PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE MINAS GERAIS
Faculdade Mineira de Direito – Programa de Pós-Graduação em Direito

**A PRÉ E A PÓS INCIDÊNCIA DA PERSONALIDADE JURÍDICA FRENTE AO
DIREITO À IMAGEM**

Janice Silveira Borges

Belo Horizonte/MG

2007

Janice Silveira Borges

**A PRÉ E A PÓS INCIDÊNCIA DA PERSONALIDADE JURÍDICA FRENTE AO
DIREITO À IMAGEM**

Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, linha de pesquisa “Reconstrução dos paradigmas do Direito Privado no contexto do Estado Democrático de Direito”, da Faculdade Mineira de Direito, PUC/MG, como um dos requisitos exigidos para a titulação de mestre.

Orientador: Prof. Dr. Walsir Edson Rodrigues Júnior

Co-orientadora: Profa. Dra. Taísa Maria Macena de Lima

Belo Horizonte/MG

2007

Aos 22 de agosto de 2007, Janice Silveira Borges apresentou ao Programa de Pós-Graduação em Direito, linha de pesquisa “Reconstrução dos paradigmas do Direito Privado no contexto do Estado Democrático de Direito”, da Faculdade Mineira de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Estado de Minas Gerais, campus BH, dissertação resultante de pesquisa elaborada no Mestrado da referida instituição, intitulada ‘A pré e a pós incidência da personalidade jurídica frente ao Direito à Imagem’, obtendo nota 96,00 (noventa e seis) pelos membros da banca examinadora. Participaram da banca examinadora os professores Dr. Walsir Edson Rodrigues Júnior (orientador), Dra. Taísa Maria Macena de Lima (co-orientadora), Dra. Maria de Fátima Freire de Sá, Dr. Nelson Rosenvald e Dr. Leonardo Macedo Poli (suplente).

Dr. Walsir Edson Rodrigues Júnior (orientador)

Dra. Taísa Maria Macena de Lima (co-orientadora)

Dra. Maria de Fátima Freire de Sá

Dr. Nelson Rosenvald

Dr. Leonardo Macedo Poli (suplente)

**À minha família,
aos amigos e ao Leo.**

AGRADECIMENTOS

Aos mestres, em especial aos Professores Walsir Edson Rodrigues Junior, Taísa Maria Macena de Lima, Maria de Fátima Freire de Sá e Bruno Torquato de Oliveira Naves pelas lições, incentivo e oportunidades.

À D^a. Gessymar Amaro, pelo Português; à Marlene Maria da Silva, pelo Inglês; à Ana Paula de Souza e à Cláudia Maria Carvalho Silva, pelo Italiano.

À Maria Carolina Ferreira Reis, pela correção final.

Aos colegas Carolina Ananias Junqueira Ferraz, Claudia Campagnaro Chaves, Clayton Rosa, Éder Bomfim Rodrigues, Humberto Mendes, Leonardo Beraldo, Lissieux Nidimar Dias Borges, Luciana Berlini, Michael César, Roberto Nogueira Porto, Sávio Aguiar e Karymann Rodrigues pelo apoio, livros emprestados, cópias tiradas, e por manterem a calma nas horas de desespero.

À secretária dos cursos de graduação e pós-graduação da Faculdade Mineira de Direito/PUC Minas, e aos secretários da Biblioteca do Centro Universitário de Patos de Minas, do Largo de São Francisco/USP, da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais e da Universidade Federal de Minas Gerais.

AGRADECIMENTOS ESPECIAIS

Aos meus pais, Tarcísio e Lênia Mara, e ao meu irmão, Felipe, por acreditarem nos meus sonhos e me ajudarem a realizá-los.

Aos meus avós, Artur, Berenice, Constantino (*in memorium*) e Paulina, pelo carinho e torcida para ‘tudo dar certo’, sempre!

Às tias Esmeralda e Lourdes, pelos “mimos”, durante a fase de redação.

Aos primos Marília, André, Denise, Gilmar, Heloísa e Nelson, sempre me apoiando.

Ao Leo, que compreendeu todos os meus momentos de ausência, com muito amor.

À D^a. Anísia Melo e à Soraya Bernardes, pelos cuidados durante o período do cumprimento dos créditos.

À Eliete e à D^a. Neusa, por manterem minha bagunça organizada.

RESUMO

O presente estudo teve por objetivo analisar a possibilidade de aplicação da personalidade jurídica e dos direitos inerentes a ela em um momento anterior ao nascimento com vida e para além da vida, perante o momento atual de reconstrução conceitual-teórica dos institutos jurídicos provocada pela implantação do modelo democrático de direito em diversos países, dentre eles o Brasil. Como pano de fundo para essa análise, utilizou-se o Direito à Imagem na apresentação de casos reais e na constatação da impossibilidade de se tratar os direitos da personalidade como direitos subjetivos, bem como na demonstração da necessidade de revisão do dogma ‘de todo direito corresponder a um dever jurídico’. A pesquisa se justifica pela determinação constitucional de proteção da pessoa humana em todos os seus aspectos, para tanto, vislumbra-se a necessidade de reanálise do conceito jurídico de ‘pessoa’ para atender a essa exigência e também para apontar soluções para diversos casos concretos que são apresentados ao Poder Jurisdicional. Como referencial teórico, teve-se a concepção de um Direito Civil Constitucionalizado, no qual o caráter patrimonialista do Direito, típico da era liberal, cedeu lugar à proteção e à promoção do ente humano, em sua integralidade. Em termos metodológicos, seguiu-se, primordialmente, a vertente jurídico-dogmática, no entanto, fundamental foi o apoio das vertentes teórica e sociológico-jurídica. A pesquisa utilizou os tipos investigativos: histórico-jurídico e jurídico-descritivo, para uma melhor compreensão do tema. A técnica de pesquisa utilizada foi o desenvolvimento de um estudo teórico com análise do conteúdo proposto, seguindo o referencial teórico. Foi possível concluir que, para uma melhor proteção do ente humano, deve-se aplicar a teoria da situação subjetiva da personalidade, por ela abranger não apenas as relações patrimoniais, mas também as relações existenciais e, portanto, possibilitar a imputação da personalidade e de tudo a ela inerente, nos termos dispostos no ordenamento jurídico, antes mesmo do nascimento com vida. Quanto à possibilidade de existência de uma personalidade *post mortem*, essa não foi possível constatar, por ser a situação jurídica do morto ligada a um dever jurídico, que não necessariamente está ligado a um direito subjetivo contraposto – assim, processualmente, a família teria legitimidade na defesa da imagem do parente falecido, quando o dever jurídico de respeito a essa imagem fosse violado -, sem a violação haveria apenas dever jurídico.

Palavras-chave: Personalidade; Direito da Personalidade; Direito à Imagem.

ABSTRACT

The purpose of this present study was to analyze the possibility of application of juridical personality and its inherent rights in a moment prior to birth with life and beyond life, considering the current moment of conceptual and theoretical reconstruction of the juridical institutes caused by the implantation of the Democratic Model of Right in several countries, among them, Brazil. As a base for such analysis the Right to Image was used in the presentation of real cases and to confirm the impossibility of treating the personality rights as subjective rights, as well as the demonstration of the needs of the dogma review 'all right corresponds to a legal duty'. The research is justified by the constitutional determination for the human being's protection in all aspects, thus glimpsing the need of a second analysis of the legal concept of 'person' to consider this demand and also to point out solutions to the diverse concrete cases that are presented to the Jurisdictional Power. As a theoretical reference, the conception of a Civil Constitutional Law had been considered in which the patrimonialista character of Right, typical of the liberal era, gave place to the protection and promotion of the human being as a whole. In methodological terms, the legal-dogmatic branch had been primarily followed; however, the support of the theoretical social legal aspects was primordial. The research used the following investigating types: juridical-historic and descriptive-juridical, for a better understanding of the topic. In the research technique, a development of a theoretical study with analysis of the proposed context was used, according to theoretical referential. It could be concluded that, for a better protection of the human being, the theory of subjective situation of the personality must be used because it not only deals with patrimonial relations, but also the existencial ones, and, thus, it allows the imputation of the personality and everything related to it, in terms of the juridical arrangement, even before birth with life. Concerning the possibility of existence of a *post mortem* personality, evidence was not possible to find because of the fact that the juridical situation of a dead person is connected to a juridical duty, which is not really connected to a counterbalanced subjective right – so, considering the process, the family would have legitimacy in defending the dead relative's image when the juridical duty on this image would have been violated – without such violation there would be only juridical duty.

Keywords: Personality; Personality Rights; Image Right.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 A EVOLUÇÃO DO DIREITO PRIVADO AO LONGO DA HISTÓRIA DO HOMEM	14
2.1 O ESTADO LIBERAL	15
2.2 O ESTADO SOCIAL	25
2.3 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	34
2.3.1 Os paradigmas de Estado e o Ordenamento Jurídico Brasileiro.....	38
2.4 A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL E A PERSONIFICAÇÃO DO MESMO	39
2.4.1. O novo contexto e a Teoria da Argumentação.....	43
2.4.1.1 A proposta de Robert Alexy	43
2.4.1.2 A proposta de Ronald Dworkin.....	47
2.4.1.3. Premissas para a elaboração de uma teoria da argumentação frente à realidade brasileira atual	55
3 DIGNIDADE, PERSONALIDADE E DIREITOS DA PERSONALIDADE	63
3.1 PESSOA E DIGNIDADE.....	63
3.2 PERSONALIDADE E DIREITOS DA PERSONALIDADE.....	73
3.2.1 Personalidade	73
3.2.2 Direitos da Personalidade	76
3.2.2.1 Características dos Direitos da Personalidade: o paradoxo da teoria clássica	79
3.2.2.2 A tentativa de superação da doutrina tradicional.....	81
3.2.2.3 A não tipificação e a tipificação dos Direitos da Personalidade.....	84
3.3 DIREITOS FUNDAMENTAIS, DIREITOS DA PERSONALIDADE E DIREITO DA PESSOA	87
3.4 Teorias a respeito do início da personalidade	89
3.3 A PERSONALIDADE DO ENTE POR NASCER (NASCITURO E EMBRIÃO CRIOPRESERVADO)	93
3.3.1 O Nascituro	93
3.3.2 O embrião criopreservado	97
3.4 A PERSONALIDADE POST MORTEM	106
3.5 Os DIREITOS DA PERSONALIDADE NO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO.....	113

4 O DIREITO À IMAGEM.....	117
4.1 DIREITO À IMAGEM: PANORAMA ATUAL	117
4.3 SITUAÇÕES ATÍPICAS DE TUTELA À IMAGEM.....	129
4.3.1 O uso da imagem do ente por nascer	129
4.3.2 O uso da imagem da pessoa falecida.....	131
5 CONCLUSÃO.....	143
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	146

1 INTRODUÇÃO

A promulgação de várias Constituições Democráticas teve como conseqüência a instalação de uma nova realidade, em que se busca a efetiva proteção e promoção do ser humano, em todas as áreas do saber.

No Direito, especialmente, com a nova realidade constitucional, conceitos, institutos e antigas decisões jurisprudenciais têm se mostrado insuficientes para solucionar casos concretos, de forma a realizarem igualmente direitos. O Direito Privado, em especial o Direito Civil, passa por uma releitura de seus conceitos e institutos, por uma reanálise e reconstrução de uma nova visão da Ciência Jurídica.

Buscam-se novos conceitos e perspectivas para a pessoa e sua tutela. A formalidade e abstração presentes na denominação de pessoa, no sentido jurídico, como simples sujeito de direitos e deveres, não são mais capazes de atender a complexidade das relações humanas, como nos vários casos em que o ente humano está envolvido antes mesmo de seu nascimento e muito além de sua morte. Nascimento e morte, antes considerados como marcos para a aquisição e fim de direitos, respectivamente, passam a ser questionados enquanto marcos em prol de uma proteção não apenas ao ser humano, mas também ao ente humano embrionário, fetal e, também, ao resquício da vida de quem já faleceu.

Diante dessa nova perspectiva, direitos humanos, dignidade da pessoa humana, personalidade e seus direitos decorrentes passaram a ser aclamados. Os direitos humanos, com sua característica de internacionalidade, objetivam uma proteção do ente humano supranacional. A dignidade da pessoa humana tornou-se princípio jurídico positivado na maioria dos ordenamentos jurídicos. Quanto à proteção jurídica da personalidade, essa proteção se perfaz com os Direitos da Personalidade, que possuem conteúdo conforme o contexto histórico, cultural, político e econômico de uma dada comunidade, em uma determinada época.

Pertencente aos Direitos da Personalidade, tem-se o Direito à Imagem. A imagem, conforme Silma Mendes Berti¹, constitui o sinal sensível da personalidade, por traduzir no mundo dos fatos o ser imaterial detentor da personalidade. A imagem pode ser “imagem-retrato, decorrente da identidade física do indivíduo, e a imagem-atributo, que envolve o

¹ BERTI, Silma Mendes. *Direito à Própria Imagem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

indivíduo dentro de suas relações sociais.”² Ambas devem ser merecedoras de tutela. A disponibilidade da imagem está condicionada à autorização do seu titular, salvo nos casos de notoriedade da pessoa retratada, da relevância dos interesses públicos e culturais e do direito à informação (dentro dos limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico). Segundo a Constituição Brasileira de 1988,

Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantido-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; (...) X – São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; (...) XXVIII – São assegurados, nos termos da lei: a) a proteção às participações individuais em obras coletivas e à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades esportivas. (...)³

A tutela da imagem, nos dias atuais, ganhou relevância devido ao desenvolvimento tecnológico, quer no que tange à captação da imagem, quer na reprodução dos meios de comunicação. Essa evolução somada ao momento transitório e reconstrutivo vivenciado pelo Direito Civil tornam vulnerável o resguardo da imagem do indivíduo. Um caso de vulnerabilidade da proteção da imagem, que pode ser apresentado, é a aplicação de teorias civilistas ultrapassadas, como os limites tradicionais de início e fim da personalidade, que poderão ocasionar prejuízos à tutela da personalidade no Direito à imagem.

Ainda no que tange ao Direito à Imagem, é possível apresentar, como caso concreto, a exposição excessiva dos nascituros, em que é divulgado na imprensa todo o acompanhamento gestacional, com retratos do nascituro por meio de ultra-som e filmagem no momento do parto⁴ e também a divulgação de fotos do extermínio de conhecidos líderes políticos condenados à morte.⁵

Na tutela da pessoa antes do nascimento e após a morte, no Direito à Imagem, faz-se necessária uma reconstrução do conceito de pessoa, bem como de seus atributos, pois somente assim será possível atender a proteção do ente humano. Perligieri⁶ expressa que somente em

² GUERRA, Sidney César Silva. *A liberdade de Imprensa e o Direito à Imagem*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 53.

³ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.

⁴ TOM Cruise faz Califórnia proibir venda de ultra-som. Disponível em: <http://ofuxico.uol.com.br/Materias/Noticias/noticia_22414.htm>. Acesso em: 23 abr. 2007.

⁵ VÍDEO que exhibe a execução de Saddam. Disponível em: <http://duard.com.br/blog/?page_id=523>. Acesso em: 23 abr. 2007.

⁶ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucionalizado*. Trad. Maria Cristina de Cicco. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 34.

uma reconstrução do Direito Civil seria possível evitar a supressão do livre e digno desenvolvimento da pessoa, mediante esquemas inadequados e superados.

Diante de todo o exposto, da tentativa de superação de antigos dogmas do Direito Civil, da vulnerabilidade que o momento atual traz na esfera privada e do aumento considerável no número de demandas envolvendo a exposição da imagem, justifica-se o presente estudo.

Tem-se como referencial teórico dessa pesquisa a concepção de um Direito Civil Constitucionalizado, em que o ente humano tutelado é participante de relações jurídicas, enquanto titular de um interesse juridicamente tutelado⁷. Nessa linha de pensamento, as relações jurídicas não possuem mais o caráter essencialmente patrimonialista da época liberal, pois se formam entre situações subjetivas, que, por sua vez, se formam entre interesses juridicamente tutelados ou centro de interesses. Tal tese possibilita a tutela tanto de situações de cunho existencial, o que possibilita a proteção ao ente humano, quanto de cunho patrimonial.

O presente estudo segue a vertente jurídico-dogmática, trabalhando com elementos internos do próprio ordenamento jurídico, e sob a luz do referencial teórico, para compreender a extensão da personalidade jurídica, e dos direitos a ela correlacionados, incluindo o direito à imagem, bem como sua tutela. Contudo, este trabalho não se restringe à descrição somente interna do direito positivo, visto que ele é realizado com o apoio das demais vertentes: a teórica e sociológico-jurídica. No que se refere aos tipos de investigação, a pesquisa utiliza dois tipos: histórico jurídico e jurídico-descritivo. O primeiro auxilia na busca da origem de termos lingüísticos trabalhados na pesquisa, como, por exemplo, a origem das palavras pessoa, personalidade e imagem. Auxilia, também, no melhor entendimento da construção, ao longo da história, dos direitos da personalidade, em atenção ao direito à imagem. Quanto ao segundo tipo, refere-se ao próprio foco de abordagem, ou seja, toda a pesquisa subsequente é desenvolvida numa perspectiva analítica, de decomposição de um problema jurídico em seus diversos aspectos, relações e níveis, para a compreensão do tema.

A técnica de pesquisa utilizada foi um estudo teórico com análise do conteúdo proposto, segundo o referencial teórico, e também trabalhos hermenêuticos para um melhor entendimento dos institutos⁸ relacionados.

⁷ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucionalizado*. Trad. Maria Cristina de Cicco. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

⁸ Entende-se por instituto jurídico subnúcleos de significância dentro de um modelo de instituição, em razão de um texto aprovado em um procedimento próprio.

2 A EVOLUÇÃO DO DIREITO PRIVADO AO LONGO DA HISTÓRIA DO HOMEM

Ao longo da história do homem, o Direito pode ser vislumbrado como “um conjunto de normas que têm por objetivo a disciplina e a organização da vida em sociedade, resolvendo os conflitos de interesses”⁹ e buscando a realização efetiva dessas normas na proteção do ente humano. No entanto, o Direito não se limita a mero conjunto de normas, ele é, também, reflexo do contexto social em uma determinada época.

No Direito Romano¹⁰, o direito se baseava nos costumes dos antepassados e era formal e solene. Na primeira fase do Direito Romano, a preocupação girava em torno da regulamentação das relações privadas. Em um momento posterior, com a construção das cidades cosmopolitas, o direito evoluiu para abranger também as relações de troca e comércio, de maneira menos formal e solene do que a anterior; no entanto, aplicável somente ao cidadão romano e participante da *polis*. O constante chamado do pretor para resolver questões entre cidadãos romanos e não romanos (estrangeiros) acabou por desencadear, progressivamente, a adoção desse Direito em Direito comum e universal, mesmo com perda do pensamento e da técnica dos tempos clássicos.

No período Medieval, o Direito era fundado sob os pilares do costume, dos ditames impostos pela Igreja, do Direito Natural, dos trabalhos da jurisprudência e da lei escrita proferida pelo rei por meio de instituições, compilações do direito romano e consolidações. Essa situação trazia uma enorme insegurança, por não ser possível saber, ao certo, qual disposição estava em vigor.

Com a formação dos Estados e a necessidade de unificação territorial e de expansão das relações comerciais, procurou-se alterar a situação até então vigente. Para melhor compreensão, passou-se ao estudo histórico da evolução do Direito, tendo em vista o tratamento jurídico dado ao ser humano, ao longo dos paradigmas¹¹ de Estado Liberal, Social

⁹ AMARAL, Francisco. *Direito Civil*: introdução. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 6.

¹⁰ FIUZA, César Augusto de Castro. *Direito Civil* – curso completo, de acordo com o Código civil de 2002. 6 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

¹¹ Por paradigma entende-se que “tal noção apresenta um duplo aspecto. Por um lado, possibilita explicar o desenvolvimento científico como um processo que se verifica mediante rupturas, através da tematização e explicitação de aspectos centrais dos grandes esquemas gerais de pré-compreensões e visão-de-mundo, consubstanciados no pano-de-fundo naturalizado de silêncio assentado na gramática das práticas sociais, que a um só tempo tornam possíveis a linguagem, a comunicação, e limitam ou condicionam o (...) agir e a (...) percepção de nós mesmos e do mundo. Por outro, também padece de óbvias simplificações, que só são válidas

e Democrático de Direito. Deve-se salientar, contudo, que a substituição de um modelo paradigmático por outro não consiste na total eliminação do anterior, mesmo que se proponha essa ruptura.

2.1 O Estado Liberal

A Revolução Francesa representou um marco na transição da Idade Moderna, representada pelo regime absolutista (*ancien régime*), para a Idade Contemporânea. A queda do absolutismo e a conseqüente formação dos Estados Liberais foram apontadas por Francesco Galgano¹² como sendo as primeiras intervenções estatais nas relações particulares, especificamente com a elaboração de legislações infraconstitucionais, nas quais se destaca o Código de Napoleão.

O Antigo Regime, por volta do séc. XV, não mais atendia as expectativas da população, em especial da classe comerciante. Ainda havia servidão aos senhores feudais e, em conseqüência disso, as pessoas sofriam limitações. Não podiam, por exemplo, participar dos assuntos políticos. A desigualdade perante uma legislação fragmentada vigente nos feudos e as constantes intervenções arbitrárias da Coroa e da Igreja fragilizavam as relações entre particulares, o que dificultava as transações comerciais e restringia a propriedade privada.

A proposta de mudanças veio acompanhada das idéias Iluministas¹³ e com a necessidade constante, em todos os setores, de liberdade individual. No entanto, a efetivação das mudanças ocorreu a partir da Revolução Francesa, e com a expansão das idéias Kantianas¹⁴.

na medida em que permitem que se apresentem essas grades seletivas gerais pressupostas nas visões de mundo prevalentes e tendencialmente hegemônicas em determinadas sociedades por certos períodos de tempo e em contextos determinados” (CARVALHO NETTO, Menelick. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do estado Democrático de Direito. *Revista Brasileira de Direito Comparado*. Belo Horizonte, v. 3, p. 473-486, 1999).

¹² GALGANO, Francesco. *Il Diritto Privato fra Codice e Costituzione*. 2 ed. Bologna: Zanichelli, 1983.

¹³ O Movimento Iluminista, na realidade, representou um movimento não apenas filosófico; mas também literário, artístico e político. Os iluministas acreditavam que o homem poderia se emancipar simplesmente pelo uso de sua própria razão e do saber, uma vez que todos deveriam ser livres para ter acesso ao saber (JAPIASSÚ, Milton; MARCONDES, Danilo. *Dicionário Básico de Filosofia*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1996).

¹⁴ Para Kant, a constituição civil em cada Estado deveria ser republicana. A república seria uma constituição estabelecida, primeiramente, com base no princípio da liberdade dos membros de uma sociedade; em segundo lugar, no princípio da dependência de todos em uma única legislação comum; e, em terceiro lugar, na lei da

O Golpe dos 18 Brumários, na França, teve como resultado a subida ao poder de Napoleão Bonaparte, que influenciou todo o continente europeu e, mais tarde, os demais, com sua proposta liberal e o movimento de codificação de leis.

No liberalismo, por influência do movimento renascentista, o homem (razão) assumiu o centro de todas as atenções. No entanto, essa colocação não posicionava o homem em relação aos seus próprios direitos, de forma material. Nem mesmo vislumbrava um homem público, participante de uma sociedade, de uma coletividade, o que revelava um extremo individualismo. Ao Estado era destinada a tarefa de mera regulamentação de questões ligadas à administração pública e à manutenção da ordem, utilizando o poder da polícia e a soberania, para garantir certeza nas relações sociais, por meio da compatibilização dos interesses privados de cada um com o interesse de todos.

Embasado nos ideais liberais, em 1789, a Assembléia Nacional Francesa apresentou a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, que previa os seguintes direitos: princípio da igualdade, liberdade, propriedade, segurança, resistência à opressão, associação política, reserva legal, legalidade, livre manifestação de pensamento. Em 1791, houve a promulgação da Constituição Francesa pós-revolução, que determinava a elaboração de um código de leis para nortear as relações particulares. Uma observação se faz importante: as primeiras constituições de natureza liberal, como é a francesa de 1791, “nada regulavam as relações privadas, cumprindo sua função de delimitação do Estado mínimo. Ao Estado cabia apenas estabelecer as regras do jogo das liberdades privadas, no plano infraconstitucional (...)”.¹⁵

A elaboração de um Código foi idealizada por Napoleão Bonaparte, a partir dos estudos de Pufendorf¹⁶, para consolidar a ascensão burguesa ao poder, concretizar a separação Estado – Igreja e unificar o direito vigente, no território francês, a um só conjunto de normas. Outra importante função dos códigos, além da unificação do Direito, era a de realizar um controle sobre o conteúdo do próprio Direito, para que dele fosse expurgado toda prática que remetesse ao Antigo Regime.¹⁷

igualdade (MERLE, Jean-Christophe. Os Dois Conceitos de Direito. Trad. Alexandre Travessoni Gomes. In MERLE, Jean-Christophe; GOMES, Alexandre Travessoni. *A Moral e o Direito em Kant: ensaios analíticos*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2007).

