsabilidade civil contemporânea. In: RODRIGUES JUNIOR, Otávio Luiz; MAMEDE, Gladston; ROCHA, Maria Vital da (Coords.). *Responsabilidade civil contemporânea – em homenagem a Silvío de Salvo Venosa*. São Paulo: Atlas, 2011.

- Reparação não pecuniária dos danos morais. In: *Temas de Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

SERRA, Vaz. Anotação ao Acórdão do STJ de 04 de junho de 1974. In: *Revista de Legislação e Jurisprudência*, nº 108, p. 222.

SEVILLANO, Ignacio Díaz de Lezcano. *La interpretación testamentaria em la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo. Estudios jurídicos em homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*. Tomo IV. Madrid: Thomson Civitas, 2003.

SILVA, Gomes da. Colheita de órgãos e tecidos nos cadáveres. In: *Colecção Scientia Iuridica*. Braga: Livraria Cruz, 1970.

SILVA, João Calvão da.

- *Responsabilidade civil do produtor*. Coimbra: Almedina, 1999.

- Sinal e contrato-promessa, 11ª Edição, Coimbra, Almedina 2011.

SOUZA, M. Teixeira de. *O concurso de títulos de aquisição da prestação. Estudo sobre a dogmática da pretensão e do concurso de pretensões*. Coimbra: 1988.

SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de.

- *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

- *Teoria geral do Direito Civil*. v. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos da personalidade e sua tutela*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: Lei de Introdução e parte geral*. 5. ed. São Paulo: Método, 2012, v. I.

TELLES, Inocência Galvão. *Direito das obrigações*. Coimbra. 1997

TEPEDINO, Gustavo.

- *A parte geral do novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

- *Código Civil interpretado conforme a constituição da República*. Rio de Janeiro: Editora Renova, 2004. v. I.

TRIGO, Maria da Graça, Adopção do conceito de “dano biológico” pelo direito português. Biblioteca digital da Ordem dos Advogados de Portugal, acesso em 25/09/2012 através de www.oa.pt/upl/%7B5b5e9c22-e6ac-4484-a018-4b6d10200921%7D.pdf.

VASCONCELOS, Pedro Pais de.

- *Direitos de personalidade*. Coimbra: Almedina, 2006.
- *Contratos atípicos*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2009.
- *Teoria Geral do Direito Civil*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2010.

VELOSO, Maria Manuel. Danos não patrimoniais. In: *Comemoração dos 35 anos do Código Civil e 25 anos da Reforma de 1977, vol III (Direito das Obrigações)*. Coimbra, 2007.

VELOSO, Zeno.

- Testamentos: Noções gerais; formas ordinárias, codicilos; formas especiais. In: HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes e PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). *Direito das Sucessões*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- *Comentários ao Código Civil*. São Paulo: Editora Saraiva, 2003. v. 21.

ZACCARIA, Alessio. *Diritti Extrapatrimoniali e Successione*. Padova: Cedam, 1988.