¹⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do Direito Civil*. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=507>>. Acesso em: 23 ago. 2004.

¹⁶ Pufendorf vislumbrava o Direito como um sistema fechado, que, partindo de alguns axiomas, tornaria possível a dedução de todas as regras. Ver: FIUZA, César Augusto de Castro. *Direito Civil – curso completo, de acordo com o Código Civil de 2002*. 6 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

¹⁷ NEVES, Gustavo Kloh Muller. Os princípios entre a teoria geral do direito e o Direito Civil Constitucional. In RAMOS, Carmem Lúcia Silveira; et al (org.). *Diálogos sobre Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

Iniciados os trabalhos para a confecção do Código Civil Francês, como bem aponta Giordano Bruno Soares Roberto¹⁸, consistia, também, tarefa da teoria da codificação dizer o que seria um código, e em que aspectos esse se diferenciava das outras grandes obras legislativas, como o *Corpus Iuris*, de Justiniano. Isso porque, até então, pouco se tinha noção do que seria a sistematização de um conjunto de normas vigentes em todo um território, segundo a razão.

Em 1804, foi promulgado o *Code Civil des Français*¹⁹, elaborado sob os pilares do direito romano e do direito consuetudinário, além de posicionamentos do próprio Napoleão. Essa legislação tinha a pretensão de ser dotada de completude (para abranger todo o Direito), de clareza (para assegurar perfeição formal), de brevidade (deveria ser conciso, não descendo a minúcias, mas dando as diretrizes básicas do sistema), de acessibilidade (deveria ser acessível a todos os cidadãos) e de rigidez (aspirava à permanência)²⁰. Por considerar o Código perfeito, Napoleão defendia que à Ciência do Direito não cabia interpretar essa legislação, mas apenas estudá-la, devendo os juízes aplicá-la.²¹

A técnica legislativa adotada foi a utilização de forma jurídica, contendo *fattispecie* completo; isto é, a norma trazia, em seu conteúdo, preceitos e suas conseqüências jurídicas. Nas normas elaboradas nesse período eram raros os princípios expressos, praticamente ausentes cláusulas gerais e parcimoniosos os conceitos indeterminados.²²

O movimento da codificação refletiu em toda a Europa, por volta do séc. XVIII. A norma codificada passou a ser uma fonte do Direito em vários países, com exceção da Inglaterra, que, mesmo atualmente, mantém seu Direito baseado consuetudinariamente. Era preciso uniformizar o Direito, superar a obscuridade e a ambigüidade para o desenvolvimento do Estado Liberal e suas ideologias.

¹⁸ ROBERTO, Giordano Bruno Soares. *Introdução à História do Direito Privado e da Codificação*: uma análise do novo Código Civil. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

¹⁹ Este nome foi alterado, em 1807, por lei, para Code Napoleão. Contudo, a nova denominação foi rejeitada com a queda do imperador (CAENEGEM, R. C. van. *Uma introdução histórica ao Direito Privado*. Trad. Carlos Eduardo Lima Machado. Rev. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2000).

²⁰ ROBERTO, Giordano Bruno Soares. *Introdução à História do Direito Privado e da Codificação*: uma análise do novo Código Civil. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

²¹ Eugênio Facchini Neto defende que a codificação instaura a “ideologia dos 3 c s”: “pretende-se que a legislação civil (leia-se, os códigos) seja completa, clara e coerente. A ideologia da *completude* significa que a legislação é (supostamente) completa, não possuindo lacunas; a idéia de legislação caracterizada pela *clareza* significa que as regras jurídicas são facilmente interpretáveis, não contendo significados ambíguos ou polissêmicos. E a ideologia da *coerência* afasta a possibilidade de antinomias” (FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do Direito Privado. In SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 22).

²² FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do Direito Privado. In SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

Historicamente, o Código Civil Francês não foi o primeiro Código da era contemporânea. Em 1794, foi promulgado o Código da Prússia e, em 1786, o Código da Áustria; ambos tiveram origem no despotismo esclarecido. No entanto, foi mesmo o Código Civil Francês que influenciou todas as demais legislações da época, exercendo menos influência apenas com a edição do Código Civil Alemão de 1900.

Ressalta-se que, na perspectiva liberal, a relação existente entre a Constituição e os Códigos era de total incomunicabilidade. Judith Martins-Costa, comenta que

o modelo de relacionamento entre Código Civil e Constituição era basicamente formal, hierarquizado e não-dialético. Por conseqüência, falar-se em relação entre Direitos Fundamentais e Direito Privado – ou, mais ainda, entre Direitos Fundamentais e relações jurídicas privadas – constituía uma impossibilidade histórica.²³

Os direitos do homem liberal, na esfera pública, consistiam em direitos opostos ao Estado; isto é, eram direitos contra o Estado para impedir que este interferisse na liberdade individual (direitos defensivos). Nessa perspectiva, a Constituição “seria um instrumento de governo, hábil a controlar o aparato estatal e apto a garantir a integridade dos direitos fundamentais”²⁴, que seriam concretizados a partir da máxima liberdade e não intervenção estatal na esfera privada.

Nesse contexto, passou-se a considerar que a sociedade civil formava-se pelos indivíduos e pelas categorias individuais, isto é, eram ‘todos iguais’, não mais definiam os indivíduos, juridicamente, por estamentos, corporações, profissões ou famílias. O termo pessoa passou a ser identificado com a expressão de ‘sujeito de direito’, um sujeito simulacro, abstrato, descarnado das concretas pessoas, “titular de direitos virtuais”²⁵.

Na esfera privada, os direitos do homem consistiam em uma igualdade e liberdade perante à lei. A igualdade, formalmente expressa nos textos constitucionais, e a amplitude dada à liberdade, em especial a autonomia contratual que garantia a livre movimentação no espaço econômico privado, na verdade, fundamentavam-se na propriedade privada. Detentor de direitos e deveres e, conseqüentemente livre e igual perante à lei, seria o sujeito dono de,

²³ MARTINS-COSTA, Judith. Os direitos fundamentais e a opção culturalista do Novo Código Civil. In SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 69.

²⁴ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza Processo Constitucional e a efetividade dos Direitos Fundamentais. In CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; SAMPAIO, José Adércio (coords.). *Hermenêutica e Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 218.

²⁵ RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. A constitucionalização do Direito Privado e a sociedade sem fronteiras. In FACHIN, Luiz Edson (coord.). *Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 5.

pelo menos, sua força de trabalho. A propriedade sobre bens “passa a ser reputada uma extensão da personalidade do sujeito”²⁶, aquele que, materialmente, não fosse proprietário de bem algum, seria proprietário de sua força de trabalho, podendo vendê-la.

Tal posicionamento demonstra uma dimensão patrimonialista, uma vez que o sujeito é mero elemento da relação jurídica. É o patrimônio, e não a pessoa, que é assegurado pelo Direito. Fachin e Ruzyk comentam a situação, buscando fundamento nas idéias de Pietro Barcellona²⁷. Segundo eles,

o “sujeito débil” é aquele que, na economia capitalista contemporânea – que também pode ser reputada uma estrutura sistêmica-, se aliena no consumo, e só tem relevância quando veste uma das diversas ‘máscaras’ que a contemporaneidade impõe. O sujeito débil, definitivamente, não tem relevância pelo seu “ser”, mas, sim conforme o papel que ele ocupa em dado momento no interior do sistema. Os modelos, na contemporaneidade, se multiplicam, operando uma cisão sujeito. Trata-se do ápice da abstração: a pessoa nada mais é que um sujeito massificado, que só adquire relevância quando se insere em um dos diversos modelos, de relevância pontual, em dada situação jurídica. Esse sujeito fragmentado em diversos papéis não é visto como sujeito de necessidades, ou ‘pessoa de carne e osso’. A idéia de relação jurídica é elemento que contribui para essa massificação: só terá relevância para o Direito Civil aquele que enquadra nos seus múltiplos modelos. O mesmo sujeito terá dada relevância conforme a posição jurídica que assume nos modelos de relação jurídica; caso não se enquadre em nenhum modelo não terá relevância jurídica.²⁸

Uma outra característica importante é que no Estado Liberal (ou Estado Burguês), a divisão entre as esferas públicas e privadas era nítida e consistia em um dos fundamentos do próprio modelo, assegurada, sobretudo, pelo princípio da separação dos poderes. Ao Estado cabia a sua estruturação e o seu funcionamento, por meio de normas ditas de Direito Público. As relações intersubjetivas e a sociedade de civil, em um todo, eram disciplinadas por normas do Direito Privado.

A idéia da elaboração sistêmica de um conjunto de elementos estruturados de acordo com as regras da dedução foi imposta no campo da filosofia, com especial repercussão no Direito.²⁹ O Direito se tornava cada vez mais escrito e o Direito Natural, que havia sido tão aclamado na elaboração de uma nova ordem, agora era totalmente refutado. Quanto à Ciência

²⁶ FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos Fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 94

²⁷ O autor usa a nomenclatura “sujeito débil” para se referir aos participantes de uma sociedade complexa e massificada (BARCELLO, Pietro. *El individualismo propietario*. Madrid: Trotta, 1996).

²⁸ FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos Fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 98.

²⁹ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e Argumentação: uma contribuição ao Estudo do Direito*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 65.

do Direito, esta passou a ser estudada como uma ciência construtiva e dedutiva, que fora denominada de ‘dogmática do Direito’.

Nessa esteira histórica, o Direito foi baseado em modelos sistemáticos, ou seja, em situações fáticas do passado, positivadas no presente, por meio de modelos (quadros) que buscassem um máximo de generalidade e de abstração³⁰, das regras de dedução/indução, para oferecer respostas a todas as situações futuras. O Direito Natural, que era o resultado na manifestação natural do homem e que, até o Iluminismo, era considerado superior a toda e qualquer convenção, perde espaço para a certeza prometida pelas grandes codificações e a positivação.

Com o movimento da codificação e a repercussão desse, no Direito, tem início, na França, um movimento intelectual denominado Escola da Exegese. Tal movimento defendia, com base no racionalismo, que a lei seria a representação máxima da vontade geral, isto é, foi feita pelo povo, por meio da sua manifestação de vontade. Daí constata-se um apego excessivo ao texto legal, a ponto de confundir o Direito com a Lei.

A redução do jurídico ao legal, conforme expressa Tércio Sampaio Ferraz Júnior³¹, durante o séc. XIX, culminou em um legalismo que determinava a lei como a principal, senão única, fonte do Direito. Somente se expresso na lei, em tal sentido, poder-se-ia fazer uso de outras fontes, como o costume. Esse legalismo pode ser visto sob outro enfoque, qual seja, a identificação do Direito com o Estado enquanto este detentor do poder legiferante. Nesse sentido, Bonnecase comenta que

A doutrina da Escola da Exegese se reduz a proclamar a onipotência jurídica do legislador, isto é, do Estado; pois queiramos ou não, o culto do texto legal e da intenção do legislador, levado ao extremo, coloca o direito de uma maneira absoluta sob o poder do Estado.³²

A interpretação ao texto legal se resumia na busca pela intenção real do legislador, pelos métodos gramatical e sistemático interpretativos. Quanto à atuação do juiz, a ele cabia

³⁰ FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos Fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

³¹ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1994.

³² “La doctrina da Escuela de la Exégesis se reduce a proclamar la omnipotencia jurídica del legislador, es decir, del Estado, pusto que independientemente de nuestra voluntad, el culto externo al texto de la ley y a la intención del legislador coloca ao Derecho, de una manera absoluta en poder del Estado” (BONNECASE, Julien apud FIUZA, César Augusto de Castro. Crise e interpretação no Direito Civil da Escola da Exegese às Teorias da Argumentação. In FIUZA, César Augusto de Castro; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Direito Civil – atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 36).

meramente a aplicação da lei, isto é, identificar o caso e amoldá-lo à regra – o juiz deveria identificar o fato e, com base em um silogismo judiciário, deveria fornecer a regra apropriada, por constatação de que as condições previstas em tal regra haviam sido preenchidas; neste caso, a decisão seria dada pela conclusão do silogismo.³³ Para a perfeita realização desse procedimento, o sistema de Direito deveria ser formal, completo e coerente, exatamente como eram vistas as codificações da época.

Ao juiz não cabia criar o Direito e não poderia jamais recusar-se a resolver uma controvérsia qualquer; ou seja, a lei é despojada de lacunas e de contradições, ela é clara, sem resíduos obscuros e, se mesmo diante dessa regra houvesse alguma eventual lacuna, essa seria resolvida mediante meios puramente racionais.³⁴ Interpretar assumiu o significado de

atividade muito complexa que pode ser concebida de diversos modos. Baseia-se na relação entre dois termos, o signo e o significado do próprio signo, e assim, assume sombreamentos diversos, segundo os quais tende a gravitar para um ou para outro desses pólos: a interpretação pode ser ligada principalmente ao signo enquanto tal e tender a fazê-lo prevalecer sobre a coisa significada; ou ainda poder ser mais sensível à coisa significada e tender a fazê-la prevalecer sobre o signo puro; fala-se neste sentido respectivamente de interpretação segundo a letra e de interpretação segundo o espírito. (...) De um outro ponto de vista, fala-se de interpretação estática e de interpretação dinâmica (...). O positivismo jurídico é, realmente, acusado de sustentar uma concepção estática da interpretação, que deveria consistir somente na reconstrução pontual da vontade subjetiva do legislador que pôs as normas, sem se preocupar em adaptar estas (...) às condições e exigências histórico-sociais variadas (...).³⁵

Por fim, a doutrina positivista deveria limitar-se em “(...) transformar o conjunto da legislação vigente em um sistema de Direito, a elaborar a dogmática jurídica que forneceria ao juiz e aos litigantes um instrumento tão perfeito quanto possível (...)”³⁶ no qual seria baseado o silogismo do Judiciário.

O alcance das idéias da Escola da Exegese pode ser explicado pela adesão burguesa aos seus pensamentos e doutrinas, explicados, essencialmente, devido aos desgastes ocasionados, ainda no Antigo Regime, com as posturas dos magistrados naquele período.

Michael E. Tigar e Madeleine R. Levy explicam por que o positivismo jurídico foi uma atitude tão conveniente para a jurisprudência da burguesia no século XIX: ‘uma classe social tão firmemente enraizada, mas ainda assim tão temerosa de seus

³³ PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica*. Trad. Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 33.

³⁴ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico – lições de Filosofia do Direito*. Copiladas por Nello Morra. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

³⁵ BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico – lições de Filosofia do Direito*. Copiladas por Nello Morra. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 213-214.

³⁶ PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica*. Trad. Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 33.

contestadores, julgará especialmente útil um sistema de pensamento que nega seu próprio passado revolucionário e focaliza o caráter concreto, no tempo presente, de seu poder.³⁷

Na Alemanha, como oposição ao movimento racionalista, e sob a influência das concepções romantistas, a filosofia do Direito foi construída pelo movimento da Escola Histórica, no início do séc. XIX.

O movimento romantista valorizava a emoção e a sensibilidade em oposição à razão. Seriam esses sentimentos, inseridos na história, capazes de alterar a ordem dos fatos e dar respostas aos casos. Margarida Maria Lacombe Camargo afirma que

o romantismo valorizava a individualidade no que se refere aos sentimentos, crenças, paixões e manifestações espontâneas de toda a ordem, vinculadas à tradição, como forma não apenas de enfatizar a consciência própria da personalidade de cada um, mas também como forma de traduzir o indivíduo como parte de uma nação.³⁸

Dentre os principais participantes do movimento historicista destacaram-se Thibaut e Savigny, o primeiro era favorável ao movimento de codificação alemão, e o segundo, contra. Thibaut sustentava que a realidade histórica não podia ser compreendida sem referência à razão, esta torna aquela clara e precisa. Savigny, por sua vez, via o Direito codificado como uma manifestação do despotismo, considerava que o direito baseava-se apenas nos costumes de cada um e propunha uma elaboração científica para o Direito, baseada na história. Segundo as idéias de Savigny, a elaboração conceitual da academia seria capaz de explicitar a totalidade representativa pelos institutos jurídicos.³⁹

O movimento historicista acabou por desembocar em um cientificismo exagerado, em que a teoria tinha relevância infinitamente superior à prática. Formularam-se conceitos para serem aplicados em diferentes épocas e lugares para dar segurança às relações, diante de textos legais vagos. Esse formalismo conceitual acabou por oferecer fundamentos para a dogmática do positivismo jurídico que existiu durante o séc. XX.

Com a morte de Savigny e a promulgação do Código Civil Alemão de 1900, instaurou-se, definitivamente, o positivismo na maioria dos países europeus. Da Escola

³⁷ CAVALCATI, Eduardo Pessanha. *O Positivismo Jurídico e as críticas de Chaïm Perelman*. Disponível em: <http://www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/pet_jur/docs/c3pessan.rtf>. Acesso em: 2 fev. 2007.

³⁸ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e Argumentação: uma contribuição ao Estudo do Direito*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 73-74.

³⁹ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e Argumentação: uma contribuição ao Estudo do Direito*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

Histórica, herdaram-se os conceitos e as construções de teorias gerais, presentes no estudo do Direito ainda hoje.

A era da codificação também foi chamada de *‘mondo della sicurezza’* porque o indivíduo, que decide exercer uma atividade (indústria, comércio, ou profissão), e enfrenta vantagens e desvantagens, todavia, conta em seu quadro, já certo e notório, com as garantias legais: indivíduo desde o início aquilo que, segundo o direito, deve-se esperar dos outros sujeitos privados e dos poderes públicos⁴⁰. A razão para isso é que, uma vez que o Direito era a própria norma positiva, pedem-se ao direito os instrumentos que possam oferecer a mais rigorosa garantia dos valores dominantes e, portanto, que facilitem a plena atuação das escolhas individuais.⁴¹

No entanto, após o aperfeiçoamento do Estado Liberal, a postura exegetica também foi abandonada. Construiu-se o “positivismo voluntarista”, elaborado por Hans Kelsen⁴². Este doutrinador defendia que a compreensão do Direito deveria ser livre de qualquer influência metajurídica (religião, natureza, moral). As normas seriam elaboradas segundo a vontade do legislador, e, uma vez positivadas, sua validade seria determinada por um procedimento silogístico, no qual se validaria uma norma pela validação de uma norma hierarquicamente superior àquela, até se chegar à Constituição, que seria última norma positivada da hierarquia de normas. A justificação da validade da Constituição se baseava em uma norma fundamental, que seria um preceito lógico transcendente que era capaz de explicar a validade do direito positivo.

Seguindo essa teoria, interpretar seria uma operação mental que acompanharia o processo da aplicação do Direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior. Como resultado desse processo tinha-se “a fixação da moldura que representa o Direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro dessa moldura existem.”⁴³ Assim, cabia à interpretação a elaboração de um método que tornasse possível preencher justamente a moldura prefixada.⁴⁴

⁴⁰ “L’individuo, che decide di esercitare un’attività (industria, commercio, o professione), e ne affronta vantaggi e svantaggi, tuo todavia contare sun quadro, già certo e noto, di garanzie legali.; egli fin dall’inizio cio che, secondo il diritto, deve attendersi dagli altri soggetti privati e dai poteri pubblici” (IRTI, Natalino. *L’età della decodificazione*. 4 ed. Milano: Giuffrè, 1999. p. 22).

⁴¹ “Al diritto si chiedono gli strumenti, che possano offrire la più rigorosa garanzia dei valori dominanti, e, dunque, che agevolino la piena attuazione delle scelta individuali” (IRTI, Natalino. *L’età della decodificazione*. 4 ed. Milano: Giuffrè, 1999. p. 21).

⁴² KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

⁴³ KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 390.

⁴⁴ Dentre as críticas apresentadas à teoria kelsiana tem-se: “A falha de Kelsen é desconsiderar aqui o caso concreto, objetivando que a Ciência tomasse conta do normativo em nível abstrato e de maneira descritiva. A

O positivismo jurídico distanciou o Direito da realidade social e foi duramente criticado pelos movimentos da Jurisprudência dos Interesses e da Jurisprudência dos Valores. Na realidade, o próprio movimento de estudo de caso empiricamente já não mais atendia à realidade social.

As estruturas basilares do Estado Liberal também passaram a ser duramente criticadas. Com o desenvolvimento histórico da sociedade, vislumbrou-se que não era apenas o Estado que limitava e oprimia a livre manifestação e desenvolvimento do ser humano. A vontade manifestada também se submetia aos poderes não estatais, como as questões de cunho econômico, as relações contratuais privadas com desequilíbrio entre as partes, ocasionada, especialmente, pelo posicionamento omissivo do Estado. Essa situação acabou por ampliar as desigualdades sociais e por fomentar movimentos sociais organizados na época, vez que favoreceu a construção dos grandes capitais, por parte dos que detinham os meios de produção.

Na verdade, o posicionamento neutro do Estado impossibilitou que este visse as desigualdades econômicas e sociais da população. Os direitos assegurados constitucionalmente eram meramente formais, presentes nas declarações jurídicas, mas sem eficácia na prática, uma vez que a liberdade mostrou-se incapaz de efetivá-los. A conquista da liberdade havia se transformado na exploração da própria liberdade⁴⁵.

Diante dessa constatação, toda a organização estatal passou a rever seus trabalhos. Era preciso proteger e viabilizar a liberdade e a igualdade. Na verdade, não só a liberdade e a igualdade, mas também deveria proteger o ser humano, enquanto pessoa concreta.

interpretação e o alcance do sentido de determinada norma só podem ser alcançados no caso concreto, perante a situação de fato compreendida em toda sua extensão, uma vez que 'não há métodos capazes de revelar ou descrever um quadro de verdades objetivas, aristotélicas e descontextualizadas' A perspectiva kelsiana falha ao pretender extrair, mediante um ato de conhecimento, resultados universais e atemporais. Outro ponto, relacionado ao anterior, diz respeito ao fato de Kelsen, ao assumir uma postura positivista, aderir à concepção de que o juiz seria dotado de poder discricionário. (...) Kelsen retira da Ciência do Direito uma zona de seu próprio objeto de investigação. Ora, até mesmo a utilidade e funcionalidade da Teoria Pura poderia ser posta em xeque: se cabe à Ciência do Direito revelar, descobrir as leituras normativas existentes, qual seu sentido se o juiz pode, no ato de aplicação, negá-las e alcançar distinta solução?" (CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria Constitucional do Direito Penal: contribuições a uma reconstrução da dogmática penal 100 anos depois*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 45).

⁴⁵ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *O contrato: exigências e concepções atuais*. São Paulo: Saraiva, 1986.

2.2 O Estado Social

Diante de um quadro de desigualdades, conseqüente do liberalismo, houve a organização de vários movimentos sociais que visavam ao combate da miséria e à superação dos trágicos resultados da 1ª Guerra Mundial, para tanto aclamavam pela intervenção estatal.

Na tentativa de solucionar ou ao menos diminuir os conflitos sociais, o Estado passou a intervir, novamente, nas relações particulares. Em um primeiro momento, promulgou normas, com características de excepcionalidade, de defesa dos hipossuficientes, mantendo, contudo, a centralidade do Código Civil. A promulgação de leis extraordinárias, em um segundo momento, tomou um alcance e uma dimensão tal que essas leis perderam sua excepcionalidade para terem natureza comum.

Entretanto, o marco da transição do Estado Liberal para o Estado Social, ou Estado do Bem-estar Social, foram as constituições sociais do México de 1917 (proclama direitos do trabalhador e contém um pioneirismo agrário, numa tentativa de realizar a reforma agrária) e de Weimar (declara princípios da democracia social), na Alemanha, em 1919, apesar da significativa importância da Lei *Sherman* – legislação antitruste – nos Estados Unidos, 1890, que tinha como finalidade “combater a concentração econômica que provoca a eliminação da concorrência e da livre iniciativa.”⁴⁶

A nova ordem constitucional incluía normas de natureza econômica e social, com limitações ao poder político e com especial proteção à pessoa humana. Nessa perspectiva, são consolidados os sistemas públicos de previdência e assistência social. Como alicerce teórico dos direitos do Estado Social, podem-se apontar a igualdade jurídica e a igualdade material, deixando de ser a propriedade privada um direito absoluto.

Diante do novo modelo estatal, conceitos, institutos e antigas decisões jurisprudências mostraram-se insuficientes para solucionar casos concretos. O Direito Privado, em especial o Direito Civil, entra em crise, crise no sentido de superação⁴⁷, de releitura de seus conceitos e institutos, de reanálise e reconstrução de uma nova visão da Ciência Jurídica.

Contudo, essa releitura não se limitou apenas às relações entre particulares. Na verdade, as funções do Estado passaram a ser reanalisadas, sob um novo enfoque da teoria da

⁴⁶ MAGALHAES, José Luiz Quadros. *Direito Constitucional*. Tomo I. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000. p. 64.

⁴⁷ FIUZA, César Augusto de Castro. Crise e interpretação no Direito Civil da Escola da Exegese às Teorias da Argumentação. In FIUZA, César Augusto de Castro; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (coords.). *Direito Civil – atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 23.

divisão dos poderes, de forma a agregar a cada um dos órgãos a realização de suas funções atípicas. Ao Executivo foram atribuídos novos mecanismos “de intervenção direta e imediata na economia e na sociedade civil, em nome do interesse coletivo, público, social ou nacional”.⁴⁸ Ao Legislativo acrescentou-se a função fiscalizadora e apreciativa da “atividade da Administração Pública e da atuação econômica do Estado”.⁴⁹ No Judiciário, o juiz não mais ficou atrelado à norma expressa da lei, pelo contrário, na nova perspectiva, o juiz assumiu o exercício da função jurisdicional.

Mister ressaltar que, enquanto se consolidava o Estado Social, a Revolução Russa de 1917 instaurava um novo paradigma de Estado: O Estado Socialista. Este priorizava os direitos sociais e econômicos, que tinham implantação imediata; os direitos individuais e políticos sofriam limitações constitucionais. A explicação para tal postura pode ser o caráter transitório inerente ao Estado Socialista.

O Estado Socialista desagradou aos detentores do grande capital, o qual indiretamente governava grande parte dos países ocidentais. As conseqüências da I Guerra Mundial, a crise de 1929 e a tentativa de barrar as idéias socialistas introduziram, principalmente na Alemanha e na Itália, os Estados Totalitários, que se mostraram radicais, violentos, antiliberais, anticomunistas, anti-socialistas, autoritários, ultranacionalistas.⁵⁰ Para os estados totalitários, a tutela da pessoa humana abrangia apenas a proteção publicista dos direitos da pessoa, o que tornava desnecessária a tutela de natureza privatística.

A disputa pelo poder do mundo culminou na II Guerra Mundial e, novamente, os países se desestabilizaram. Ao final da guerra, pode-se dizer que o mundo estava dividido em duas áreas de influências comandadas pelas superpotências: Estados Unidos e União Soviética.

Nos Estados Unidos, foi implantado o Estado Social do *New Deal*. Com o objetivo de se recuperar da crise de 1929 e na tentativa de se restringirem e eliminarem as idéias socialistas, implementou-se a política do *Welfare State*. Em relação ao continente europeu, os Estados Unidos implantaram naquele continente o Plano *Marshall*, que consistiu em investimentos consideráveis para a reconstrução dos países destruídos pela guerra, para, com isso, limitarem a influência socialista.

A situação de bipolaridade que o mundo vivenciou somente foi amenizada com a possibilidade e realização de maior fluxo interpaíses de informações e relações comerciais,

⁴⁸ CATTONI, Marcelo. *Direito constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 60.

⁴⁹ CATTONI, Marcelo. *Direito constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 60.

⁵⁰ MAGALHAES, José Luiz Quadros. *Direito Constitucional*. Tomo I. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

propiciadas, além de outros fatores, pelo acesso aos meios de comunicação digitais e pela informática.

No período que sucedeu à II Guerra foram divulgadas algumas das experiências realizadas com seres humanos, durante os regimes totalitários. Tais experiências constituíram verdadeiras atrocidades. Diante desses conhecimentos, percebeu-se que houve uma preocupação com os direitos humanos, sob uma nova perspectiva. Essa situação foi liderada por movimentos de defesa dos direitos sociais presentes nas décadas de 60 e 70.

Diversas declarações e tratados, de cunho internacional, passaram a discutir, analisar e regular os direitos do ser humano. Foi, contudo, em 1948, com a Declaração Universal dos Direitos do Homem que se construiu a idéia dos Direitos Humanos⁵¹, direitos esses com caráter universalista e efetivados pela solidariedade e fraternidade.

Com a adesão dos países às declarações que tratavam sobre os Direitos Humanos, a matéria passou a ser inserida nas legislações internas, de forma a ratificar os tratados e convenções, aderir às declarações e, sobretudo, reafirmar a proteção do ser humano. Foi atribuído o nome de Direito Fundamental aos Direitos Humanos positivados na ordem interna. E, nesse momento, com a elaboração dos Direitos Fundamentais “pressupõe precisamente toda uma plêiade de leis sociais e coletivas que possibilitaram, no mínimo, o reconhecimento das diferentes matérias e tratamento privilegiado do lado social ou economicamente mais fraco da relação (...)”⁵²

Perante uma nova realidade jurídica, superou-se a dicotomia público - privado. Estado e Sociedade Civil não poderiam mais ser separados, o reflexo disso para o Direito foi um entrelaçamento do Direito Público e do Direito Privado à medida que houvesse a observância às normas constitucionais na regulamentação de relações particulares. Como bem observa Eugênio Facchini Neto, a dicotomia foi superada, mas subsistem as diferenças,

porém elas são meramente ‘quantitativas’, pois há institutos onde prevalecem os interesses individuais, e outros institutos onde predominam os interesses da

⁵¹ Dentre os diversos conceitos de Direitos Humanos elaborados pela doutrina, tem-se que não são apenas os “direitos naturais positivados nas declarações e convenções internacionais, mas também aquelas exigências básicas relacionadas com a dignidade, liberdade e igualdade da pessoa que não alcançaram um estudo jurídico positivado” (LUÑO, Pérez apud BARROS, Sérgio Resende de. *Direitos Humanos: o paradoxo da civilização*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 33).

⁵² CARVALHO NETTO, Menelick. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do estado Democrático de Direito. *Revista Brasileira de Direito Comparado*. Belo Horizonte, v. 3, p. 473-486, 1999.

coletividade, e outros institutos onde predominam os interesses da sociedade, embora funcionalizados à relação dos interesses existenciais dos cidadãos.⁵³

As Constituições promulgadas segundo o paradigma social, além de regularem matérias que antes eram consideradas tipicamente privadas, continham, também, um caráter de solidariedade social que refletiam em alguns institutos de Direito Civil, como por exemplo, a preocupação com a função social da propriedade e a proteção à família. O indivíduo não mais era visto como um possuidor de direitos formais e de bens materiais, a nova visão percebeu o indivíduo engajado na sociedade e era visto pelo Estado como um cliente da Administração Pública – agora garantidora de bens e serviços.

Observa-se, desse modo, que a Constituição passou a ser compreendida como ‘instrumento de governo’, como o “estatuto jurídico-político fundamental da organização da sociedade política, do Estado. É através da Constituição, compreendida como organização e limitação do poder político, que se juridifica o Estado, que, legitimado pelo Direito”⁵⁴ e pelo regime representativo, passou a ser concebido como Estado de Direito, como Estado Constitucional.

A nova política legislativa infraconstitucional, por sua vez, primou por uma elaboração de normas de conteúdo setorial, em que na mesma lei tratava-se de aspectos civis, penais, processuais, administrativos, da matéria tratada. Um ponto importantíssimo é o uso de cláusulas gerais⁵⁵ nos textos normativos. As cláusulas gerais, tão criticadas no liberalismo, agora possibilitam a regulamentação de uma gama situacional que antes não era abrangida pelo ordenamento jurídico.

A promulgação de legislações não codificadas propiciou a construção de microssistemas jurídicos, o que fez com que os Códigos perdessem sua exclusividade de regulamentação das atividades particulares. Nesse diapasão, duas correntes foram elaboradas. A primeira defende que não há mais lugar para o monossistema de Direito Privado, representado pelo código; para essa corrente, o Código seria apenas mais um dos

⁵³ FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do Direito Privado. In SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 31.

⁵⁴ CATTONI, Marcelo. *Direito constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 56.

⁵⁵ Por cláusula geral entende-se a formulação de uma hipótese legal que, em termos de grande generalidade, abrange e submete ao tratamento jurídico todo um domínio de casos. A vantagem do uso da cláusula geral sobre o casuismo está em, graças à sua generalidade e abertura, tornar possível regular um vasto número de situações, que talvez sequer pudessem ser já previstas ao tempo da edição da lei respectiva, enquanto a técnica casuística enseja o risco de uma regulamentação fragmentada e provisória da matéria abrangida - exemplo de cláusula geral: art. 4, III e art. 51, IV, todos do CDC (MATTIETTO, Leonardo. *A Constituição e o direito civil: reflexões sobre o direito civil constitucional*. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, v. 54, 2001, p. 197-205).

microssistemas do Direito Civil, ao lado das legislações extravagantes, da doutrina e da jurisprudência⁵⁶. A segunda corrente defende que, na realidade, o Código Civil representa um macrossistema, isto é, ele continua sendo o centro do Direito Privado, pois nele são encontrados as categorias básicas, os conceitos gerais, as grandes teorias, além de poder ser invocado para a superação das lacunas nos microssistemas⁵⁷.

Interessante é a tese elaborada por Lorenzetti. Segundo o autor,

o Código, como tal, vai se ampliando, ao dar guarita a novos problemas e microssistemas; suas normas internas vão se distendendo mediante a interpretação, até um ponto culminante que termina por transformá-las. (...) Nesta primeira etapa descodificadora, os lugares de instabilidade se multiplicam, conferindo uma aparência de desordem insuportável; a desordem é produto da complexidade e a diferenciação é necessária para crescer. Os microssistemas se comportam como 'estruturas dissipativas' e se convertem em fontes de uma nova ordem, (...). Mediante este processo, cria-se um novo sistema. (...) Atualmente há uma visão sistemática, na qual todos os pontos são iguais, necessários, interatuantes. As normas fundamentais constituem uma espécie de força de gravitação que os mantém unidos.⁵⁸

De qualquer forma,

o Código Civil perde, assim definitivamente, o seu papel de Constitucionalização do Direito Privado. Os textos constitucionais, paulatinamente, definem princípios relacionados a temas antes reservados exclusivamente ao Código Civil e ao império da vontade: a função social da propriedade, os limites da atividade econômica, a organização da família, matérias típicas do Direito Privado, passam a integrar uma nova ordem pública constitucional. Por outro lado, o próprio Direito Civil, através da legislação extra codificada, desloca sua preocupação central, que já não se volta tanto para o indivíduo, senão para as atividades por ele desenvolvidas e os riscos delas decorrentes.⁵⁹

Perante o novo contexto social, a teoria do positivismo jurídico e o método empirista para a solução das situações jurídicas não atendem mais as demandas sociais. A complexidade das relações sociais se mostrava muito maior do que as normas dos Códigos; assim, mesmo diante do ideário de completude do movimento da codificação, havia uma série de situações

⁵⁶ Dentre seus defensores: MORAES, Maria Celina Bodin de. A Constitucionalização do Direito Civil. *Revista Brasileira de Direito Comparado*. Rio de Janeiro, n. 17, p. 79-89, 1999.

⁵⁷ Dentre seus defensores: LIMA, Taísa Maria Macena de. A nova contratualidade na reconstrução do Direito Privado Nacional. *Revista Eletrônica VirtuaJus*, da Faculdade Mineira de Direito, PUC Minas, ano 3, n. 1, julho de 2004. Disponível em: < http://www.fmd.pucminas.br/VirtuaJus/1_2004/A%20NOVA%20CONTRATUALIDADE%20NA%20RECONSTRUCAO%20DO%20DIREITO%20PRIVADO%20NACIONAL.pdf>. Acesso em: 6 fev. 2006.

⁵⁸ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. Trad. Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: RT, 1998. p. 77-79.

⁵⁹ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 29.

que não eram regulamentadas. Era preciso mudar o modo de vislumbrar a legislação e sua interpretação.

Em um primeiro momento, ganharam relevância os estudos de Theodor Viehweg⁶⁰ sobre a tópica. Essa seria uma técnica (“*techne*”) do pensamento problemático, que permitiria nos casos de “falta de um caminho” (lacuna, contradição, ausência, etc.) indicar comportamentos para tais situações, para não ficar preso, sem saída.

No Direito, a tópica refletiria na visão de um direito a ser interpretado em uma perspectiva de um sistema aberto, não exaustivo em si mesmo, que buscaria a solução dos conflitos de forma casuística com base na argumentação retórica. O intérprete iniciaria seus trabalhos na percepção do problema, analisando as várias possibilidades dentro do sistema (aberto) em busca da solução ao caso concreto. Nesse contexto, Lorenzetti assevera que

(...) o Direito não é um sistema meramente dedutivo, é sim um sistema dialético, orientado ao problema, é uma recopilação de pontos de vista sobre o problema em permanente movimento; é aberto e pragmático.⁶¹

Segundo as idéias de Theodor Viehweg, o problema atuaria sempre como guia. O problema seria toda questão que, aparentemente, permite mais de uma resposta e que requer, necessariamente, um entendimento preliminar, de acordo com o qual toma o aspecto de questão que há que levar a sério e para a qual há que se buscar uma resposta como solução.⁶²

Viehweg, em uma crítica ao formalismo positivista, disserta que “a constante vinculação ao problema impede o tranqüilo raciocínio lógico para trás e para diante, quer dizer a redução e a dedução.”⁶³

Segundo Viehweg, os “*topoi*” (isto é, pontos comuns verossímeis) têm sentido quando vistos a partir do problema, na medida em que cada um deles pode ser considerado como “mais adequado” ou “menos adequado”, em um entendimento que nunca é absolutamente imutável. Pode-se afirmar que diante de um problema, há vários “*topoi*” que podem ser utilizados para a solução do problema, mas a decisão de qual o “*topoi*” que deverá ser utilizado será dada por meio de um trabalho retórico. Assim,

⁶⁰ Parte retirada da monografia apresentada na disciplina Filosofia do Direito, da Pós-graduação em Direito, linha de pesquisa “Reconstrução dos paradigmas do Direito Privado no contexto do Estado Democrático de Direito”, da Faculdade Mineira de Direito, PUC Minas. BORGES, Janice Silveira; FERREIRA, Sérgio Abreu SILVA, Michael César. *Biodireito e o pensamento tópico de Theodor Viehweg*. Belo Horizonte, 2006.

⁶¹ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. Trad. Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: RT, 1998. p. 80.

⁶² VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Brasília: Imprensa Nacional, 1979. p. 34.

⁶³ VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Brasília: Imprensa Nacional, 1979. p. 39.

a tópica assume uma estrutura dialógica que desponta sobre uma base retórico-argumentativa de feição intersubjetiva. Suas premissas legitimam-se na aceitação do interlocutor, da mesma forma que o comportamento dos autores é orientado pela previsibilidade de oposição do adversário. Para a tomada de decisão, é necessário o consenso; e que em disputa fica provado, em virtude de aceitação, passa a ser admissível como premissa para outros raciocínios de ordem dialética. (...) A abertura para o diálogo sujeito à crítica traz transparência e legitimidade às decisões não apenas porque suas premissas gozam de respeitabilidade, mas também pelo poder de persuasão de suas teses, à medida que elas conseguem sobreviver ao ataque das críticas e erradicar progressivamente equivocidades. Não existem, pois, respostas corretas ou verdadeiras, mas argumentos que se impõem pela força do convencimento.⁶⁴

Desenvolver um pensamento que possa ser considerado tópico significa fixar o problema, analisar pontos de vista próximos e pontos de vista contrários, mantendo “princípios, conceitos, postulados com caráter problemático no sentido de que jamais perdem a sua qualidade de tentativa”⁶⁵ e, ao final, por meio da argumentação (retórica) obter a solução do problema. “A tópica é, portanto, uma tentativa inicial de organizar as manifestações ‘livres’ do Poder Judiciário, buscando uma sustentação política, através do argumento, da decisão judicial.”⁶⁶

A evolução das idéias de Viehweg se deu com Chaïm Perelman⁶⁷ e as diversas obras editadas, por diversos autores, a partir da década de 1950, que se opunham à lógica formal como instrumento de análise do raciocínio jurídico. Ao conjunto dessas obras foi atribuído o nome genérico de Teoria da Argumentação.⁶⁸

Perelman inicia seus estudos criticando o positivismo jurídico e as teses da Escola da Exegese. Segundo esse autor, a filosofia da evidência e o empirismo adotados por tais movimentos eram incapazes de oferecer respostas que fossem socialmente aceitáveis às questões práticas. Para construir sua teoria, Perelman analisa as críticas feitas por Platão à retórica e os estudos de Aristóteles sobre o mesmo assunto.

Platão⁶⁹ considerava a retórica uma prática não ética, pois não estava comprometida com a verdade, e sim, com o ‘melhor’ argumento. Ainda, segundo Platão, a retórica só

⁶⁴ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao Estudo do Direito*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 154.

⁶⁵ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1994. p. 328.

⁶⁶ NEVES, Gustavo Kloh Muller. Os princípios entre a teoria geral do direito e o Direito Civil Constitucional. In RAMOS, Carmem Lúcia Silveira; et al (org.) *Diálogos sobre Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 9.

⁶⁷ PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica*. Trad. Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

⁶⁸ FIUZA, César Augusto de Castro. Crise e interpretação no Direito Civil da Escola da Exegese às Teorias da Argumentação. In FIUZA, César Augusto de Castro; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (coords.). *Direito Civil – atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

⁶⁹ PLATÃO apud PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica*. Trad. Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

poderia ser considerada ‘boa’ se ela se voltasse para a construção da verdade, caso contrário, seria uma retórica má. Aristóteles⁷⁰, por sua vez, vislumbrava a retórica como a arte de procurar meios de persuasão. A retórica seria um discurso capaz de gerar persuasão.

Diante dessas duas concepções de retórica, Perelman resgata a retórica e a liga ao Direito. O Direito passa a ser visto como todo tipo de discurso entendido como ético, como racionalmente construído e justificado. A razão para essa nova visão é que, em seu discurso pragmático, Perelman defende que a conduta prática, ou seja, o pensamento dirigido à ação correta, comporta mais de um resultado ou mais de um significado, conforme a aceitação de uma escala de valores (e não de verdades) e conforme o problema apresentado. Isso possibilita se chegar a resultados diversos para o mesmo caso, no entanto a ‘melhor’ conduta é aquela que se apresenta como a mais razoável consoante justificativa convincente, eticamente correta e fundamentada na força do argumento que o assegura dentro de uma concepção valorativa.⁷¹

A concepção valorativa é explicada por Perelman ligada aos princípios gerais de Direito, por esses princípios conterem um valor de Direito Positivo, mesmo que sua autoridade e sua força não se reportem a uma fonte escrita e por existirem independentemente da forma que lhes é dada o texto quando a eles se referem, bastando que o juiz os declare diante da constatação de sua existência (os princípios se formam independentes do juiz, mas uma vez formados, impõem-se a ele).

O recurso do raciocínio dialético e retórico se impõe quando se objetiva estabelecer uma decisão (‘acordo’) sobre valores e sobre sua aplicação quando estes são objetos de uma controvérsia. A finalidade do debate a ser estabelecido não é a verdade, como defendiam os positivistas; mas sim, segundo a teoria perelmaniana, o valor: o valor de uma decisão, de uma escolha, de uma ação, consideradas justas, equitativas, razoáveis, oportunas, louváveis, ou conforme o Direito.⁷²

A noção de auditório é central no raciocínio perelmaniano, pois é a partir dele, ou melhor, é para ele que se destina o discurso sobre o debate da controvérsia. Um discurso só é eficaz se adaptado ao auditório que se deseja persuadir⁷³, para tanto, atenção especial deve-se

⁷⁰ ARISTÓTELES apud PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica*. Trad. Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

⁷¹ CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e Argumentação: uma contribuição ao Estudo do Direito*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

⁷² W. J. GANSHOF VAN DER MEERSH apud PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica*. Trad. Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

⁷³ Perelman distingue os termos persuasão e convencimento. Segundo o autor, persuadir é a argumentação que pretende valer só para um auditório particular. Convencimento é aquela que deveria obter a adesão de todo ser

dar à linguagem formal, que é instrumento de comunicação e de ação adaptável a fins variados. Igual atenção deve ser dada aos ‘pontos de partidas’ ou ‘lugares comuns’ dos integrantes do auditório, pois se se objetiva a adesão (universal) do auditório à tese apresentada, essa tese deve se pautar em pontos compartilháveis e aceitáveis por todos os integrantes desse auditório (por exemplo, valores comuns). Nessa perspectiva, Perelman disserta que a grande vantagem dos tópicos jurídicos consiste no fato de que eles permitem elaborar uma metodologia jurídica inspirada na prática e guiam os raciocínios jurídicos (dogmática e prática), tentando conciliá-los.

A premissa que se defende na tese apresentada ao auditório será validada pela adesão do auditório à tese. Essa adesão também validará todas as premissas usadas na elaboração da premissa aderida, por via de consequência. No entanto, para que haja sustentabilidade de toda essa teoria, usam-se as técnicas da argumentação. Essas técnicas “visam, partindo do que é aceito, reforçar ou enfraquecer a adesão a outras teses ou suscitar a adesão a teses novas, que podem, aliás, resultar da reiteração e da adaptação das teses primitivas.”⁷⁴

A partir da adesão à tese, discerne e justifica a solução autorizada de uma controvérsia, que poderá fazer valer um valor ou um compromisso entre valores, para que possa ser aceito em um meio e em um dado momento. No Direito, essa justificação é dada pela motivação das decisões apresentadas pelo juiz. Para atender a motivação, Perelman entendia que a razão afastaria toda arbitrariedade. “Somente graças à motivação aquele que perdeu um processo sabe como e por quê. A motivação convida-o a compreender a sentença e não deixa entregarse por muito tempo ao amargo prazer de ‘maldizer os juízes’”.⁷⁵

Perante uma sentença fundamentada, acreditava Perelman que isso substituiria a afirmação por um raciocínio e o simples exercício da autoridade por uma tentativa de persuasão. Observa-se que, para essa teoria, o juiz assume um papel diverso do defendido no positivismo. Segundo Perelman, em razão da argumentação o Direito teria flexibilidade e seria capaz de se adaptar aos valores considerados prioritários pelo juiz, o que faz com que este decida

(...) em funções dos valores dominantes na sociedade, sendo sua missão conciliar com esses valores as leis e as instituições estabelecidas, de modo que ponha em evidência não apenas a legalidade, mas também o caráter razoável e aceitável de suas decisões. (...) O juiz possui, a este respeito, um poder complementar indispensável que lhe permita adaptar a lei aos casos específicos. Se não lhe

racional. (PERELMAN apud CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Heremênutica e Argumentação: uma contribuição ao Estudo do Direito*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003).

⁷⁴ PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica*. Trad. Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 147.

⁷⁵ PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica*. Trad. Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 210.

reconhecessem tal poder, ele não poderia sem recorrer a ficções, desempenhar sua missão, que consiste no solucionamento dos conflitos: a natureza das coisas obriga a conceder-lhe um poder criativo e normativo no domínio do direito.⁷⁶

Críticas não faltam à teoria pragmata de Perelman, em especial por defender a existência da possibilidade do juiz fazer uso da discricionariedade para conciliar o direito e a procura por uma solução justa. No campo da Filosofia do Direito, no geral, o pragmatismo se mostrou incapaz de oferecer respostas que atendessem a uma efetivação dos direitos do homem.

Nesse contexto, o Estado Social também se mostrou insuficiente, e ao final da II Guerra Mundial, esse paradigma já passou a ser questionado. O Estado não suportou as pressões sociais, não houve verba suficiente para concretizar todo o assistencialismo prometido. Vários países iniciaram uma busca de um novo modelo. No Brasil, isso ocorreu com o Estado Democrático de Direito, determinado pela Constituição Brasileira de 1988.

2.3 O Estado Democrático de Direito

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, o modelo social começou a ser questionado. O Estado interventor havia se tornado Estado-empresa. Na tentativa de resolver problemas sociais, como por exemplo o desemprego, o Estado construía grandes empresas – que nem sempre eram bem geridas e ocasionavam lucros. A situação de assistencialismo exacerbado levou o Estado a um ‘inchaço’ de funções e atividades impossíveis de serem mantidas. O paradigma do Estado Democrático de Direito exsurge configurando uma alternativa ao modelo de Estado do bem-estar-social.

Em síntese, o paradigma Democrático de Direito pode ser entendido como o modelo estatal resultante do entrelaçamento dos princípios do Estado de Direito e do Estado Democrático. Tal entrelaçamento viabiliza-se e efetiva-se pelas normas (princípios e regras) constitucionais, que são dotadas de imperatividade. Por Estado de Direito, pode-se entender como o Estado que prima pela realização dos Direitos Fundamentais, isto é,

⁷⁶ PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica*. Trad. Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 200-203.

aquele Estado que, nas relações com seus súditos e para garantia deles, submete-se, ele próprio, a um regime de direito, segundo o qual suas atividades são regidas por um conjunto de regras de natureza diversa, umas determinando os direitos outorgados aos indivíduos, preservando-lhes a liberdade, outras estabelecendo previamente as vias e os meios que podem ser empregados visando à realização dos fins do Estado (...) para se realizar o Estado de Direito, é indispensável que as pessoas disponham do direito de ação em face do Estado, provocando a jurisdição, com o fito de impugnarem os atos estatais, quaisquer que sejam, causadores de lesão aos seus direitos individuais.⁷⁷

Por jurisdição tem-se “a atividade de proferir decisões (judiciais) em nome do Estado com vinculação plena em limites geofísicos indicados na Lei”⁷⁸. Direito-de-ação é o direito público subjetivo de movimentar a jurisdição pelo ato instaurador do procedimento⁷⁹. Tais institutos mostram-se importantes para a compreensão do tema, vez que também são elementos configuradores do Estado de Direito juntamente com:

- a) a lei: compreendida como expressão da vontade geral, manifestada em um ato formalmente emanado do legislativo, o qual possui a participação indispensável de representantes do povo;
- b) a separação das funções do Estado (legislativa, governamental e jurisdicional);
- c) a atuação estatal deve ser segundo a lei e sob suficiente controle jurisdicional;
- d) os Direitos Fundamentais são reconhecidos sob garantia jurídico-formal e efetiva realização material.

O Estado Democrático, por sua vez, tem como fundamento a democracia, vista como “um princípio consagrado nos modernos ordenamentos constitucionais, como fonte de

⁷⁷ CARRÉ DE MALBERG apud RONALDO BRÊTAS, C. Dias. Apontamentos sobre o Estado Democrático de Direito, *Revista Eletrônica Virtuajus*, da Faculdade Mineira de Direito, PUC Minas, ano 2, n. 1, agosto de 2003. Disponível em: < http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/Ano2_08_2003_arquivos/Docente/Estado%20de%20Direito.doc>. Acesso em: 02 fev. 2005.

⁷⁸ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo*: primeiros estudos. 4 ed. Porto Alegre: Síntese, 2001. p. 235.

⁷⁹ O significado do vocábulo ‘procedimento’ deve ser analisado juntamente com a moderna conceituação de ‘processo’. Para tanto, indica-se a obra de Elio Fazzalari, que entende ser processo espécie de procedimento em contraditório, entre as partes, em simétrica paridade, na construção do provimento final. Procedimento, a seu turno, “è, dunque, costituita da una sequenza di atti (atti preparatori ed atto finale), ciascuno dei quali è legato all’ altro in guisa di essere la conseguenza dall’ atto che lo precede e il presupposto di quello che lo segue. In cio sta il quid del procedimento: nella successione de atti, nelle scansioni temporale per cui ogni atto della serie segue un altro, secondo l’ordine stabilito dalla legge.” (Tradução livre: é, portanto, constituída por uma seqüência de atos (atos preparatórios e ato final), cada um dos quais é unido ao outro de modo que seja a consequência do ato que o precede e o pressuposto daquele que o segue. Nisto está a característica principal do procedimento: na sucessão dos atos, na escansão temporal pela qual cada ato da série segue um outro, segundo a ordem estabelecida pela lei) - (FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. 8 ed. Padova: A. Milani, 1996. p. 24 – 25). Deste modo, “o provimento implica na conclusão de um procedimento, pois a lei não reconhece sua validade, se não é precedido da atividade preparatória que ele estabelece. Mas o provimento pode ser visto como ato final do procedimento não apenas porque este se esgota na preparação do advento. Pode ser concebido como parte do procedimento, como seu ato final, como o último de sua estrutura” (GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992. p. 112).

legitimação do exercício do poder, que tem origem no povo.”⁸⁰ Na democracia, nenhum valor moral se perde, pois ninguém, nem individual, nem coletivamente, fica em pior situação em nenhuma das dimensões sociais, políticas, econômicas, etc. Ninguém perde o poder de participar da comunidade auto-governante, na verdade, esse poder aumenta para todos, na medida em que se tem recursos viáveis para a efetivação da participação popular, dentre esses recursos, tem-se o voto e a garantia constitucional de prestação jurisdicional. No Estado Democrático, a sociedade participa efetivamente da elaboração das normas, pois considera que estas devem ser elaboradas pelo povo e para o povo.

Observa-se, também, que o Direito, no Estado Democrático de Direito, não mais deve ser

(...) compreendido como mecanismo liberal de decisão majoritária ou a partir da pretensa ‘vontade geral’ republicana, mas como institucionalização de processos estruturados por normas que garantam a possibilidade de participação discursiva no processo de tomada de decisões.⁸¹

A institucionalização de processos trouxe a exigência do cumprimento dos Devidos Processos, isto é, o Estado Democrático de Direito tem como um de seus fundamentos a garantia da prestação jurisdicional, que abrange os institutos do Devido Processo Constitucional, Devido Processo Legislativo e Devido Processo Legal, na defesa de direitos do homem, e na promoção desses direitos.

O Devido Processo Constitucional consiste em uma garantia das partes de que o processo será realizado em obediência aos princípios e regras preceituados constitucionalmente:

o constitutional due process (‘Devido Processo Constitucional’) é garantia (como dever do Estado) de realização [de] procedimentos nos planos do direito constituído, mediante instalação do contraditório, observância de defesa plena, isonomia, direito ao advogado, gratuidade de jurisdição nas hipóteses de existência de conflito ou contenciosidade de direitos pretendidos.⁸²

O Devido Processo Legislativo constitui um direito-garantia de que a produção das normas jurídicas será realizada com observância do Devido Processo Constitucional. Isto é, o

⁸⁰ RONALDO BRÊTAS, C. Dias. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 102.

⁸¹ OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Devido Processo Legislativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000. p. 93.

⁸² LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 5 ed. São Paulo: Thomson - IOB, 2004. p. 71.

Devido Processo Legislativo é um direito-garantia que os cidadãos possuem com relação a “uma produção democrática do Direito, uma produção realizada em consonância com o paradigma atual, concretizado por intermédio do Processo Legislativo orientado pelo Processo Constitucional.”⁸³

O Devido Processo Legal é um instituto (constitucionalizado democraticamente), no qual se encontram as garantias fundamentais que norteiam o modo de proceder da Administração, do Judiciário e do Legislativo. A incidência do instituto *due process* na atividade legislativa implica o fato de o legislativo agir somente no sentido positivo da lei.⁸⁴

Ressalta-se que o Estado Democrático de Direito, como bem ressalva Rosemiro Leal⁸⁵, é um paradigma de Estado que ainda está em construção, daí a dificuldade de se estabelecer pontos de partidas para a elaboração e desenvolvimento de novas visões conceituais e institucionais. Mesmo diante das dificuldades, contudo, é possível apontar um norte a ser seguido: a exigência de proteção à pessoa humana, bem como sua promoção, que assume no Direito atual uma das metas da nova ordem estatal, com tutela assegurada pelos Devidos Processos, em razão do princípio da dignidade da pessoa humana.

O vocábulo ‘dignidade’ tem sua origem na palavra latina ‘dignitate’ e significa elevação ou grandeza moral, respeitabilidade.⁸⁶ Para Maria de Fátima Freire de Sá⁸⁷, ao lado do substantivo abstrato ‘dignidade’ deve-se, também, considerar o termo ‘dignificação’, isto é, tornar digno. A justificativa para isso é que pelo procedimento de dignificação tem-se as concepções de dignidade da vida. Como princípio jurídico, a dignidade do homem pode ser entendida como

a qualidade intrínseca e distintiva de cada pessoa humana que a faz merecedora do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem à pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.⁸⁸

⁸³ DEL NEGRI, André L. *Controle de constitucionalidade no processo legislativo: teoria da legitimidade democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 74.

⁸⁴ DEL NEGRI, André L. *Controle de constitucionalidade no processo legislativo: teoria da legitimidade democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 73.

⁸⁵ LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo: primeiros estudos*. 5 ed. São Paulo: Thomson - IOB, 2004.

⁸⁶ DICIONÁRIO Brasileiro da Língua Portuguesa. Enciclopédia Britânica do Brasil. V. I. 12 ed. São Paulo: Companhia de Melhoramento, 1990. p. 604.

⁸⁷ SÁ, Maria de Fátima Freire de. A dignidade do ser humano e os direitos da personalidade: uma perspectiva civil-constitucional. In SÁ, Maria de Fátima Freire de (coord.). *Biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 84.

⁸⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 62.

Diante da nova realidade e para a devida aplicação do Direito, fez, e faz-se, necessária a coerência de normas dentro do ordenamento jurídico. O descompasso entre os preceitos constitucionais e as legislações infraconstitucionais exigiu que todas as áreas do saber jurídico passassem por uma reestruturação, no sentido de adequação de seus conteúdos e procedimentos. O Direito Civil atual, por exemplo, vem operando no sentido de sua despatrimonialização/personificação, ou seja, a valorização da pessoa, em atendimento ao princípio constitucional da dignidade do ser humano, fundamento do Estado Democrático de Direito, em substituição ao patrimônio, e na construção de uma doutrina civil-constitucional.

A despatrimonialização do Direito Civil não

significa a exclusão do conteúdo patrimonial no direito, mas a funcionalização do próprio sistema econômico, diversificando sua valorização qualitativa, no sentido de direcioná-lo para produzir respeitando a dignidade da pessoa humana (e o meio ambiente) e distribuir as riquezas com maior justiça.⁸⁹

2.3.1 Os paradigmas de Estado e o Ordenamento Jurídico Brasileiro

O Direito brasileiro tem em suas origens no Direito português.

Tão logo proclamada a Independência, o novo governo editou a Lei de 20 de outubro de 1823, determinando que vigorasse no Império as Ordenações Filipinas, Leis e Decretos promulgados pelos reis de Portugal até 25 de abril de 1821, enquanto não se organizasse um novo Código ou não fossem especialmente alterados.⁹⁰

A própria Constituição do Império de 1824⁹¹, dispunha, em seu art. 179, XVII, sobre a necessidade de organização de um Código Civil, que somente veio a ser promulgado em

⁸⁹ RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. A constitucionalização do Direito Privado e a sociedade sem fronteiras. In FACHIN, Luiz Edson (coord.). *Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 16.

⁹⁰ ROBERTO, Giordano Bruno Soares. *Introdução à História do Direito Privado e da Codificação: uma análise do novo Código Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 59-60.

⁹¹ BRAZIL. Constituição (1824). Constituição do Império do Brasil. Registrada na Secretaria de Estado dos Negócios do Império do Brasil a fls. 17 do Liv. 4º de Leis, Alvarás e Cartas Imperiais. Rio de Janeiro, 22 de abril de 1824.

1916, entrando em vigor em 1917. Durante os anos de elaboração do Código Civil vigoraram, no Brasil, as legislações portuguesas (ordenações Filipinas).

O Código Civil de 1916⁹² foi escrito segundo as influências liberais.

O Direito Privado tratava de regular, do ponto de vista formal, a atuação dos sujeitos de direito, notadamente o contratante e o proprietário, os quais, por sua vez, a nada aspiravam senão ao aniquilamento de todos os privilégios feudais: poder contratar, fazer circular as riquezas, adquirir bens como expansão da própria inteligência e personalidade, sem restrições ou entraves legais. (...) O Direito Público, por sua vez, não interferia na esfera privada, assumindo o Código Civil, portanto, o papel de estatuto único e monopolizador das relações privadas.⁹³

Conforme dito anteriormente, o paradigma de estado liberal passou a ser questionado e foi substituído pelo paradigma social. No Brasil, essa substituição se deu, sobretudo, com a promulgação da Constituição de 1934⁹⁴, de cunho assistencialista, no que tange especialmente os direitos dos trabalhadores.

Contudo, também no Brasil, o paradigma de Estado Social mostrou-se falho. O Estado mostrou-se incapaz de atender toda sua demanda. Em 1988, após anos de ditadura militar, foi instaurado o Estado Democrático de Direito, por meio da Constituição da República, promulgada nessa data, para tentar superar as falhas dos paradigmas de Estado anteriores.

2.4 A constitucionalização do Direito Civil e a personificação do mesmo

Os trabalhos a respeito de uma doutrina constitucional civil foram iniciados pelo jurista italiano Natalino Irti⁹⁵. Em seus estudos, constatou que os textos infraconstitucionais não se adequavam à realidade social democrata, instaurada pela *Costituzione della Repubblica Italiana* de 1947.⁹⁶

⁹²BRASIL. Código Civil (1916). NEGRÃO, Theotonio; GOUVÊA, José Roberto Ferreira. *Código Civil e legislação civil em vigor*. 17 ed. Atual. até 5 de janeiro de 1998. São Paulo: Saraiva, 1998.

⁹³TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Tomo I. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 2-3.

⁹⁴BRASIL. Constituição (1934). Constituição da República Federativa dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, 16 de julho de 1934.

⁹⁵IRTI, Natalino. *L'età della decodificazione*. 4 ed. Milano: Giuffrè, 1999.

⁹⁶ITÁLIA. (1948). Costituzione della Repubblica Italiana. Gazzetta Ufficiale n. 298, del 27 dicembre 1947. Entrata in vigore il 1º gennaio 1948.

No Brasil, ressaltam-se os trabalhos de Gustavo Tepedino, Maria Celina Bodin e Paulo Luiz Netto Lôbo que, sob influência dos estudos da doutrina italiana, vêm promovendo uma nova visão do Direito Civil, na tentativa de adequação deste à nova ordem nacional.

Segundo Gustavo Tepedino, a constitucionalização do Direito Civil significa ler e estudar o Direito Civil, em todos seus microsistemas, à luz da Constituição da República.⁹⁷ Para esse doutrinador,

não há dúvidas que as normas constitucionais incidem sobre o legislador ordinário, exigindo produção legislativa compatível com o programa constitucional, e se constituindo em limite para a reserva legal. Por outro lado, produzem efeitos no plano interpretativo, reclamando uma leitura da lei civil conforme o texto constitucional, (...) Em outras palavras, a interposição de princípios constitucionais nas vicissitudes das situações jurídicas subjetivas está a significar uma alteração valorativa do próprio conceito de ordem pública, tendo na dignidade da pessoa humana o valor maior, posto ao ápice do ordenamento. Se a proteção aos valores existenciais configura momento culminante da nova ordem pública instaurada pela Constituição, não poderá haver situação jurídica subjetiva que não esteja comprometida com a realização do programa constitucional.⁹⁸

Entretanto, deve-se considerar que a teoria de Tepedino é fundamentada em um modelo social e não Democrático de Direito. No que diz respeito à necessidade de harmonização no ordenamento jurídico, sob o enfoque constitucional, na proteção do ente humano, não há sobre o que discordar, mas que isso se dê pelos princípios da solidariedade social, da isonomia substancial e da dignidade da pessoa humana⁹⁹, como defende Tepedino, é impossível frente ao paradigma brasileiro vivenciado. Na realidade, essa harmonização se dá pela possibilidade real de aplicação e preenchimento de conteúdo dos princípios constitucionais, diante de uma situação concreta e não com base em um ou outro princípio enumerado abstratamente.

Maria Celina Bodin de Moraes, no início de seus trabalhos a respeito do tema, dissertava ser possível falar de ‘Direito Civil-Constitucional’ em dois aspectos:

sob um ponto de vista formal, é direito civil constitucional toda disposição historicamente civilística contemplada pelo Texto Maior; isto é, todas as disposições relativas ao clássico tripé do direito civil – pessoa, família e patrimônio-, porque presentes na Constituição, compõem o direito civil constitucional. O outro significado atribuído à expressão ‘Direito Civil Constitucional’ é o que aqui (...) interessa (...): é ‘direito civil constitucional’ todo o direito civil, e não apenas aquele que recebe expressa indumentária constitucional, desde que se imprima às disposições de natureza civil uma ótica de análise através

⁹⁷ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Tomo I. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

⁹⁸ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 41-42.

⁹⁹ TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

da qual se pressupõe a incidência direta, e imediata, das normas constitucionais sobre todas as relações interprivadas.¹⁰⁰

No desenvolvimento de seus trabalhos, a autora passou a embasar a existência de um Direito Civil-Constitucional no fato de o princípio da dignidade da pessoa humana ter sido inserido, na Constituição da República de 1988, entre os princípios fundamentais. Ao Direito, seria destinada a tarefa de promover a pessoa humana. Diante da nova realidade constitucional,

o princípio constitucional visa garantir o respeito e a proteção da dignidade humana não só no sentido de assegurar um tratamento humano e não degradante, e nem tampouco conduz exclusivamente ao oferecimento de garantias à integridade física do ser humano. Dado o caráter normativo dos princípios constitucionais, princípios que contêm valores ético-jurídicos fornecidos pela democracia, isso vem significar a completa transformação (...) do direito civil, de um direito que deixou de encontrar nos valores individuais codificados o seu fundamento axiológico.¹⁰¹

Apesar de toda a excepcionalidade da obra de Maria Celina Bodin de Moraes, sua teoria é criticada, por vislumbrar uma hierarquização de princípios em sua fundamentação, o que é inadmissível em um Estado Democrático de Direito, uma vez que a hierarquização impossibilita a realização igual de Direitos Fundamentais.

O posicionamento de Paulo Luiz Netto Lôbo é o de ser a constitucionalização o “processo de elevação ao plano constitucional dos princípios fundamentais do Direito Civil, que passam a condicionar a observação pelos cidadãos, e a aplicação pelos tribunais, da legislação infraconstitucional.”¹⁰² O autor adverte para a diferenciação dos termos “publicização” e “constitucionalização”, entendendo por aquele o processo de intervenção legislativa infraconstitucional, ao passo que este tem por fito submeter o direito positivo aos fundamentos de validade constitucionalmente estabelecidos.¹⁰³

Na mesma esteira de pensamentos de Paulo Luiz Netto Lôbo, porém com um enfoque mais abrangente, encontra-se a teoria do doutrinador português Gomes Canotilho¹⁰⁴. Segundo

¹⁰⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. A Constitucionalização do Direito Civil. *Revista Brasileira de Direito Comparado*. Rio de Janeiro, n. 17, p. 79-89, 1999.

¹⁰¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. Constituição e Direito Civil: tendências. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 779, p. 47-63, 2000.

¹⁰² LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do Direito Civil*. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=507>>. Acesso em: 23 ago. 2004.

¹⁰³ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do Direito Civil*. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=507>>. Acesso em: 23 ago. 2004.

¹⁰⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Civilização do Direito Constitucional ou Constitucionalização do Direito Civil? A eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídico-civil no contexto do direito pós-moderno*. In GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (orgs.). *Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001.

este, na verdade, o que ocorre no Direito Pós-Moderno é tanto a civilização do Direito Constitucional, uma vez que as atuais constituições tratam de matéria civil, quanto à constitucionalização do Direito Civil, pois o Direito infraconstitucional deve estar em concordância com o Direito Constitucional. Canotilho, no entanto, faz uma ressalva:

a ordem jurídica privada não está, é certo, divorciada da Constituição. Não é um espaço livre de direitos fundamentais. Todavia, o direito privado perderá a sua irreduzível autonomia quando as regulamentações civilísticas – legais ou contratuais – vêem o seu conteúdo substancialmente alterado pela eficácia directa dos direitos fundamentais na ordem jurídica privada. (...) Se o direito privado deve recolher os princípios básicos dos direitos e garantias fundamentais, também os direitos fundamentais devem reconhecer um espaço de auto-regulamentação civil, evitando transforma-se em ‘direito de não – liberdade’ do direito privado.¹⁰⁵

Apesar de todo o exposto, em meio a trabalhos incessantes da doutrina e jurisprudência civilista, para atingir a harmonia do ordenamento jurídico frente à entrada em vigor da Constituição Brasileira de 1988, acima descrita, acordos meramente políticos aprovaram, quatorze anos após a promulgação dessa mesma Constituição, um “novo” Código Civil, no ano de 2002, que teve seu projeto redigido na década de 70. Tal situação abalou e descreditou a disciplina civil em sua totalidade, devido à promessa de avanço e constatação de retrocesso trazido pelo novo conjunto de normas. São vários os casos em que se observa um predomínio do patrimônio, mesmo diante de uma ordem constitucional que prima o ente humano em detrimento ao patrimônio. Nesse sentido, Paulo Luiz Netto Lôbo disserta:

a patrimonialização das relações civis, que persiste nos códigos, no sentido de primazia, é incompatível com os valores fundados na dignidade da pessoa humana, adotados pelas Constituições modernas, inclusive pela brasileira (art. 1º, III). A repersonalização reencontra a trajetória da longa história da emancipação humana, no sentido de repor a pessoa humana como centro do direito civil, passando o patrimônio ao papel de coadjuvante, nem sempre necessário. (...) A restauração da primazia da pessoa humana, nas relações civis, é condição primeira de adequação do direito à realidade e aos fundamentos constitucionais.¹⁰⁶

Assim, pode-se dizer que, no momento atual, a disciplina de Direito Civil tenta se reerguer. A propositura de um Direito Civil – Constitucional¹⁰⁷ nunca se fez tão necessária,

¹⁰⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Civilização do Direito Constitucional ou Constitucionalização do Direito Civil? A eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídico-civil no contexto do direito pós-moderno*. In GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (orgs.). *Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 113.

¹⁰⁶ LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Teoria Geral das Obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 6.

¹⁰⁷ Carmem Ramos levanta a possibilidade de, futuramente, serem superadas a constitucionalização do Direito Civil e a precedência do direito nacional em face de um Direito Supranacional. Contudo, a mesma doutrinadora adverte que o tema ainda requer muita reflexão (RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. *A constitucionalização do*

para uma tutela do ente humano, em suas questões existenciais, para tanto, recorre-se às teorias da argumentação para auxiliar as decisões de casos, diante da enorme discrepância entre a legislação constitucional e a legislação infraconstitucional de ordem civil.

2.4.1. O novo contexto e a Teoria da Argumentação

2.4.1.1 A proposta de Robert Alexy

Robert Alexy desenvolve sua teoria da argumentação alegando que, nas Constituições Democráticas modernas, haveria duas classes ou categorias de normas: as que visam constituir e organizar as atividades legislativas, prestação jurisdicional e administrativa e as que obrigam e dirigem o poder público.

No entanto, o simples fato de uma Constituição ter sido promulgada e de poder ser considerada eficaz não implica que ela seja juridicamente válida, sem que haja uma norma que permita essa conclusão mediadora entre ser e dever ser. Essa norma, na realidade, poderia ser considerada uma premissa que possibilitaria a transição do campo fático para o campo do válido, segundo o justo, e conteria uma noção de legitimidade moral na medida em que, se a norma está presente em uma Constituição e é justa, todos devem se comportar nos termos dessa norma.

Os direitos constitucionais, nesses termos, são originários da construção das regras e dos princípios. Essas construções não se apresentam em algum lugar de forma pura, mas “elas representam distintas tendências, e a questão de qual delas é melhor é uma questão central da interpretação de qualquer Constituição que preveja controle de constitucionalidade.”¹⁰⁸

Segundo Alexy, regras e princípios são normas jurídicas,

princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Portanto, os

Direito Privado e a sociedade sem fronteiras. In FACHIN, Luiz Edson (coord.). *Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998).

¹⁰⁸ ALEXY, Robert. Direitos Constitucionais, balanceamento e racionalidade. Trad. Menelick de Carvalho Netto. *Ratio Juris*. V. 16, n. 2, p. 131-140, jun. 2003.

princípios são mandados de otimização que estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus, e que a medida devida de seu cumprimento não só depende das possibilidades reais, como também jurídicas (...). De outro lado, as regras são normas que só podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então deve-se fazer exatamente o que ela exige, nem mais nem menos. Portanto, as regras contêm determinações no âmbito do fático e juridicamente possível.¹⁰⁹

Em caso de colisão entre princípios, a decisão de saber qual princípio deverá ser aplicado será oferecida, tendo em vista um posicionamento argumentativo, de pesagem entre os referidos princípios, para verificação de qual dos princípios envolvidos tem um peso relativamente maior, naquela situação. O princípio afastado naquele caso não será excluído do ordenamento jurídico, ele continuará a pertencer a ele e ficará a espera de um caso em que a sua aplicabilidade se faça viável com uma ponderação maior. Para viabilizar esse procedimento, Alexy elabora a Lei do Balanceamento.

A Lei do Balanceamento estabelece que quanto maior o grau de não-satisfação ou detrimento de um princípio, maior a importância de se satisfazer o outro. Para tanto, deve-se seguir determinadas etapas: inicialmente, deve-se estabelecer o grau de não satisfação ou detrimento do primeiro princípio, depois, verificar o estabelecimento da importância de se satisfazer o princípio coerente; por fim, responder à questão de saber se a importância de se satisfazer ou não o princípio concorrente justifica o detrimento ou a não satisfação do primeiro.

O Balanceamento está relacionado com o princípio da proporcionalidade. Este, por sua vez, é constituído pelos princípios da *suitability* (adequação), da necessidade, da proporcionalidade em sentido *strito*. Os princípios de *suitability* e de necessidade dizem respeito ao que é fática ou factualmente possível. O princípio da *suitability* exclui a adoção de meios que obstruam a realização de pelo menos um princípio, sem promover qualquer princípio ou finalidade para os quais eles foram adotados. O princípio da necessidade estabelece que, diante de duas possibilidades que satisfaça a questão, a escolha entre uma delas será feita segundo a análise de qual dessas possibilidades causa uma menor restrição às outras possibilidades, ou seja, qual é a mais abrangente. O princípio da proporcionalidade propriamente dita estabelece uma relação de prioridade na não satisfação ou detrimento de um princípio, sob o aspecto jurídico.¹¹⁰

¹⁰⁹ ALEXY, Robert apud GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e Diferença: Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 173.

¹¹⁰ CHAMON JÚNIOR, Lúcio. *Teoria Constitucional do Direito Penal: contribuições a uma reconstrução da dogmática penal 100 anos depois*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

Para explicar o fato de os princípios serem mandados de um determinado tipo, quer dizer, mandados de otimização, Alexy considera que os princípios podem ser equiparados a valores. Uma concepção a respeito de valores repercute no nível do que pode ou não ser considerado como bem.

Os valores têm como característica a possibilidade de valoração, isto é, permitem que um determinado juízo possa ser classificado, comparado ou medido. Destarte, com a ajuda de conceitos de valor classificatório se pode dizer que algo tem um valor positivo, negativo ou neutro; com a ajuda de conceitos de valor comparativo, que um objeto que se deve valorar corresponde a um valor maior ou ao mesmo valor que outro objeto e, com ajuda de conceitos de valores métricos, que algo tem um valor de determinada magnitude.¹¹¹

Apesar de defender que princípios podem ser equiparados aos valores, Alexy também defende que princípios não são valores, pois, segundo ele, os princípios apontam para o que se considera devido (dever ser), e os valores para o que é melhor. Assim,

os valores são por si mesmos distintos, porque são conceitos axiológicos, não contêm uma ordem ou uma proibição e sim uma valoração. (...) Os princípios jurídicos (...) estabelecem comandos, proibições e permissões, o que não ocorre com os valores. O modo de interpretar estes últimos é mediante um juízo de ponderação, destinado a estabelecer “seu peso” no caso concreto.¹¹²

Já um conflito entre as regras, para Alexy, ocorre na dimensão da validade (*in an all-or-nothing fashion*). As regras não possuiriam uma dimensão de pesagem como os princípios, elas exigiriam cumprimento pleno e conforme prescritas. Para exemplificar, Alexy coloca o problema da existência de uma Lei Estadual que proibisse o funcionamento de estabelecimentos comerciais após as 13h e de outra Lei Federal que proibisse o funcionamento até às 19h. O Tribunal Constitucional Alemão solucionou a controvérsia apoiando-se no cânone da hierarquia das normas, de modo a entender pela validade da legislação federal.¹¹³

Por fim, ressalta-se que Alexy relaciona o Direito com a Moral sob dois aspectos. O primeiro aspecto é que os discursos prático-morais, na realidade, complementarizam os discursos argumentativos, quando determinadas regras se mostrassem insuficientes em si

¹¹¹ PEDRON, Flávio Quinaud. *É Possível uma resposta correta para casos controversos?* Uma análise da interpretação de Robert Alexy da Tese Dworkiana. Disponível em: <<http://www.fd.unl.pt/web/Anexos/Downloads/285.pdf>>. Acesso em: 26 fev. 2006.

¹¹² LORENZETTI, Ricardo Luiz. *Fundamentos do Direito Privado*. Trad. Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: RT, 1998. p. 287.

¹¹³ PEDRON, Flávio Quinaud. *É Possível uma resposta correta para casos controversos?* Uma análise da interpretação de Robert Alexy da Tese Dworkiana. Disponível em: <<http://www.fd.unl.pt/web/Anexos/Downloads/285.pdf>>. Acesso em: 26 fev. 2006.

mesmas. O segundo aspecto é que, sob a ótica alexyana, os princípios contêm uma dimensão de moralidade que deverá ser considerada no momento da elaboração do provimento final.

A teoria de Alexy é alvo de inúmeras críticas. Dentre elas, pode-se apontar a elaborada por Lúcio Chamon, segundo ele,

o que Alexy não é capaz de perceber é que após o giro hermenêutico-pragmático, a tensão entre ideal e real não é tratada mais em termos aproximativos, mas em termos reconstrutivos; o consenso não mais há que ser, pois, entendido como o aceite e a concordância de todos os afetados, mas, antes, como um resultado construído em respeito às liberdades comunicativas – implica aceitabilidade racional quando de um juízo de correção normativa em respeito a pressupostos pragmático-universais. A construção de um consenso, assim, não significa a assunção de um tempo ilimitado, de informações ilimitadas, claridade lingüística ilimitada, e assim por diante, antes é necessário assumir a precariedade da nossa condição e, a partir de então, assumir, determinados pressupostos, de nossa práxis mesma resgatados, para a construção de um consenso datado e, por isso mesmo, legítimo em razão, justamente, de seu próprio processo de construção.¹¹⁴

Habermas também critica a teoria alexyana. Para ele, há uma confusão de normas como valores na referida teoria,

norma e valores distinguem-se respectivamente, em primeiro lugar, por suas referências ao agir obrigatoriamente ou teleológico; segundo lugar, pela codificação respectivamente binária ou gradual de suas pretensões de validade; em terceiro lugar, por sua obrigatoriedade respectivamente absoluta ou relativa; e, em quarto lugar, pelos critérios aos quais o conjunto de sistema de normas ou valores deve satisfazer.¹¹⁵

Habermas completa dizendo que “se a norma é um comando, o valor é, antes um conselho”¹¹⁶. Assim,

normas (...) possuem um poder de fundamentação maior sobre o direito do que a de valores, porque podem fundamentar seu sentido deontológico de validade em uma pretensão de obrigatoriedade universal, e não apenas em uma dignidade especial de preferência; valores têm que ser, caso a caso, empregados numa ordem transitiva de valoração.¹¹⁷

¹¹⁴ CHAMON JÚNIOR, Lúcio. *Teoria Geral do Direito Moderno: por uma reconstrução crítico - discursiva na Alta Modernidade*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 73.

¹¹⁵ HABERMAS, Jurgen apud GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e diferença: Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 181.

¹¹⁶ GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e diferença: Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 183.

¹¹⁷ HABERMAS, Jurgen apud GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e diferença: Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 184.

No momento em que são constituídos os valores como fundamentação para a conduta humana, revela-se uma racionalidade instrumental, que se baseia no que é “bom para uma determinada comunidade realizar seus próprios fins”¹¹⁸. Abre-se ao julgador a possibilidade de decisão segundo suas próprias convicções do que seria “justo e bom” para a sociedade, o que faria das alegações das partes envolvidas meras formalidades processuais. No entanto, quando a conduta humana passa a ser fundamentada deontologicamente (nas normas), buscase a realização igual de direitos fundamentais, tendo em vista a argumentação discursiva estabelecida nos autos e o ordenamento jurídico, em sua integralidade.

2.4.1.2 A proposta de Ronald Dworkin

Ronald Dworkin propõe uma compreensão do Direito enquanto sistemas de princípios que não possuem caráter estáveis nem estão desvinculados de uma situação concreta e que sejam capazes de oferecer a resposta correta a cada caso real. Para tanto, faz críticas implacáveis ao formalismo positivista (convencionalismo) e à filosofia jurídica utilitarista (pragmatismo).¹¹⁹

Dworkin chama atenção para o fato de que, nos processos judiciais, três tipos de questões, fatalmente, vêm à tona: questões de fato (o que ocorreu), questões de direito (qual a lei aplicável ao caso?) e questões ligadas à moralidade (qual o procedimento justo ou correto a ser tomado?).¹²⁰

Diante dessas questões, Dworkin defende que somente é possível saber qual o Direito que deve ser aplicado em um determinado caso, seja este fácil ou difícil, se for possível proceder à interpretação das decisões políticas tomadas no passado, bem como à interpretação

¹¹⁸ GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e diferença: Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 181.

¹¹⁹ “De maneira breve, o convencionalismo pode ser descrito como uma teoria que entende a prática jurídica como uma questão de respeitar e reiterar as convenções jurídicas e tratar os produtos destas como direito. O pragmatismo é uma concepção cética da prática jurídica. Esta se construiria em quaisquer decisões judiciais que os juizes produzem na tentativa de determinar o melhor para o futuro da comunidade, não se requerendo delas nenhuma consistência com o passado” (KOZICKI, Kátia. *Conflito e Estabilização: comprometendo radicalmente a aplicação do Direito com a democracia nas sociedades contemporâneas*. 2000. Tese (Doutorado) - Universidade Federal de Santa Catarina. p. 181).

¹²⁰ SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Direito de Morrer: eutanásia, suicídio assistido*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 124.

do próprio caso, uma vez que também devem ser considerados os fatos da questão. Será a integridade o elemento norteador dessa interpretação.

A integridade é o instrumento utilizado para se chegar à resposta correta para a situação real e se baseia em

primeiro lugar, [na] pressuposição de que a comunidade política está fundada no assentimento a princípios de convivência em comum e, em segundo lugar, que o Direito se faz a partir da reconstrução interpretativa das fontes normativas à luz de tal amálgama de princípios.¹²¹

Dworkin inicia seus estudos analisando as práticas sociais. Para tanto, exemplifica sua tese com casos reais do tribunal anglo-saxônico. As práticas sociais, na obra, são vistas sob dois pontos: os atos e pensamentos individuais e a prática em si (visão coletiva). O ser humano é vislumbrado como participante de uma comunidade personificada.

A referida comunidade compartilha interesses, propósitos e convicções de forma a ser suficientemente densa para possibilitar a verdadeira divergência, mas não tão densa que a divergência não possa manifestar-se, e de modo a engajar-se nos princípios de equidade, justiça e devido processo legal. Assim, a própria comunidade poderá optar por adotar ou não princípios próprios. Essa personificação da comunidade é dada pela integridade política, uma vez que será na Política que se terá o campo de debates acerca dos interesses em comum que essa sociedade adotará.

A integridade política, por sua vez, é sustentada por dois princípios: o da integridade legislativa e o da integridade inclusiva da prestação jurisdicional. O princípio da integridade legislativa exige que os legisladores tornem o conjunto de leis existentes moralmente coerentes. O princípio da integridade inclusiva na prestação jurisdicional, por sua vez, justifica-se por não poder ser a integridade imposta por si mesma; justamente por ser necessário o julgamento, isto é, a integridade deve possuir uma dimensão intersubjetiva que admita o exercício da coerção, no que tange à interpretação, na prestação jurisdicional.

O Direito como integridade é capaz de fornecer à prática do Direito uma resposta melhor do que as fornecidas pelo convencionalismo e pelo pragmatismo, pois permite que os juízes encarregados de dar soluções aos casos considerados difíceis realizem trabalhos interpretativos a respeito da prática social. Segundo o Direito como integridade, as “proposições jurídicas são verdadeiras se constam ou se derivam, dos princípios de justiça,

¹²¹ PEREIRA, Rodolfo Viana. *Hermenêutica Filosófica e Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 137.

equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade.”¹²²

No desenvolvimento de sua teoria, Dworkin diferencia regras, princípios e diretrizes políticas. Segundo o autor, essa seria uma distinção lógica e que serviria de orientação das normas aos casos concretos.

As regras são normas aplicáveis à maneira do ‘tudo ou nada’. Dados os fatos que uma regra estipula, será esta válida ou não. Outra característica das regras é que, pelo menos em tese, podem ser arroladas todas as exceções, o que faz com que o enunciado da regra seja o mais completo quanto mais exceções forem apontadas. “A decisão de saber qual delas será aplicada e qual delas será abandonada deve ser feita recorrendo-se às considerações que estão além das próprias regras”¹²³ como, por exemplo, utilizando o critério cronológico, critério hierárquico ou o da especialidade. Em caso de conflito de regras, esses “conflitos seriam situações de emergência que levariam a uma possível mudança considerável dos *standards* normativos, pois somente uma das normas envolvidas seria válida (...).”¹²⁴

Os princípios, por sua vez, são normas que não admitem exceções à sua aplicação, por não poderem ser elencados, de modo prévio, os casos em que é cabível sua aplicação. Os princípios não devem ser confundidos com valores, apesar de conter valores. Seu conteúdo, na realidade, somente é preenchido no caso concreto, apesar de conter, em si, segundo Dworkin, uma exigência de justiça, de equidade, de devido processo legal e de dimensões de moralidade – isto é “a moral que transcende as diversas morais individuais e, por isso, trata-se de moral objetiva”¹²⁵. Os princípios possuem força normativa por vincularem, justificadamente, os magistrados a seus provimentos. E, por meio da justificação, vem a noção de legitimidade do próprio Direito.

A integridade condena a incoerência de princípios entre os atos do Estado personificado e defende um estilo geral de argumentação que considera a própria comunidade como um agente moral. Assim, “a integridade é exigida tanto na legislação, uma vez que os legisladores devem legislar de forma a tornar o sistema jurídico o mais coerente possível,

¹²² DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 272.

¹²³ PEDRON, Flávio Quinaud. Sobre a semelhança entre interpretação jurídica e interpretação literária em Ronald Dworkin. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*. Belo Horizonte, v. 8, n. 15, p. 119-139, 1º sem. 2005.

¹²⁴ CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria Constitucional do Direito Penal: contribuições a uma reconstrução da dogmática penal 100 anos depois*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 49-50.

¹²⁵ SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Direito de Morrer: eutanásia, suicídio assistido*. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 126.

quanto no momento da aplicação.”¹²⁶, como no Direito para se alcançar a resposta correta ao caso concreto. Assim, a integridade é vista como “coerência principiológica do sistema de normas (...).”¹²⁷

A aplicação dos princípios se daria por balanceamentos, isto é,

os princípios seriam pesados e interfeririam entre si na tomada em consideração da aplicação do Direito sem expulsar qualquer norma da mesma espécie do âmbito do sistema jurídico. (...). Para um determinado caso, certo princípio poderia ter ‘maior peso’ que outro envolvido na solução de caso diverso.¹²⁸

Os conflitos entre princípios deveriam ser solucionados por meio do discurso e reflexão dos níveis mais profundos da moralidade política. Isso ocasionaria uma cessão¹²⁹ de um princípio diante do outro no caso concreto, por meio de exceções de aplicação, sem que houvesse revogação mútua.

Os críticos da teoria de Dworkin ponderam que, apesar de o doutrinador reconhecer que o conflito de princípios seria algo comum, o conflito de regras, na prática, reflete no campo da validade;

Dworkin não empreendeu uma leitura que estabelecesse uma distinção acerca da validade quando da aplicação: aliás, esta distinção entre regras e princípios vai perdendo força em suas obras posteriores por uma distinção que no contexto de seus escritos torna-se central, qual seja, a distinção entre princípios e políticas.¹³⁰

A diretriz política (*policy*), por fim, é meta a ser alcançada que, “geralmente, consiste na melhoria de algum aspecto econômico, político ou social da comunidade, buscando promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável.”¹³¹ Fundamenta-se em metas coletivas planejadas por quem, constitucionalmente, lhe fora atribuída competência para tal.

¹²⁶ LAGES, Cíntia Garabini. A proposta de Ronald Dworkin em O Império do Direito. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*. Belo Horizonte, v. 4, n. 7 e 8, p. 36-49, 1º e 2º sem. 2001.

¹²⁷ CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria Constitucional do Direito Penal: contribuições a uma reconstrução da dogmática penal 100 anos depois*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 52.

¹²⁸ CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria Constitucional do Direito Penal: contribuições a uma reconstrução da dogmática penal 100 anos depois*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p.49.

¹²⁹ GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e Diferença: Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 188.

¹³⁰ CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria Geral do Direito Moderno: por uma reconstrução crítico-discursiva na Alta Modernidade*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 56.

¹³¹ PEDRON, Flávio Quinaud. Sobre a semelhança entre interpretação jurídica e interpretação literária em Ronald Dworkin. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*. Belo Horizonte, v.8, n. 15, p. 119-139, 1º sem. 2005.

No entanto, como bem assevera Marcelo Gallupo¹³², na prática, a diferenciação de princípios e de diretrizes políticas é acentuada para demonstrar que, com base na integridade, somente os argumentos e princípios podem desempenhar a tarefa de resolver os casos difíceis sem comprometer a democracia, vez que são eles que estabelecem direitos individuais. Diante disso, conclui-se que os direitos individuais não podem ser desconsiderados diante de um interesse coletivo.

A interpretação consiste em um ponto fundamental na construção da tese dworkiana. A interpretação seria um relato de um propósito, como se esse relato fosse o produto de uma decisão de perseguir um conjunto de temas, visões ou objetivos, uma direção em vez de outra.

Na construção de sua teoria, propõe que a interpretação deva ser construtiva. Essa construção requer impor um propósito a um objeto ou a uma prática, a fim de torná-lo o melhor exemplo possível da forma ou do gênero aos quais se imagina que pertençam, sendo a história e/ou a forma da prática e/ou objeto limites ao exercício interpretativo.

Para a realização de uma atividade construtiva, são propostas as seguintes etapas: etapa pré-interpretativa, etapa interpretativa e etapa pós-interpretativa.¹³³

A etapa pré-interpretativa tem por finalidade identificar as regras e os padrões que se consideram fornecer o conteúdo experimental da prática. Nessa etapa, o intérprete necessita de hipóteses ou convicções sobre aquilo que é válido, enquanto parte da prática para determinar os dados da interpretação.

Na etapa interpretativa, o intérprete se concentra numa justificativa geral para os principais elementos da prática identificada na fase pré-interpretativa. “A justificativa não precisa ajustar-se a todos os aspectos ou características da prática estabelecida, mas deve ajustar-se o suficiente para que o intérprete possa se ver como alguém que interpreta essa prática, não como alguém que inventa uma nova prática.”¹³⁴ Necessitará o intérprete de convicções sobre até que ponto a justificativa proposta ajusta-se às características habituais da prática, para, no caso de uma interpretação da prática social, ter valor como uma interpretação dela e não como invenção de algo novo.

A etapa pós-interpretativa ou reformuladora, por fim, consiste no ajuste da idéia do intérprete àquilo que a prática realmente requer como justificativa que fora adotada na fase interpretativa.

¹³² GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e Diferença: Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 186.

¹³³ DWORKIN, Ronald. A conferência Mccorkle de 1984: as ambições do Direito para si próprio. Publicado pela primeira vez na *Virginia Law Review*, v. 71, n. 2, p. 173, mar. 1985.

¹³⁴ DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 81.

Dworkin traça um paralelo entre a atitude interpretativa do juiz que decide sobre o que é o direito em alguma questão judicial, e a atitude interpretativa do crítico literário, apresentando uma estrutura que denomina “romance em cadeia”¹³⁵. Segundo ele, esse paralelo representa como decidir um caso difícil pela integridade. Na realidade, a metáfora do “romance em cadeia” significa que o Direito é construído seguindo um procedimento contínuo de interpretação que se iniciou no passado e que se fará presente no futuro.

Somente [desta forma, pode-se] assumir o Direito como uma unidade, integrado, enfim, quando [compreende-se] como perpassado por princípios que, em cada momento, não que ser interpretados para dar uma continuidade coerente a esta *práxis*. (...) esta unidade coerente somente pode ser construída se [assumir-se] o Direito como fruto de um único autor, a comunidade jurídica, embora os juízes sempre são chamados a atualizar passagens desta obra. E esta atualização coerente somente pode ser alcançada na medida em que [se compreende] que na interpretação do Direito [deve-se] assumir uma intenção que vem a oferecer uma estrutura formal a qualquer conceito interpretativo: formal porque somente [interpreta-se] na medida em que [se] permite identificar o sentido desta própria *práxis*. (...) Significa interpretar não a intenção do legislador, ou do administrador, mas antes aquilo que o sentido da *práxis* requer.¹³⁶

Dworkin cria a figura de um juiz imaginário, de capacidade e paciência sobre-humanas, que aceita o Direito como integridade. A razão dessa aceitação é esse juiz estar convencido de que assim oferecerá uma melhor adequação e uma melhor justificação da prática jurídica como um todo. A esse juiz foi dado o nome de Hércules.

Hércules assume o caso concreto como se único fosse. Reconstrói o caso em análise para, a partir daí, buscar compreender o passado, isto é, como foram feitas interpretações anteriores, em qual contexto histórico, quais os fatos influenciadores para essas decisões. Diante dos dados, Hércules apresenta sua interpretação em conformidade com o contexto atual, com os princípios de moralidade política que justificam a própria prática. Hércules não seria “um impostor, sobretudo, quando se pode perceber que a melhor decisão não há que ser

¹³⁵ Em tal projeto, um grupo de romancistas escreve um romance em série. Cada romancista da cadeia interpreta um capítulo, acrescentando ao que recebeu um novo capítulo que é acrescentado ao que irá receber o romancista seguinte e assim por diante. Cada um deve escolher seu capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração, e a complexidade dessa tarefa reproduz a complexidade de decidir um caso difícil de Direito como integridade. Contudo, espera-se que os romancistas levem mais a sério suas responsabilidades de continuidade, devem criar em conjunto, até onde for possível, um só romance unificado que seja da melhor qualidade possível (DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 276).

¹³⁶ CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria Geral do Direito Moderno: por uma reconstrução crítico-discursiva na Alta Modernidade*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 57-58.

tomada, nem justificada, naquilo que particularmente entende como Direito, mas a partir daquilo que o próprio Direito e sua prática apontam.”¹³⁷

A tese do Direito como Integridade abrange a dimensão de adequação e a idéia de justificação. A adequação faz sentido por não terem os princípios, perante um caso concreto, aplicação absoluta e nem poderem ser hierarquizados. Assim, em um caso de conflito de princípios,

o juiz, quando excepciona concretamente a aplicação de princípios concorrentes em determinado caso, apenas reconhece que estes são ou não adequados para realizar a exigência de Integralidade e de justiça naquela situação. Isso leva à conclusão de que os princípios se diferenciam das regras pela indeterminação (...), indeterminação ligada ao fato de não se poder estabelecer um escalonamento entre os mesmos e deles não preestabelecerem de forma definitiva as condições de sua aplicação. (...) Os princípios jurídicos devem ser aplicados nos limites e nos contornos das circunstâncias fáticas (adequabilidade), o que não quer dizer que eles sejam propriamente determinados por tais circunstâncias.¹³⁸

Para obter a adequação lógica da argumentação são necessários os elementos:

a) completa descrição da situação: (...), significa uma atenção redobrada na composição dos elementos fáticos e jurídicos que compõem o caso concreto (...);
 b) coerência normativa: o conflito de normas para regenciar o caso resolve-se não pela predeterminação de um conteúdo material que seja hierarquicamente superior (otimizado) e por isso, dotado de uma preferência para aplicabilidade, mas em virtude de sua adequabilidade ao caso. O postulado é, novamente, ausência de contradição entre as normas, mas plena concordância para saber-se qual (is) é/são a(s) mais adequada (s) à regência.(...)¹³⁹.

A justificação, a seu turno, refere-se ao momento de elaboração da norma, ao respeito pelo procedimento estabelecido constitucionalmente para que uma norma seja construída, com abertura de possibilidade de participação política, a todos da sociedade, na elaboração dessa norma. É por meio da justificação que se afasta a discricionariedade e o decisionismo.

Dessa forma, ao julgar, o juiz Hércules realiza uma interpretação construtiva, seguindo as etapas apresentadas, de forma a construir e reconstruir o caso real, afastando do julgamento seus próprios valores, e analisando os valores e interesses dos destinatários, segundo os princípios apresentados por estes (princípios estes conflitantes), bem como procede à análise

¹³⁷ CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria Geral do Direito Moderno: por uma reconstrução crítico-discursiva na Alta Modernidade*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 61.

¹³⁸ GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e diferença: Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 195-196.

¹³⁹ PEREIRA, Rodolfo Viana. *Hermenêutica Filosófica e Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 162-163.

histórica das decisões passadas na verificação de seu contexto e constatação de alteração (ou não) desse contexto.

As propostas de Dworkin visam afastar a discricionariedade e o livre arbítrio dos magistrados ao decidirem, pois, por meio da integridade política (legislativa e na prestação jurisdicional), seria possível ter e manter uma ordem coerente de princípios. Tal situação faz com que, diante de um caso difícil (*hard case*), não estaria o juiz autorizado a criar uma norma, mas, sim, a desvelar (des-cobrir) o Direito. Isto é, dentro do ordenamento jurídico, dentro do próprio Direito e tendo em vista as decisões passadas, caberá ao juiz realizar as etapas de interpretação e análise do caso real para desvelar o Direito a ser aplicado no caso em questão. Reconstroí-se o Direito e não se cria um Direito para cada caso.

Dworkin conclui defendendo que o Direito é um fenômeno social, portanto, conceito interpretativo e auto-reflexivo cuja prática é argumentativa. O Direito é uma atitude interpretativa e auto-reflexiva enquanto dirigida à política no sentido mais amplo e enquanto haja uma comunidade unida em torno de interesses próprios.

Poucas não são as críticas elaboradas à tese dworkiana. A mais conhecida de todas as críticas a respeito da teoria de Dworkin é a rotulação do autor como jusnaturalista. Mas seus seguidores rebatem-na, expressando que

não se pode pensar a doutrina do pensador como filiada a uma corrente que propõe um direito ‘supra Direito’ universal e imutável, baseado em uma ‘Moral objetiva’. Na verdade, Dworkin parte de uma concepção de integridade que envolve obrigações e direitos recíprocos fundados em um sistema de princípios historicamente formado e assumido. É nesse sistema que se encontram já definidas as recíprocas obrigações: não se fundamenta em uma noção a priori, mas sim socialmente construída.¹⁴⁰

Talvez, a maior crítica que se possa fazer à teoria dworkiana, não seja à teoria em si, mas à insistência de alguns juristas na aplicabilidade desta, em sua totalidade, em outra realidade que não seja a norte-americana. Nos Estados Unidos, a Constituição hoje vigente é praticamente a mesma de 1787. No entanto, a atualização constitucional é realizada pelas “suas mutações interpretativas, decorrentes da evolução de valores de uma sociedade em permanente conflito.”¹⁴¹ Além dessa exigência interpretativa constante, a nomeação do juízes

¹⁴⁰ CALSAMIGLIA, A. apud CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria Constitucional do Direito Penal: contribuições a uma reconstrução da dogmática penal 100 anos depois*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 53.

¹⁴¹ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *O constitucionalismo norte-americano e sua contribuição para a compreensão contemporânea da Constituição*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5769>>. Acesso em: 5 fev. 2007.

também é feita de modo diferente, por exemplo, do Brasil, o que dificulta a aplicação, sem restrições, da teoria dworkiana frente à realidade brasileira.

2.4.1.3. Premissas para a elaboração de uma teoria da argumentação frente à realidade brasileira atual

Várias teorias da argumentação foram elaboradas após as teorias aqui apresentadas. Dentre essas teorias tem-se a de Klaus Günther e a de Habermas. Para uma tentativa de elaboração de uma teoria que atenda à realidade brasileira é necessário o estudo desses doutrinadores.

Klaus Günther distingue dois momentos da norma: o discurso de fundamentação (moralidade) e o discurso de aplicação (juridicidade).

No discurso de justificação têm-se duas atividades diferentes: mostrar que há razões, sejam quais forem, para aceitar a norma ou relacioná-la a uma situação e questionar se e como a norma é adequada à situação, se não há outras normas que seriam preferíveis, ou se a norma sugerida deveria, diante dessa situação, ser modificada. Dessa forma, qualquer norma moral se caracteriza pela sua dependência da situação fática. É no discurso de justificação que é analisada qualquer situação individual (moral, ética, paradigmática), na tentativa de elaboração de uma hipótese ideal de norma, com o respeito ao devido processo legislativo estruturado constitucionalmente sob o princípio democrático. No entanto, possíveis circunstâncias variáveis não podem ser pré estabelecidas e determinadas nesse discurso, pois somente a situação particular (as especificidades do caso real) é capaz de abranger as circunstâncias variáveis.

Para tanto, verifica-se a necessidade do discurso da aplicação. Por esse discurso é que se poderá ter a validade da norma frente a caso real, tendo em vista o princípio da adequabilidade e a pressuposição de visões paradigmáticas.

A adequabilidade tem como critério formal a coerência da norma. O paradigma (esquema), por sua vez, permite a interpretação das normas como “referidas a uma certa ordem transitiva, porque fundamentada em certas pré-compreensões e considerações que

aliviam os participantes, em razão do tempo escasso e saber incompleto, de buscar, sempre e em todo caso concreto,”¹⁴² a organização de um ‘conjunto desordenado de princípio’.

Para Günther, a argumentação jurídica é um caso especial de discurso moral de aplicação e não de fundamentação, na medida em que possui uma dimensão institucional “que surge como reflexo de uma escassez de tempo, sapiência incompleta e de uma dupla contigência entre os participantes e a comunidade jurídica.”¹⁴³ Essas considerações implicam que a argumentação jurídica funcione tendo em vista um conjunto de normas válidas, cuja correção pertence ao discurso de fundamentação.

A validade da norma é fundamentada no princípio da universalização e não implica sua imediata adequação. Na realidade, a validade de uma norma dependerá de quais conseqüências e de que quais efeitos colaterais sua observância terá, sob circunstâncias inalteradas para os interesses de cada um individualmente, e se essas conseqüências e esses efeitos serão aceitos por todos os implicados conjuntamente. Deve-se ter em mente que a validade e a adequação se separam no nível pós-convencional.

Perante o princípio da universalização é possível apontar colisões entre normas válidas, de forma interna e externa. A primeira situação

pode acontecer que uma das normas não seja generalizável, porque se pode antecipar que entrará em conflito com os interesses de certos indivíduos – por exemplo, a norma que previsse ‘posso quebrar uma promessa toda vez que isso me trazer uma vantagem’ – aqui já se poderia antecipar que o seguimento generalizado dessa norma não respeitaria os interesses daqueles que confiaram na promessa feita e esperavam por seu cumprimento. Nesse caso, estaria prejudicada a própria validade da norma.¹⁴⁴

No segundo caso, a colisão poderia advir da impossibilidade, diante de algumas situações, de cumprimento de duas normas válidas (e generalizáveis) ao mesmo tempo.

Nesse caso, resolver qual das normas é aplicável ao caso concreto, haja vista que ambas são aplicáveis *prima facie*, depende da consideração de todas as circunstâncias da situação de aplicação. São ambas normas válidas, mas somente

¹⁴² CHAMON JÚNIOR, Lúcio. *Teoria Geral do Direito Moderno: por uma reconstrução crítico - discursiva na Alta Modernidade*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 66.

¹⁴³ CHAMON JÚNIOR, Lúcio. *Teoria Geral do Direito Moderno: por uma reconstrução crítico - discursiva na Alta Modernidade*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 66.

¹⁴⁴ MACIEL, Gabriel de Deus. Um conceito de coerência para uma Teoria da Argumentação Jurídica – a proposta de Klaus Günther. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*. Belo Horizonte, v. 8, n. 15, p. 140-148, 1º sem. 2005.

uma delas será adequada ao caso concreto, diante da situação concreta de aplicação.¹⁴⁵

Nos dizeres de Lúcio Chamon Júnior,

são colisões internas à própria justificação da validade, diferentemente das colisões externas entre normas válidas que, uma vez aplicada a adequação, não deixam as demais de ser válidas, nem isto é capaz de ser assumido como uma exceção aos 'casos padrão' particularmente que se fazem concretos.¹⁴⁶

Para solucionar o problema da colisão de normas válidas, segundo Günther, deve-se usar um juízo de adequabilidade na aplicação de princípio, diante de um caso concreto, por não ser esse de aplicação absoluta e por não poder sofrer processo de hierarquização.

Fundamental para que isso ocorra é o elemento da coerência. Por ele, todas as pessoas de uma comunidade política devem ser tratadas como portadoras de direitos iguais, com igual consideração e respeito. A legislação que cria e que recria “determinado direito sem examinar a sua coerência com outros direitos, ou que persegue determinados objetivos políticos de modo a fazer acordos arbitrários que conduzem ao privilégio de uma posição jurídica, não trata todos com igual consideração e respeito.”¹⁴⁷ Dessa forma, “o princípio da coerência se reconstrói como uma regra da agumentação nos discursos de aplicação.”¹⁴⁸

Nesse ponto, observa-se que a teoria de Günther muito se aproxima da teoria dworkiana. Contudo, conforme o próprio Günther¹⁴⁹ expõe, a proposta de Dworkin é desvantajosa por restringir os princípios a serem considerados no contexto de uma comunidade política. O princípio da integridade, na visão de Günther, não está preso à moral política, na realidade, ele ostenta um conteúdo universalista, pelo qual é possível distinguir três diferentes significados:

a) “a medida que o ideal da *integrity* visa tratar cada indivíduo como portador de direitos iguais, será possível explicá-lo com maior precisão em uma teoria procedimental”¹⁵⁰;

¹⁴⁵ MACIEL, Gabriel de Deus. Um conceito de coerência para uma Teoria da Argumentação Jurídica – a proposta de Klaus Günther. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*. Belo Horizonte, v. 8, n. 15, p. 140-148, 1º sem. 2005.

¹⁴⁶ CHAMON JÚNIOR, Lúcio. *Teoria Geral do Direito Moderno: por uma reconstrução crítico - discursiva na Alta Modernidade*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 64.

¹⁴⁷ GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: justificação e aplicação*. Trad. Cláudio Molz. Int. Luiz Moreira. São Paulo: Landy, 2004. p. 408.

¹⁴⁸ CHAMON JÚNIOR, Lúcio. *Teoria Geral do Direito Moderno: por uma reconstrução crítico - discursiva na Alta Modernidade*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 66.

¹⁴⁹ GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: justificação e aplicação*. Trad. Cláudio Molz. Int. Luiz Moreira. São Paulo: Landy, 2004. p. 412.

¹⁵⁰ GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: justificação e aplicação*. Trad. Cláudio Molz. Int. Luiz Moreira. São Paulo: Landy, 2004. p. 412.

- b) a legislação deve expressar a igualdade mútua dos membros da comunidade, daí decorrem os princípios da solidariedade social e o conceito intersubjetivo do Direito;
- c) “direitos em colisão somente poderão ser harmonizados preservando-se a coerência, isto é, ponderando-se os princípios que os representam. O princípio da *integrity* poderá, conseqüentemente, ser compreendido como um princípio para a argumentação de adequação”¹⁵¹.

Outro ponto diferenciador entre a teoria de Günther e a teoria de Dworkin é que aquele não adota a concepção do juiz Hércules, criado por este. A norma adequada que deve ser aplicada frente a um caso concreto é dada pela sensibilidade do julgador na observância dos discursos de justificação (normas universais e abstratas) e do discurso de aplicação (especificidades da situação verídica). A norma geral e abstrata se reduz a normas individuais e concretas pela aplicação do senso de adequabilidade, que deve ser devidamente motivado e fundamentado.

Apesar do brilhantismo dessa tese, a argumentação jurídica não pode ser tratada como um caso especial de argumentação deontológica. Conforme ensina Marcelo Cattoni,

se, a princípio, a tese do caso especial, num sentido ou no outro, pudesse parecer plausível de um ponto de vista heurístico, a questão é que ela surgere uma subordinação do Direito à Moralidade, que, para uma perspectiva pós-metafísica é ‘desencaminhante’, para usar as palavras de Habermas, ‘porque ela está ainda carregada de conotações de Direito Natural’. A tese do caso especial deve ser descartada tão logo se pense na distinção entre Direito e Moralidade que ocorre num nível pós-convencional de justificação.¹⁵²

Na tentativa de superar essa questão e buscando a construção de uma teoria própria, Jürgen Habermas¹⁵³ apresentou sua teoria. Esse autor tentou diferenciar a Moral e o Direito; para tanto, inicia sua tese propondo trabalhar a tensão interna entre facticidade e validade, por meio de uma reconstrução da autocompreensão das ordens jurídicas modernas.

Habermas usa como ponto de partida a consideração de que os direitos humanos são direitos subjetivos, os quais garantem a liberdade subjetiva de ação de cada um. Isto é, os direitos humanos devem ser tomados a partir de um reconhecimento intersubjetivo.

Em razão dessa subjetividade, na interpretação da norma, em um caso real, concorrem pontos de vistas morais, éticos e pragmáticos. Para o autor, no entanto, Moral e Direito são

¹⁵¹ GÜNTHER, Klaus. *Teoria da Argumentação no Direito e na Moral: justificação e aplicação*. Trad. Cláudio Molz. Int. Luiz Moreira. São Paulo: Landy, 2004. p. 414.

¹⁵² OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 94.

¹⁵³ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre a facticidade e validade*. V. I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

sistemas diferentes, em que não se pode haver subordinação entre ‘princípio moral’ e ‘princípio democrático’. Nesse sentido, se Direito e Moral são esferas normativas distintas, então os direitos humanos, apesar de possuírem conteúdo moral, somente podem ser entendidos como normas jurídicas. Isso porque a

moral é somente um sistema cultural, ao passo que o direito, apesar de também ser um sistema de saber, é ainda um sistema de ação, pois passa pelo processo de institucionalização. Isso significa dizer que as normas morais só podem obrigar através de um convencimento por argumentos, ao passo que o direito pode impor coativamente suas decisões. (...) Na verdade, o que Habermas realiza é uma leitura das normas jurídicas e morais através do ‘princípio do discurso’, conferindo uma fundamentação pós-convencional tanto para a moral quanto para o direito.¹⁵⁴

Pelo ‘princípio do discurso’, a norma válida é aquela

cujos afetados possam dar seu assentimento como participantes de discursos racionais, ou seja, a validade das normas que regulam as ações dos indivíduos advém de um acordo através da problematização das pretensões de validade que são levantadas pelos participantes do processo argumentativo. A validade está remetida à possibilidade de satisfação discursiva das pretensões de validade (...). Ou seja, ela está remetida à razão comunicativa (...). O ‘princípio do discurso’ é, então, *a priori*, neutro com relação à moral e ao direito, por se referir a normas de ação em geral, além de apresentar um conteúdo normativo, já que expressa o sentido de imparcialidade dos juízos práticos. Cabe dizer que o conceito de ‘normas de ação’ utilizado por Habermas (...) [é o de] uma estabilização de expectativas de comportamentos generalizadas nas dimensões temporal, social e material.¹⁵⁵

Os princípios da moral e democráticos são, na verdade, uma especialização do ‘princípio do discurso’. O princípio da moral determina a validade das normas de ação que consideram, de forma igual, o interesse de todos. Os argumentos importantes no discurso moral são aqueles passíveis de universalização – passíveis de serem aceitos racionalmente por todos. No princípio democrático não existem restrições a razões universalizáveis, pois, além de argumentos morais, podem surgir no discurso razões éticas ou pragmáticas. O princípio democrático institucionaliza os mecanismos de participação simétrica de todos nos processos de formação da vontade política. Nesse sentido, uma norma jurídica pode ser o resultado de negociações de interesses divergentes, devendo ser aceita por todos os participantes da

¹⁵⁴ TORRES, Ana Paula Repolês. Sobre a construção intersubjetiva dos direitos positivos: a tensão interna entre facticidade e validade na teoria discursiva do Direito, de Jürgen Habermas. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*. Belo Horizonte, v. 8, n. 16, p. 9-32, 2º sem. 2005.

¹⁵⁵ TORRES, Ana Paula Repolês. Sobre a construção intersubjetiva dos direitos positivos: a tensão interna entre facticidade e validade na teoria discursiva do Direito, de Jürgen Habermas. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*. Belo Horizonte, v. 8, n. 16, p. 9-32, 2º sem. 2005.

sociedade, independente dos motivos específicos de aceitação de cada um, por ter sido aberta igual possibilidade de participação no processo legislativo.¹⁵⁶

A aplicação da norma válida em um caso concreto dependerá de um procedimento interpretativo, no qual há que se ter a postura da imparcialidade por parte do aplicador da norma. O problema da interpretação jurídica, para Habermas, é, na realidade, uma questão acerca de concorrência entre paradigmas de Direito, isto é, de pré-compreensões de como se deve interpretar e aplicar o Direito. O uso da idéia de paradigmas tem a intenção de estabilizar a tensão entre realidade e idealidade - de percepção do contexto social do Direito na prática jurídica concreta.

Segundo o doutrinador, a interpretação coerente de um caso, no marco de um paradigma jurídico fixo, “permanece essencialmente infradeterminada; tal interpretação terá de competir com outras interpretações também coerentes do caso em paradigmas jurídicos alternativos.”¹⁵⁷ Frente ao paradigma de Estado Democrático de Direito, os paradigmas liberal e social devem ser considerados de modo a estabelecer conexões entre todos esses paradigmas, analisando-as criticamente como estratégicas para a solução do caso concreto.

Ressalta-se que Habermas entende serem paradigmas de direito “visões exemplares de uma comunidade jurídica acerca de como o mesmo sistema de direitos e princípios constitucionais podem ser considerados no contexto percebido de uma dada sociedade.”¹⁵⁸

Nos casos difíceis, a interpretação das normas deve se dar

à luz da melhor compreensão acerca do Direito e da Política na Modernidade, (...) de maneira a evitar que a interpretação do Direito seja corrompida por argumentos morais, econômicos, políticos, enfim, pragmatista-éticos que, de vez, romperiam com a imparcialidade pois estar-se-ia assumindo uma postura determinada sempre parcial e não respeitadora do caráter institucional do próprio Direito. Afinal, pois, a determinação na interpretação das normas jurídicas por questões éticas, sempre particulares, ou pragmatistas, geradora de uma relação instrumental de meios a fins, carece de legitimidade pelo fato de submeter outros a valores parciais ou a um uso instrumental que, por si, romperia com a igualdade. Por outro lado, a interpretação moral na aplicação do Direito criaria um problema de funcionalidade, pois o Direito não depende de qualquer motivação para ser aplicado, muito menos se justifica fora de uma esfera institucional; o princípio da universalização não é norma argumentativa na aplicação do direito – é, também, pois, uma questão da

¹⁵⁶ TORRES, Ana Paula Repolês. Sobre a construção intersubjetiva dos direitos positivos: a tensão interna entre facticidade e validade na teoria discursiva do Direito, de Jürgen Habermas. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*. Belo Horizonte, v. 8, n. 16, p. 9-32, 2º sem. 2005.

¹⁵⁷ HABERMAS apud OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 83.

¹⁵⁸ HABERMAS apud OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 82.

legitimidade do sistema normativo que é o Direito em face do sistema normativo que é a Moral.¹⁵⁹

Habermas, contudo, não percebe que os Direitos Humanos não podem ser vistos unicamente sob o enfoque de direitos subjetivos, pois, como será demonstrado adiante, para uma real e efetiva tutela da pessoa humana, há que se considerar também outros institutos jurídicos, como o direito potestativo, o ônus, o dever jurídico, a faculdade jurídica, o poder jurídico, o interesse legítimo e o ato ilícito.

No Brasil, pode-se apontar, como início de estudos para uma teoria da argumentação própria, a questão da necessidade de integração do Direito e a sempre renovação do mesmo, nos termos do ‘romance em cadeia’ elaborado por Dworkin. No entanto, não se pode adotar a tese do juiz Hércules, porque os julgadores não são ‘dotados de poderes’ praticamente sobrenaturais na vida real.

Os julgadores são homens comuns, dotados de conhecimentos limitados pela razão humana. Além disso, eles não estão sozinhos no exercício das suas atribuições, vez que, como já dito, no Estado Democrático de Direito, a decisão jurisdicional deve ser o resultado da discursividade das partes, nos autos, e em observância do devido processo legal, mesmo na decisão de casos difíceis. Dessa forma, a atuação do juiz deve ser a mais imparcial e menos discricionária possíveis, oportunizando sempre a manifestação das partes, nos termos legais, e se restringindo ao que foi pedido e requerido pelas mesmas.

Um possível conflito entre os princípios poderá ser resolvido por meio da argumentação entre as partes, sendo a melhor decisão aquela que, justificadamente, realiza igualmente direitos fundamentais. Aliás, a preocupação com a efetivação de direitos fundamentais deve ser constante, pois a proteção ao ente humano consiste em fundamento do próprio modelo de estado vivenciado.

Será na argumentação que se estabelecerá as esferas de liberdades, de proibições e permissões, de cada um diante daquela situação fática. E, conseqüentemente, a promoção do ente humano é feita pela norma legítima e válida.

As normas a serem aplicadas poderão ser consideradas legítimas se forem resultado da aplicação do devido processo legislativo e do devido processo constitucional, com a possibilidade de participação de todos da sociedade, seja por meio de seus representantes legalmente eleitos, seja por participação própria, como o envio de projeto de lei à Câmara dos

¹⁵⁹ CHAMON JÚNIOR, Lúcio. *Teoria Geral do Direito Moderno: por uma reconstrução crítico - discursiva na Alta Modernidade*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 70.

Deputados. A validade dessas normas está condicionada à aceitação da maioria e à possibilidade de serem adequadamente considerada aplicáveis em uma situação real.

A formação do ordenamento jurídico, nesses termos, deverá necessariamente, passar pelos devidos processos, vez que a busca de iguais liberdades, a princípio, realiza-se por meio endoprocessual por ser construída no caso concreto. Nos dizeres de Aroldo Plínio, o “ordenamento jurídico é o complexo de normas, de faculdades, de poderes, de deveres, o complexo de licitudes. O ilícito nele comparece, mas como a conduta que consiste na inobservância do dever”¹⁶⁰.

A aplicação de uma norma ou de qualquer instituto jurídico na salvaguarda ou na verificação de situação subjetiva é feita no iter processual, pois é nele que se discute argumentativamente questões ligadas ao direito material, não essencialmente vinculado a um direito subjetivo. Assim, observa-se que

a concepção do processo como procedimento realizado em contraditório não comporta fins extrajurídicos, porque a preparação participada do provimento válido é juridicamente disciplinada. O provimento se forma sob a regulamentação de toda uma estrutura normativa que limita a manifestação da jurisdição e assegura às partes o direito de participação igual, simétrica e paritária, na fase que prepara o ato final.¹⁶¹

A argumentação das partes se mostra imprescindível na determinação de qual princípio será aplicado no caso concreto. Ainda mais diante da constatação de que o princípio aplicado se torna a regra da situação fática em que se deu sua aplicação, superando, portanto, a distinção entre princípios e regras tão discutida doutrinariamente.

Apesar de essas teses estarem em elaboração em razão da ainda construção do modelo democrático de direito, não deve o poder jurisdicional deixar de observá-las, porque sua relutância em fazê-lo se identifica com a gênese da injustiça – isto é, a não efetivação de direitos.

¹⁶⁰ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992. p. 155.

¹⁶¹ GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992. p. 196.

3 DIGNIDADE, PERSONALIDADE E DIREITOS DA PERSONALIDADE

3.1 Pessoa e Dignidade

Conceituar e delimitar o que é pessoa não é tarefa simples. Diversas áreas do saber, dentre elas, a Filosofia, a Psicologia, a Biologia e o Direito, além das construções religiosas, já tentaram oferecer noções do que seria o ser humano, e qual seria sua vinculação com o termo pessoa. Apesar da excelência das demais áreas do conhecimento que estudaram, e estudam, o tema, o presente estudo dará enfoque aos trabalhos jurídicos, sem, contudo, pretender uma noção ‘pura’ de pessoa; uma vez que, para ser assim considerada, há necessidade do suporte em um ente humano, o que faz com que se considere a completude na própria existência humana.

O vocábulo pessoa vem de *persona*, que, na Antiguidade Clássica, era a máscara usada pelos atores que participavam dos espetáculos teatrais e religiosos, com a finalidade de amplificar a voz. No decorrer dos anos,

a palavra passou a ser usada como sinônimo de personagem. E como na vida real os indivíduos desempenham papéis, à semelhança dos atores no palco, o termo passou a significar o ser humano nas suas relações sociais e jurídicas. Desse modo, toda pessoa seria jurídica, no sentido de que tal qualificação, como centro de direitos e deveres, é reconhecida pelo direito, compreendendo-se assim que na história se encontrem indivíduos que não eram considerados pessoas como os escravos e os mortos civis (os condenados), enquanto que no direito moderno há pessoas que não são seres humanos, como as associações, as sociedades, as fundações.¹⁶²

A nomenclatura de pessoa para o Direito, conforme expôs Rubens Limongi França¹⁶³, advém de um expediente do Direito Positivo, que encontra raízes seguras no Direito Natural. Segundo o critério da nomenclatura, as pessoas podem ser classificadas em duas espécies: 1) pessoas propriamente ditas, físicas, individuais ou naturais; e 2) pessoas jurídicas, morais ou coletivas. As primeiras são os homens, individualmente considerados; as outras, os corpos

¹⁶² AMARAL, Francisco. *Direito Civil*: introdução. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 219.

¹⁶³ FRANÇA, Rubens Limongi. Fim da Personalidade natural. Comoriência e Vocação Hereditária. *Revista Brasileira de Direito Comparado*. Rio de Janeiro, ano VII, n. 13, p. 96-132, 2º sem. 1992.

sociais, as entidades de existência moral, que resultam da aglutinação orgânica de homens, ordenada a um certo fim. No presente estudo, limita-se a análise das pessoas propriamente ditas.

A visão jurídica sobre a pessoa é marcada por cada momento histórico, social, político e econômico vivenciado pelo ser humano, e aqui representado pelos modelos estatais apresentados no capítulo anterior. Igualmente marcadas por momentos históricos estão as análises sobre o ser humano e sobre o ente humano. O ser humano é uma construção complexa que vislumbra o homem, em essência, como ser vivo da espécie humana. A evolução histórica e científica da espécie humana levou à construção de uma nova terminologia: entes humanos, mais abrangentes que ‘ser humano’, que se refere não apenas ao ser vivo, já nascido, mas também às entidades que por enquanto não nasceram, como é o caso do embrião criopreservado e dos nascituros. As reflexões a respeito do ser humano e do ente humano, a princípio, são mais abrangentes que a construção de pessoa, porque enquanto as primeiras têm um caráter universalista de noção do gênero humano, a segunda possui construções setoriais nas diversas áreas do saber.

No Direito, por exemplo, a noção de pessoa foi, inicialmente, marcada por uma construção axiológica e ontológica, pois o homem era naturalmente pessoa. Esse posicionamento era o adotado pelo Direito Natural e serviu de fundamento primário para a doutrina positivista, que, mais tarde, refutou o jusnaturalismo e desenvolveu o movimento de codificação, no qual se acreditava que a ‘segurança jurídica’ era garantida pela letra da lei.

O positivismo não conseguiu romper com a construção axiológica e ontológica que envolvia o conceito de pessoa, pois a própria norma determinava, de forma pré-taxativa, quem era considerado pessoa. Os escravos, durante muito tempo, eram considerados coisas, não pessoas. Na verdade, essa situação somente foi alterada quando a burguesia, uma dos patrocinadores do positivismo, vislumbrou a possibilidade de serem os escravos consumidores em potencial. A partir desse momento, a burguesia passou a exigir a libertação dos escravos.

As construções conceituais clássicas, em especial a Escola de Jurisprudência dos Conceitos, séc. XVII, definiram pessoa como o sujeito de direito e deveres nas relações jurídicas. Segundo essa doutrina, pessoa é o ser humano enquanto sujeito de direitos e deveres; sujeito do ‘ter’, devido à grande preocupação com o patrimônio, na época. O conceito de pessoa apresentado vislumbra um sujeito abstrato, detentor (‘ter’/ ‘possuidor’) de direitos e deveres. Ser pessoa seria ‘ter’ direitos subjetivos, meramente formais.

Várias são as teses que analisam esse conceito, dentre elas, tem-se a tese desenvolvida por Pontes de Miranda que defendia ser o conceito de sujeito de direito precedente ao de pessoa¹⁶⁴, porque ser pessoa é ter a possibilidade de ser sujeito de direito; enquanto sujeito de direito é

todo ente, seja grupo de pessoas, seja universalidades patrimoniais, a que o ordenamento jurídico atribui capacidade jurídica e, por isso, detém titularidade de posição como termo (ativo ou passivo), em relação jurídica de direito material ou de direito formal, ou, mais amplamente, de uma situação jurídica.¹⁶⁵

Em que pese à especialidade de cada teoria sobre o tema, de modo majoritário elas ligam a idéia de pessoa à de Direito Subjetivo. O Direito Subjetivo, no direito clássico, é o de *facultas agentis*, isto é, é um “poder da vontade para satisfação dos interesses humanos, em conformidade com a norma jurídica”.¹⁶⁶ Em análise a essa definição, pode-se perceber que o posicionamento clássico faz uma oposição entre o sujeito (‘possuidor’) e o objeto que serão alvo da apropriação; em outras palavras, os direitos subjetivos se traduzem no ‘poder da vontade’ conferido a alguém, poder esse determinante do que se pode exigir ou pretender de outro alguém, bem como dos efeitos dessa exigência ou dessa pretensão na esfera deste. Observa-se que toda essa elaboração tem como pano de fundo o liberalismo, em que a autonomia da vontade e a propriedade consistiam em princípios máximos.

Essa visão não pode mais prosperar diante da nova realidade histórica. É necessário que haja uma reavaliação de toda a estrutura dogmática que envolve a pessoa para que, de fato, se efetive direitos, conforme estabelecidos pela nova ordem paradigmática nacional e por organismos internacionais.

Em uma reconstrução de ‘pessoa’, essa se deve vincular a concepção ao ‘ser’, em uma perspectiva civil-constitucional. Nesse diapasão, pessoa é centro de imputação de normas elaboradas, conforme a historicidade da sociedade e na defesa real da espécie humana, enquanto indivíduo (saber de sua consciência por si próprio) e enquanto membro de uma coletividade (saber de sua consciência para com o mundo). Mesmo considerando que a

¹⁶⁴ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de Direito Privado*. Tomo I. 3 ed. Rio de Janeiro: Bosch, 1972. p. 153. Em oposição à teoria de Pontes de Miranda, tem-se o posicionamento de Walter Moraes, para o qual sujeito de direito é ser pessoa; pessoa e sujeito, no plano jurídico, são conceitos equivalentes (MORAES, Walter. *Concepção Tomista de Pessoa: um contributo para a teoria do direito da personalidade. Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 590, p. 14- 24, dez. 1984).

¹⁶⁵ MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: plano da eficácia*. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 125.

¹⁶⁶ RUGGIERO E MAROI apud PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições do Direito Civil*. V. I. Atual. Maria Celina Bodin de Moraes. 20 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 36.

noção de pessoa (no sentido psicológico, biológico e filosófico) é preexistente ao Direito, esse deve ser pautado por parâmetros e, então, por uma construção própria do sentido de pessoa.

Nesse contexto, pessoa e dignidade são conceitos correlacionados. O termo dignidade possuía um enfoque apenas constitucional, enquanto pessoa, infraconstitucional, até aproximadamente meados do séc. XX. No entanto, no novo contexto, ‘pessoa’, em sentido jurídico, passa a ter enfoque constitucional, no que tange à qualificação e ao desenvolvimento do ente humano. A passagem constitucional consagrou a expressão ‘dignidade da pessoa humana’, no entanto, conforme bem aponta Giselda Hironaka, existe um problema terminológico que não pode escapar de comentário:

A expressão se constitui, na verdade, de uma redundância que pode soar estranha ao leitor atento. Por que não se preferiu, na formulação do conteúdo filosófico precedido, a utilização de expressão mais restritiva como dignidade da pessoa ou, simplesmente, dignidade humana? Por que, em outras palavras, se adotou o uso da expressão aparentemente redundante pessoa humana? Mas foi assim que preferiu o legislador constituinte.¹⁶⁷

Talvez o pleonasma cometido pelo legislador tenha o intuito de reforçar o ser humano, na condição de pessoa para o Direito, como titular de direitos e deveres não apenas no campo patrimonial, mas também no campo existencial, no âmbito constitucional e infraconstitucional.

O reconhecimento de um ente humano como pessoa constitucional reflete, necessariamente, o respeito de não ser prejudicado no seu desenvolvimento existencial. Ou seja, refere-se à intangibilidade da vida humana, que é uma das premissas a serem utilizadas na construção do conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana, frente ao caso real.

A dignidade da pessoa humana também não teve a mesma caracterização ao longo da história do homem. Na Antiguidade Clássica, homem digno era aquele que ocupava posição social, reconhecida pelos membros da comunidade. Era a participação na *polis* que caracterizaria o ser humano como detentor de dignidade.¹⁶⁸

No Cristianismo, pela primeira vez, o homem passou a ser visto e valorizado individualmente, uma vez que a salvação prometida era individual e condicionada a atos pessoais, como o amor a Deus e ao próximo.¹⁶⁹ O resultado dessa situação foi a declaração de

¹⁶⁷ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade Pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 162.

¹⁶⁸ FACHIN, Luiz Edson. Direito Civil e dignidade da pessoa humana: um diálogo constitucional contemporâneo. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, v. 385, p. 113-125, mai-jun 2006.

¹⁶⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

igualdade essencial dos homens, feita pelo apóstolo São Paulo: “nisto não há judeu nem grego; não há servo nem livre, não há macho nem fêmea; porque todos vós sois um em Cristo Jesus.”¹⁷⁰

Em 1486, Giovanni Pico, conde de Mirandola¹⁷¹, enunciou a *Oratio de Hominis Dignitate*. Nesse texto, “embora faça numerosas alusões à *ratio theologica*, a par da *ratio philosophica*, não estabelece entre elas a habitual relação de subordinação, de dependência, de causa e conseqüência entre o criador e a criatura.”¹⁷² Tal discurso ficou conhecido por ser um dos fundadores do renascimento humanista, em que a razão, e não a salvação e a obediência à Igreja, promoveria o homem.

Na realidade, a posterior formação dos estados nacionais leigos acabou por retirar a crença religiosa do centro de explicações e embasamentos dos pensamentos e atitudes humanos, substituindo-a pela razão e, mais tarde, pela exacerbada preocupação com a propriedade privada.

Apesar da primazia do ter sobre o ser da doutrina liberal, foi, nessa época, que o filósofo Immanuel Kant¹⁷³ desenvolveu sua teoria, na qual o homem seria um fim em si mesmo, nunca um meio, traduzido na determinação de que a vontade legisladora humana era obrigada a ver o homem como finalidade. Conforme a teoria kantiana, isso representaria uma máxima e, mais adiante, um imperativo categórico - forma que teria validade universal e incondicional para toda e qualquer ação moral.

¹⁷⁰ PAULO. Carta escrita pelo apóstolo Paulo aos Gálatas, capítulo 3, verso 28. In: A BÍBLIA: tradução ecumênica. São Paulo: Paulinas, 2002.

¹⁷¹ PICO, Giovanni apud TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. V. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

¹⁷² MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da Dignidade Humana. In MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 10.

¹⁷³ KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Prática*. Trad. Afonso Bertagnoli. 4 ed. São Paulo: Publ. Brasil, 1959. Pietro Perlingieri critica a obra de Kant afirmando que sua teoria “perde tutta la sua drammaticità quando riconosce il ‘diritto di usare’ immediatamente della persona ‘come di una cosa, come di un mezzo per servire ad un proprio fine, senza però recare offesa alla sua personalità’. È evidente la contraddizione nella possibilità di utilizzare la persona a fini propri, sfruttandola come una cosa, senza però offenderla. Infatti, nel momento stesso in cui si tratta un uomo come una cosa, lo si offende nel suo valore, quindi nella sua personalità. Ancora, nella mentalità moderna, si dice che il principio dell’ ineguaglianza è fondamentale, perché è l’ unico che consente il progresso della società e la possibilità di sviluppare la personalità dei più abili, dei cittadini attivi nei confronti dei cittadini cc.dd. passivi” (PERLINGIERI, Pietro. *La personalità umana nell’ ordinamento giuridico*. Napoli: Esi, 1972. p. 156). Tradução livre: “perde toda a sua dramaticidade quando reconhece o ‘direito de usar’ imediatamente da pessoa ‘como de uma coisa, como de um meio para servir a um fim próprio, sem porém trazer ofensa a sua personalidade’. É evidente a contradição na possibilidade de utilizar a pessoa para fins próprios, explorando-a como uma coisa, sem porém ofendê-la. De fato, no mesmo momento em que se trata um homem como uma coisa, ofende-se o mesmo no seu valor, portanto, na sua personalidade. Ainda na mentalidade moderna, diz-se que o princípio da desigualdade é fundamental, porque é o único que consente o progresso da sociedade e a possibilidade de desenvolver a personalidade dos mais hábeis, dos cidadãos ativos comparados aos cidadãos ditos passivos”.

O avanço das idéias liberais culminou na Revolução Industrial, que trouxe a instrumentalização do mundo. O homem agora era o fazedor de objetos artificiais. Qualquer motivação humana era reduzida ao princípio da utilidade, em que todas as coisas eram matérias primas e a natureza, alvo de transformação pelas mãos humanas. Como consequência desse procedimento, houve a total alienação do mundo e a eliminação da contemplação no âmbito das capacidades humanas.¹⁷⁴ A alienação foi determinante na eclosão das duas Grandes Guerras Mundiais, bem como nos atos durante as guerras que, segundo relatos históricos, demonstram a total perda da compreensão do valor da vida. Para se ter uma noção de tamanha alienação, os judeus, vítimas das perseguições no período de Guerra, negociavam a libertação de judeus considerados mais importantes ou mais letrados em troca de judeus ‘comuns’, como se aqueles valessem mais que estes.¹⁷⁵

Foi apenas depois do conhecimento público das atrocidades ocorridas durante as Grandes Guerras Mundiais e os Regimes Ditatoriais que os termos ‘dignidade’ e ‘dignificação’ ganharam destaque. O reconhecimento de que apenas o ser humano é capaz de amar, agir e de se comunicar com os demais seres humanos e consigo propiciou a qualificação substancial de todo ser humano, qual seja, a dignidade inerente ao gênero humano.¹⁷⁶ É inerente porque é próprio do gênero humano, independente de um posicionamento do ordenamento jurídico e estará em contramão à dignidade humana, e portanto, ‘desumano’, tudo que reduzir o ser humano à condição de objeto.

Nesse diapasão, Ingo Wolfgang Sarlet, disserta

(...) justamente pelo fato de que a dignidade vem sendo considerada (pelo menos para muitos e mesmo que não exclusivamente) qualidade intrínseca e indissociável de todo e qualquer ser humano e certos de que a destruição de um implicaria a destruição do outro, é que o respeito e a proteção da dignidade da pessoa (de cada uma e de todas as pessoas) constituem-se (ou, ao menos, assim o deveriam) em meta permanente da humanidade, do Estado e do Direito.¹⁷⁷

No Direito, várias são as teses que visam dar um sentido à dignidade. Dentre essas teses, pode-se apontar a de Antônio Junqueira de Azevedo, que apresenta duas concepções da pessoa humana que procuram dar suporte à dignidade:

¹⁷⁴ ARENDT, Hanna. *A condição humana*. Trad. Roberto Raposo. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

¹⁷⁵ ARENDT, Hanna apud BARCELOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

¹⁷⁶ ARENDT, Hanna. *A condição humana*. Trad. Roberto Raposo. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

¹⁷⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 27-28.

de um lado, há a concepção insular, ainda dominante, fundada no homem como razão e vontade, segundo uns, como autoconsciência, segundo outros (...), a concepção própria de uma nova ética, fundada no homem como ser integrado à natureza, participante especial do fluxo vital que a perpassa há bilhões de anos, e cuja nota específica não está na razão e na vontade (...) ou na autoconsciência, (...), e sim, em rumo inverso, na capacidade do homem de sair de si, reconhecer no outro um igual, usar a linguagem, dialogar e, ainda, principalmente, na sua vocação para o amor (...). A primeira concepção leva ao entendimento da dignidade humana como autonomia individual, ou autodeterminação; a segunda, como qualidade do ser vivo, capaz de dialogar e chamado à transcendência.¹⁷⁸

Habermas¹⁷⁹ defende que a dignidade humana não é uma propriedade que se pode ‘possuir’ por natureza. Ela marca a ‘intangibilidade’ da vida humana, a qual só pode ter significado nas relações interpessoais de reconhecimento recíproco e no relacionamento igualitário entre as pessoas. Nesse contexto, importante salientar que Habermas diferencia a dignidade da vida humana e a dignidade da pessoa humana. A dignidade da vida humana consiste no respeito que todos devem ter diante da vida humana. A dignidade da pessoa humana, a seu turno, refere-se à construção individual da história de vida de uma pessoa, por meio da socialização, isto é, no contexto público de integração de um mundo da vida partilhado intersubjetivamente.

Dworkin¹⁸⁰, por sua vez, analisa a personalidade partindo do pressuposto que esta possui tanto uma voz ativa quanto uma voz passiva e que ambas encontram-se conectadas, sendo que em razão do valor (pré-normativo) da vida humana, de todo ser humano é detentor de dignidade que deve ser respeitada, mesmo naqueles casos em que os indivíduos já perderam a consciência da própria dignidade.

A verdade é que os pensamentos filosóficos, sociológicos e teológicos sobre a dignidade humana repercutiram no Direito de tal forma que, apesar de muitas as teses sobre o tema, não há, até nos dias atuais, “uma concepção unívoca ou homogênea da expressão”¹⁸¹ ‘dignidade da pessoa humana’, em que pese de todos admitir sua existência.

E se, em um primeiro momento, o Direito apenas apresentou teses doutrinárias, em um momento posterior, não só houve uma considerável evolução doutrinária, como também a

¹⁷⁸ O referido autor defende que a concepção insular se mostra insuficiente para apresentar uma concepção da pessoa humana como ser autoconsciente, racional e capaz de querer, visa somente a uma ‘qualidade de vida’ a ser decidida subjetivamente; o que não basta. Uma visão material da dignidade da pessoa humana prima por considerar a distinção de todos os seres do ser humano, pela sua capacidade de amar, de comunicar e dialogar (AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 8, p. 3-24, jan-mar de 2002).

¹⁷⁹ HABERMAS, Jürgen. *O futuro da natureza humana*. Trad. Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 47.

¹⁸⁰ DWORKIN, Ronald. *O Domínio da vida - aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003

¹⁸¹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade Pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 162

positivação da dignidade, como princípio jurídico, por acreditarem que a positivação iria trazer a eficácia da proteção e a promoção do ser humano.

Constam os relatos históricos jurídicos que a primeira vez em que se utilizou o termo ‘dignidade’ em um texto legislativo foi em 1945, na Carta das Nações Unidas.¹⁸² O preâmbulo do referido texto dispunha: “reafirmamos a nossa fé nos Direitos Fundamentais do homem, na dignidade e no valor da pessoa humana, na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, assim como das nações, grandes e pequenas.”¹⁸³ Essa carta consagrou a dignidade da pessoa humana no plano internacional.

Com a evolução histórica, a comunidade política percebeu a necessidade de implantação dos regimes democráticos, que se fundamentam na pluralidade, em que a proteção e promoção do ser humano viessem a consistir em uma garantia constitucional, por meio das normas constitucionais. Para tanto, a maioria das Constituições de natureza democrática elevou à categoria de princípio jurídico a dignidade da pessoa humana. No Brasil, a Constituição promulgada em 1988¹⁸⁴ coloca a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do próprio Estado Democrático de Direito.

A dignidade humana, enquanto norma positivada, poderá ter como parâmetro duas premissas que poderão ser usadas em um caso concreto: a primeira refere-se à intangibilidade da vida humana, a segunda, à prestação, por parte do Estado, de oferecer e possibilitar que se tenha condições para a sobrevivência humana. O estudo e a aplicação, ou não, de uma dessas premissas somente poderão ocorrer frente a uma situação real, para tanto o Estado deverá respeitar e tomar medidas para que se respeite à dignidade humana, conforme os devidos processos. Mas de pronto já se ressalta que

a dignidade, como qualidade intrínseca da pessoa humana, é irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado, de tal sorte que não se pode cogitar na possibilidade de determinada pessoa ser titular de uma pretensão a que lhe seja concedida a dignidade. Esta, portanto, como qualidade integrante e irrenunciável da própria condição humana, pode (e deve) ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, não podendo, contudo (no sentido ora empregado) ser criada, concedida ou retirada, já que existe em cada ser humano como algo que lhe é inerente.¹⁸⁵

¹⁸² AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro, v. 8, p. 3-24, jan-mar de 2002.

¹⁸³ CARTA das Nações Unidas. Disponível em: <

<http://www.institutowara.org.br/documentos/Carta%20das%20Na%C3%A7%C3%B5es%20Unidas%201945.doc>
>. Acesso em: 25 jul. 2006.

¹⁸⁴ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988.

¹⁸⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 41-42.

No entanto, apesar da positivação da dignidade, como bem ressalta Cármen Lúcia Antunes Rocha¹⁸⁶, apesar de imprescindível a previsão legal da dignidade, esta positivação por si só é insuficiente para assegurar o devido respeito e proteção à dignidade.

Poucas não são as teses que buscam efetivar o princípio da dignidade da pessoa humana. Ana Paula Barcellos construiu a tese de um conteúdo mínimo existencial para o princípio da dignidade da pessoa humana¹⁸⁷. Explica a autora que o conteúdo mínimo consiste em um

núcleo de condições materiais que compõe a noção de dignidade de maneira tão fundamental que sua existência impõe-se como uma regra, um comando biunívoco, e não como um princípio. Ou seja: se tais condições não existirem, não há o que ponderar ou otimizar, ao modo dos princípios; a dignidade terá sido violada, da mesma forma como as regras o são. Para além desse núcleo, a norma mantém a sua natureza de princípios estabelecendo fins relativamente indeterminados, que podem ser atingidos por meios diversos, dependendo das opções constitucionalmente legítimas do Legislativo e Executivo em cada momento histórico.¹⁸⁸

Como conteúdo material do mínimo existencial a autora¹⁸⁹ apresenta o direito à educação e condições de real aproveitamento para o aluno, saúde básica, assistência aos desempregados e acesso ao Poder Judiciário.

Maria Celina Bodin de Moraes tem posicionamento diverso. Defende esta doutrinadora que o princípio da dignidade da pessoa humana consiste em um ‘megaprincípio’, do qual se desdobram os princípios da liberdade, da igualdade e integridade psicofísica.¹⁹⁰ Essa decomposição demonstra, segundo a autora e inspirada na teoria alexyana, que

embora possa haver conflitos entre duas ou mais situações jurídicas subjetivas, cada uma delas amparada por um desses princípios, e, portanto, conflito entre princípios de igual importância hierárquica, o fiel da balança, a medida de ponderação, o objetivo a ser alcançado, já está determinado, a priori, em favor do princípio, hoje absoluto, da dignidade humana. Somente os corolários, ou subprincípios em relação ao maior deles, podem ser relativizados, ponderados, estimados. A dignidade, assim

¹⁸⁶ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. *Revista Interesse Público*, n. 4, p. 23-48, 1999.

¹⁸⁷ Nesse sentido ver: SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do Direito Fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, Direitos Fundamentais e proibição de retrocesso social no Direito Constitucional Brasileiro. *Revista de Direito Social*. Porto Alegre, ano 4, n. 14, p. 9-49, abr.-jun. 2004. BARCELLOS, Ana Paula. Normatividade dos princípios e o princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição de 1988. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 221, p. 159-188, jul.-set. 2000.

¹⁸⁸ BARCELOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 193-194.

¹⁸⁹ BARCELOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

¹⁹⁰ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos Danos Morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

como ocorre com a justiça, vem à tona no caso concreto, se bem feita aquela ponderação.¹⁹¹

Apesar da concordância sobre a necessidade de proteção da pessoa humana e sua promoção, elas (proteção e promoção) não podem ser fundamentadas na elaboração de conteúdo mínimo ou em um megaprincípio, pois não se pode limitar a argumentação no caso concreto, com conteúdos já pré-estabelecidos, sob pena de não haver o acertamento de direitos e sim uma mera valoração, o que demonstra não ser “possível hierarquizar os princípios constitucionais, porque todos eles são igualmente valiosos para a auto-identificação de uma sociedade pluralista”¹⁹², como é a que se prima em ter perante o Estado Democrático de Direito.

Em meio às diversas teses existentes, na prática, o princípio da dignidade da pessoa humana passou a ser aclamado em várias hipóteses jurídicas e situações da vida, de forma desmesurada e despropositada. A doutrina se preocupa com essa prática, com receio de que ela acarrete uma banalização do próprio princípio. O princípio da dignidade da pessoa humana

não pode servir para toda e qualquer hipótese de tutela à pessoa; não pode substituir o direito de personalidade; não pode atuar sempre como prima *ratio* na argumentação judicial, para o efeito de afastar outros princípios e regras; não pode, enfim, ter a sua especificidade, sob pena de transforma-se, rapidamente, em *flatus vocis*. Se [se usa] o princípio da dignidade da pessoa para tudo, (...) o esvazi[a]. (...) Ele é a última *ratio* da argumentação, porque sua função é a de vedar o que está no limite da inumanidade: a tortura, o genocídio, o racismo; as experiências eugênicas; a superfluidade das pessoas; é o de oferecer um norte – e um limite – à pesquisa científica e à tecnologia; situar no campo da ilicitude as formas de degradação do ser humano, ou de sua instrumentalização, coibindo que o ser humano entre no domínio do ‘fabricável’; proíbe, bem assim, a exploração comercial de material humano, tal como o patenteamento de células-tronco (...).¹⁹³

A dignidade, como norma constitucional, pode ser aplicada em qualquer subárea do Direito, porém seu uso está condicionado à análise da pré-existência ou não, no ordenamento jurídico, de outros princípios que melhor possam ser aplicados ao caso concreto, à presença de regras ou postulados que melhor direcionam e fundamentam a resposta adequada ao caso

¹⁹¹ MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos Danos Morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 85.

¹⁹² GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e diferença: Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 198.

¹⁹³ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação civil n. 70002511806. Rel. Des. Mara Larsen Chechi apud MARTINS-COSTA, Judith. *Pessoa, Personalidade, Dignidade: ensaio de uma qualificação*. Tese de livre-docência em Direito Civil apresentada à Congregação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Maio, 2003. p. 147-155.

real, e, por fim, se realmente o caso é de agressão à vida humana digna. Um caso nítido de banalização do princípio é o caso julgado pelo Tribunal de Justiça do estado do Rio Grande do Sul:

Embargos à execução. Máquina de lavar louças. Bem excluído da proteção da lei n. 8.009/90, instituída para garantir a dignidade da família. Máquina de lavar louças não é considerada bem indispensável à garantia da pessoa humana, e portanto, está excluída da impenhorabilidade absoluta, conferida na lei n. 8.009/90. Recurso provido em parte.¹⁹⁴

A dignidade da pessoa humana não pode ser aclamada de modo desmesurado, ela não está à mercê de situações jurídicas que não dizem respeito à proteção e promoção do ente humano, não poderia ter sido usada como fundamento para a posse de uma máquina de lavar louças, em uma execução judicial – que tem legislação própria sobre o assunto e o bem não constituiu efetivamente uma condição para a concretização da dignidade da pessoa humana. Há que se fazer essa ressalva, pois a banalização do princípio poderá levá-lo a uma distorção dogmática e a uma descredibilidade quando argüido em um caso real.

3.2 Personalidade e Direitos da Personalidade

3.2.1 Personalidade

Pode-se dizer que, atualmente, co-existem dois sentidos técnicos que buscam definir a personalidade. O primeiro sentido é derivado da doutrina clássica que defende ser personalidade um atributo jurídico que confere ao homem *status* de pessoa, isto é, de sujeito de direitos e deveres na esfera civil.

A personalidade como *status* é elaboração de Jellinek¹⁹⁵. O *status* seria a relação do indivíduo com o Estado – reconhecimento por parte do Estado de um âmbito de capacidades

¹⁹⁴ MARTINS-COSTA, Judith. Pessoa, Personalidade, Dignidade: ensaio de uma qualificação. Tese de livre-docência em Direito Civil apresentada à Congregação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Maio, 2003. p. 135.

¹⁹⁵ JELLINEK apud CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria Geral do Direito Moderno: por uma reconstrução crítico-discursiva na Alta Modernidade*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

para requerer algo para si próprio frente ao poder estatal. Contudo, os direitos reclamados perante o Estado não possuíam materialidade, mas se restringiam ao âmbito abstrato, em que se encerram deveres e direitos. Por essa teoria, o homem, enquanto tal, era membro do Estado e a pessoa seria sujeito de direitos com capacidade de reclamar a tutela jurídica; o que leva a concluir que a personalidade não é direito, é status, vez que advinha de uma relação indivíduo-Estado e quem tinha direito era a pessoa.

O segundo sentido dado à personalidade defende ser essa um valor fundamental do ordenamento jurídico. Essa idéia liga o valor da pessoa ao solidarismo constitucional, que deve ser entendido como assegurador do pleno desenvolvimento da pessoa humana com base na relação de igual dignidade social. Dignidade essa, por sua vez, instrumento hábil que confere a cada um o direito ao respeito inerente à qualidade de homem, assim como a pretensão de ser colocado em condições idôneas a exercer as próprias aptidões pessoais, assumindo a posição a elas correlatas.¹⁹⁶

Apesar do brilhantismo dessas doutrinas e de alguns doutrinadores, dentre eles Gustavo Tepedino¹⁹⁷, defenderem que a personalidade acaba sendo utilizada como aptidão para ser sujeito de direito e como valor fundamental, no Brasil, o conceito de personalidade deve ser revisto para que se atenda o disposto por um Estado Democrático. A ligação da personalidade a um *status* ou a um valor não condiz mais com a nova realidade. O ordenamento jurídico, em uma visão que se prima por ser Democrática de Direito, não pode ser constituído por um enfoque de mera relação jurídica e nem de análise de valores. É preciso mais para se assegurar efetiva proteção à pessoa.

A personalidade há de ser estudada sempre centrada em, e referida a, uma situação tematizada e problematizada. Não se deve definir personalidade fora do discurso argumentativo. Personalidade não pode ser algo independente da própria *práxis* jurídica legitimamente construída, fundamentada na moral ou na ontologia ou no positivismo.

Personalidade, aqui estudada, possui sentido jurídico e não pode ser confundida com uma qualificação ou com um valor. Personalidade é um centro de imputação de normas, cuja análise e estudo estão condicionados ao suporte fático. O fato de interpretar

a noção de personalidade como referencial para a imputação problematizada argumentativamente, em face de uma situação jurídica também recortada na argumentação, descarrega toda e qualquer pretensa argumentação moral e também

¹⁹⁶ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil* – introdução ao Direito Civil Constitucional. 2 ed. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

¹⁹⁷ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. V. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

meramente funcional em seu reconhecimento. Tal referencial para a imputação há que ser problematizado e enfrentado tanto em termos funcionais – e de sua relevância na argumentação – quanto também em termos de validade – argumentativamente construída.¹⁹⁸

Isso não quer dizer o retorno ao positivismo kelsiano, defensor de ser a pessoa jurídica singular (pessoa física) fundamentada em um conjunto de normas de construção exclusivamente jurídica. A personalidade como referencial de imputação possibilita trabalhar na argumentação, não apenas o Direito, mas também as demais áreas do saber. Dentro dos parâmetros jurídicos, não se pode descartar a possibilidade de um conhecimento específico de uma área do saber, por exemplo, a Medicina, ser relevante na decisão de um caso real.

A personalidade, como ensina Francisco Amaral¹⁹⁹, é materializada na capacidade de direito. Capacidade é a projeção, a medida da personalidade. Ela pode ser de direito ou de fato, a primeira é a aptidão para titularidade de direitos e deveres e decorre do nascimento com vida; a segunda é a possibilidade de praticar atos com efeitos jurídicos, essa comporta diversidade de graus conforme a situação da pessoa na prática de um ato – incapacidade absoluta, incapacidade relativa, capacidade. Por muitos anos, a doutrina clássica, dentre eles Pontes de Miranda, defendia que personalidade e capacidade eram termos sinônimos. Hoje, essa tese não faz mais sentido, pois considera-se que, em determinadas situações, pode-se ter a personalidade e a titularidade de direitos e não ter a capacidade de fato.

Capacidade não se confunde com legitimidade, esta é uma aptidão, atribuída por lei, para a prática de um determinado ato, ou para o exercício de determinado direito, conseqüente da posição jurídica que ocupa em face de outras pessoas. A legitimidade será processual, quando a norma conferir a possibilidade a uma atuação da pessoa diante do poder jurisdicional.²⁰⁰

Quanto aos bens da personalidade, podem ser assim considerados aqueles bens da vida humana digna, merecedores de tutela para a promoção e proteção da pessoa humana, enquanto ser humano e enquanto ser participante de uma sociedade, que está sempre em mudanças. O conceito de vida também vem sendo revisto, não possui mais somente caráter biológico, voltado para a maior possibilidade temporal de existência. A doutrina trabalha com o conceito de vida no sentido de qualidade de vida, e não mais quantidade.²⁰¹ Ainda há o

¹⁹⁸ CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria Geral do Direito Moderno*: por uma reconstrução crítico-discursiva na Alta Modernidade. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 145.

¹⁹⁹ AMARAL, Francisco. *Direito Civil*: introdução. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 220.

²⁰⁰ AMARAL, Francisco. *Direito Civil*: introdução. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

²⁰¹ SÁ, Maria de Fátima Freire de. A dignidade do ser humano e os direitos da personalidade: uma perspectiva civil-constitucional. In SÁ, Maria de Fátima Freire de (coord.). *Biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

condicionamento de existência de uma vida, em termos biológicos, para atribuição de dignidade de um ente humano. No entanto, defende-se e promove-se a vida digna, a qualidade do desenvolver da existência do ser humano, a intangibilidade da vida digna, por ter a vida um valor intrínseco em si²⁰².

3.2.2 Direitos da Personalidade

A origem dos direitos da personalidade é muito discutida na doutrina. “Historicamente, o Direito Romano não cuidou dos direitos da personalidade nos moldes que são concebidos hodiernamente, apenas contemplando a chamada *actio injuriarum*, a ação contra a injúria, que foi elasticada para abranger qualquer atentado contra a pessoa”²⁰³. Na realidade, para os romanos o termo personalidade restringia aos indivíduos que fossem detentores do *status libertatis*, do *status civitatis* e do *status familiae*²⁰⁴.

Elimar Szaniawski²⁰⁵ ensina que a noção de direito da personalidade somente passou a ser concebida entre os séculos IV e III a. C, na Grécia antiga. Nessa época, o direito então vigente reconhecia ao ser humano nacional (cidadão) personalidade e capacidade jurídicas, na relação entre os nacionais e os de outras cidades estados.

A proteção da personalidade humana se assentava sobre três idéias centrais. A primeira formulava a noção de repúdio à injustiça; a segunda vedava toda e qualquer prática de atos de excesso de uma pessoa contra outro e a última proibía a prática de atos de insolvência contra a pessoa humana. A tutela da personalidade da pessoa humana era exercida através da *hybris* (...) e mediante repressão à prática de atos de injúria e sevícias, destacando-se as *aixias*. (...) Neste período, a tutela da personalidade humana possuía natureza exclusivamente penal.²⁰⁶

Na Idade Média os direitos da personalidade restringiam-se à proteção que os senhores feudais davam aos seus vassallos e aos deveres que estes tinham para com aqueles.

²⁰² DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

²⁰³ ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito Civil – Teoria Geral*. 6 ed. Atual. Lei 11.382/06. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 106

²⁰⁴ SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de Personalidade e sua tutela*. 2 ed. São Paulo: Renovar, 2005.

²⁰⁵ SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de Personalidade e sua tutela*. 2 ed. São Paulo: Renovar, 2005.

²⁰⁶ SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de Personalidade e sua tutela*. 2 ed. São Paulo: Renovar, 2005. p. 24-25.

Com o Renascimento e a implantação da Escola do Direito Natural, os juristas construíram a tese do direito geral da personalidade, como *ius in se ipsum*, bem como as primeiras elaborações do direito subjetivo e da autonomia como vontade individual.²⁰⁷

A evolução dessas idéias acarretou no diálogo entre os defensores do positivismo político e a Escola Histórica do Direito, como já mencionado. No que tange especialmente o posicionamento desses pensamentos sobre os direitos da personalidade, tem-se, para o positivismo jurídico, sendo o Estado a única fonte do Direito não havia mais espaço para de um direito geral de personalidade destinado a tutela a personalidade humana, mas tão somente, seriam reconhecidas, pelo direito positivo, algumas tipificações de direito de personalidade multifacetados.²⁰⁸ De outro lado,

a Escola Histórica do Direito concebia o direito geral de personalidade como um direito que alguém possui sobre sua própria pessoa, na evolução da noção do antigo *ius in se ipsum*, sustentando que o direito geral de personalidade deveria ser entendido como um direito que alguém possui sobre si mesmo e que teria por objeto a própria pessoa. De acordo com esta concepção, todo e qualquer indivíduo estaria autorizado a dispor de si mesmo livremente, podendo, inclusive lançar mão do suicídio. (...) A eventual proteção da pessoa humana seria, somente, decorrente do reflexo do direito objetivo, que protegeria determinadas radiações da personalidade, que se afastaria totalmente da noção do *ius in se ipsum*.²⁰⁹

Diante dessa rápida evolução histórica sobre os direitos da personalidade pode-se afirmar que o positivismo jurídico, primeiramente, teve que vencer as críticas de Savigny²¹⁰, fundador da Escola Histórica do Direito, que se opunha a existência de um direito que se diz originário, por considerar falso o princípio de um direito do homem sobre sua pessoa – situação que poderia legitimar o suicídio, na ótica sanignysta.

Nessa mesma época, outros doutrinadores, porém, passam a desenvolver grandes estudos sobre o assunto e, em 1895, Otto von Gierke defendeu a existência de um Direito Geral da Personalidade, que consistia naquele direito

que garante a seu sujeito o domínio de um setor da própria esfera de personalidade. (...) Os direitos da personalidade são diferentes, como direitos privados especiais, do direito geral da personalidade, que consiste numa reivindicação geral, garantida

²⁰⁷ SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de Personalidade e sua tutela*. 2 ed. São Paulo: Renovar, 2005.

²⁰⁸ SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de Personalidade e sua tutela*. 2 ed. São Paulo: Renovar, 2005.

²⁰⁹ SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de Personalidade e sua tutela*. 2 ed. São Paulo: Renovar, 2005. p. 42.

²¹⁰ SAVIGNY apud GOMES, Orlando. *Direitos da Personalidade*. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, ano 62, n. 216, p. 5-10, out.-nov.-dez. 1966.

pelo ordenamento jurídico, de contar como pessoas. O direito de personalidade é um direito subjetivo que deve ser respeitado por todos.²¹¹

Tese importante foi a de Adriano De Cupis²¹². Segundo o autor, a personalidade ou capacidade jurídica era a susceptibilidade de ser titular de direitos e obrigações jurídicas. Os direitos da personalidade eram direitos subjetivos destinados a dar conteúdo à personalidade e eram: a vida, a integridade física, a honra. Além disso, De Cupis sustentou que a razão dos direitos da personalidade está no Direito Penal, sendo a reação extra-penal a indenização conseqüente de um dano a esses direitos.

Francesco Ferrara²¹³, no início do séc. XX, admitiu a existência dos direitos da personalidade, associando - lhes o conceito de direitos subjetivos. Nota-se que a época de elaboração dessa teoria foi a liberal.

Na elaboração do Código Civil Alemão (BGB) foram reconhecidos os direitos da personalidade, em sede positivada, com quatro bens iniciais: a vida, o corpo, a saúde e a liberdade, regulando também a honra e o nome. Apesar do disposto no BGB, o primeiro diploma a tratar de um direito da personalidade foi a Lei Romena, de 1895, que tratava sobre o direito ao nome. O Código Civil Italiano de 1942 foi o primeiro a dispor vários artigos sobre o tema, inclusive com normas sobre o direito ao próprio corpo e o direito de imagem.²¹⁴

Na verdade, após a II Guerra Mundial duas correntes passaram a justificar os direitos da personalidade. Para a corrente jusnaturalista, os direitos da personalidade advêm dos direitos naturais. Para a corrente positivista, são direitos personalíssimos aqueles inseridos em um dado momento histórico.

Em que pese às teses jusnaturalistas, os direitos da personalidade são direitos que emanam da sociedade para o poder público (legislativo, executivo e judiciário), em uma determinada passagem histórica, pois, atualmente, conceber a origem dos direitos personalíssimos como uma ordem sobrenatural ou, ainda, na derivação da razão inerente ao homem é voltar ao passado e aceitar apenas a proteção patrimonial do homem, uma vez que

²¹¹ GIERKE apud LUDWING, Marcos de Campos. O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade na Alemanha e a possibilidade de sua aplicação no Direito Privado Brasileiro. *AJURIS*. Porto Alegre, v. 26, n. 81, p. 143-174, mar. 2001.

²¹² DE CUPIS, Adriano. *Direitos da personalidade*. Tradutor: Afonso Celso Furtado Rezende. Campinas: Romana, 2004.

²¹³ FERRERA, Francesco apud TEPEDINO, Gustavo. A tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-Constitucional Brasileiro. In TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Tomo I. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

²¹⁴ MATTIA, Fábio Maria de. Direito da Personalidade: aspectos gerais. *Revista de Direito Civil: Imobiliário, Agrário e Comercial*. São Paulo, v. 2, n. 3, p. 35-51, jan.-mar. de 1978.

tratava o ser humano abstratamente, desconectado do seu ambiente e de sua condição de humano.

3.2.2.1 Características dos Direitos da Personalidade: o paradoxo da teoria clássica

Tradicionalmente, os direitos da personalidade são tidos como absolutos, *erga omnes*, inatos, extrapatrimoniais, inalienáveis, impenhoráveis, imprescritíveis, irrenunciáveis e indisponíveis.

Seriam absolutos, porque possuiriam como objeto outros homens que deveriam respeitar o gozo de direitos de outros homens. Seriam *erga omnes* por implicarem um dever geral de abstenção por toda a coletividade. Capelo de Souza²¹⁵ alega que a caracterização de absoluto e oponível *erga omnes* dada aos direitos da personalidade impõe uma obrigação universal normalmente negativa ou dever geral de abstenção que caracteriza para seu titular a potestatividade desses direitos.

Seriam inatos, porque seriam atribuídos ao homem no momento de seu nascimento ('nascem' com o nascimento do homem, por serem 'inatos' ao homem). A extrapatrimonialidade decorreria da impossibilidade de execução coativa. Diziam-se inalienáveis pelo fato de seu titular não poder transmiti-los, pecuniariamente, a outrem, seja por ato causa *mortis* ou causa *viva*. A impenhorabilidade e a imprescritibilidade significariam que os direitos da personalidade não se extinguiriam nem pelo seu não uso nem pela inércia de sua defesa. Irrenunciáveis e indisponíveis seriam limites à própria ação do titular, no sentido de não poder nem dispor e nem eliminar desses direitos, nem eliminá-los por ato de sua vontade.

As características acima expostas, ao longo da história do ser humano, passaram ou a serem justificadas de uma outra forma ou a terem seu conteúdo relativizado. Nem todos os direitos da personalidade podem ser considerados inatos, tome como exemplo o direito moral do autor, que somente incide com a elaboração de uma obra derivada do intelecto do autor.

A impenhorabilidade decorre, na realidade, apenas dos direitos personalíssimos que se manifestam economicamente, como é o caso do direito de autor, do direito de imagem.

²¹⁵ CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra, 1995.

Contudo, os créditos gerados pela cessão de uso de tais direitos podem ser penhorados.²¹⁶ Quanto à impossibilidade de renúncia, essa impossibilidade ainda é aceita pela doutrina atual, no entanto, a doutrina vem admitindo a possibilidade de dispensa desses direitos em alguns casos, como nos casos de dispensa de alimentos, nos procedimentos de separação (ou divórcio) quando os ex-cônjuges são capazes de se manterem.

Os direitos da personalidade não podem mais ser considerados, de forma absoluta, como direitos indisponíveis, pois o próprio ordenamento jurídico brasileiro, no Código Civil de 2002²¹⁷ possibilita a disposição de parte do corpo humano e em que termos esta se dê, sendo que a integridade física constitui um direito personalíssimo. O assunto foi estudado na III Jornada de Direito Civil, promovida pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal (CEJ). Esse conselho acabou por concluir que “Os direitos da personalidade podem sofrer limitações, ainda que não especificamente previstas em lei, não podendo ser exercidos com abuso de direito de seu titular, contrariamente à boa-fé objetiva e aos bons costumes.”²¹⁸

A extrapatrimonialidade, igualmente, é questionada, pois em um primeiro momento era inaceitável a idéia dos Direitos da Personalidade apresentar conteúdo patrimonial, mesmo que toda a fundamentação jurídica sobre a personalidade perpassasse pela relação jurídica – que se caracteriza pela patrimonialidade. Posteriormente, em razão desta fundamentação jurídica, aceitou-se que a personalidade poderia trazer reflexos patrimoniais.

Essas características do direito de personalidade são geralmente enfatizadas como forma de diferenciar esses direitos dos demais direitos subjetivos. Entretanto, várias são suas críticas, já que a ligação entre direitos da personalidade e direitos subjetivos é incapaz de oferecer uma tutela real e efetiva do ente humano e de sua condição e conduta.

²¹⁶ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de Direito Civil*. V. I. São Paulo: Saraiva, 2002.

²¹⁷ Art. 13. Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes. Parágrafo único. O ato previsto neste artigo será admitido para fins de transplante, na forma estabelecida em lei especial. Art. 14. É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte. Parágrafo único. O ato de disposição pode ser livremente revogado a qualquer tempo (BRASIL. O Novo Código Civil – lei n. 10406, de 10 de janeiro de 2002. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. São Paulo: Saraiva, 2002).

²¹⁸ BRASIL. Conselho da Justiça Federal. *Enunciados aprovados – III Jornada de Direito Civil*. Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br/revista/enunciados/IIIJornada.pdf>>. Acesso em: 1 abr. 2007.

3.2.2.2 A tentativa de superação da doutrina tradicional

Os direitos da personalidade, sob a ótica clássica, eram direitos subjetivos, portanto, direitos subjetivos da personalidade. Apesar da complexidade dessa teoria, ela, ao longo do tempo, mostrou-se incapaz de proporcionar uma tutela eficiente da pessoa humana, em verdade, ficou constatada que a adoção a essa teoria limitava a própria tutela que se propunha a fazer.

Os estudos sobre o direito subjetivo remontam ao direito natural, à doutrina oitocentista dos direitos públicos subjetivos e à tradição romântica-civilista. Mas é com a doutrina civilista alemã que a categoria de direito subjetivo associa-se à liberdade e “é definitivamente modelada sobre a figura *deontica* da *facultas* ou *potestas agendi*, ou potestade do querer, com o qual é explicado o velho direito de propriedade²¹⁹. A liberdade corresponde à imunidade ou faculdade reconhecida a todos independente de qualquer título e exercidas unicamente por comportamentos meramente lícitos que não interferem juridicamente na esfera de outros sujeitos.²²⁰

Liberdade e propriedade se envolvem, no liberalismo, em um mesmo espaço, no qual ser proprietário, ao menos da força de trabalho, era ser livre. O entrelaçamento dos termos propriedade e liberdade fez com que o direito subjetivo fosse estruturado segundo a categoria do “ter” – ter poder, ter propriedade, pois o direito subjetivo era a

expressão de liberdade, traduzida em um poder de agir conferido a uma pessoa individualmente ou coletivamente, para realizar seus interesses nos limites da lei, constituindo-se juntamente com o respectivo titular, o sujeito de direito, em elemento fundamental do ordenamento jurídico. Consiste, assim, no instrumento de realização do individualismo jurídico, tanto na vertente política, o liberalismo, quanto na econômica, o capitalismo, como se pode depreender da própria evolução histórico - doutrinária do conceito.²²¹

²¹⁹ “Viene definitivamente modellata sulla figura deontica della *facultas* o *potestas agendi*, o *potestà del volere*, con cui viene esplicato il vecchio diritto di *proprietà*” (FERRAJOLI, Luigi. *Il diritto privato del futuro: liberta, poteri e garanzie*. In SCUOLA di Specializzazione in diritto civile dell’Università di Camerino. Autori Vari. *Il diritto privato futuro*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1993. p. 17).

²²⁰ “Immunità o *facultà riconosciut[a]* a tutti indipendentemente da qualunque titolo ed esercitate unicamente da comportamenti meramente leciti che non interferiscono guiridicamente nella sfera di altri soggetti” (FERRAJOLI, Luigi. *Il diritto privato del futuro: liberta, poteri e garanzie*. In SCUOLA di Specializzazione in diritto civile dell’Università di Camerino. Autori Vari. *Il diritto privato futuro*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1993. p. 22-23).

²²¹ AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 189.

Pelo exposto, pode-se concluir que os direitos subjetivos apenas disciplinam questões patrimoniais, nunca existenciais. Além do mais, liberdade, propriedade e poder são figuras distintas, não necessariamente interligadas. Portanto, apresentam-se as falhas na tutela da pessoa humana, quando se relacionam os direitos da personalidade aos direitos subjetivos.

Outras categorias jurídicas podem estar envolvidas nas relações humanas, sem que o foco seja exatamente o patrimonial. Dentre essas categorias tem-se o dever jurídico, o ônus, o direito potestativo, a faculdade jurídica, o poder jurídico, o interesse legítimo e o ato ilícito.

Dever Jurídico é a situação em que se encontra uma pessoa de ter que praticar uma conduta (ação ou omissão) a favor de outrem, sob pena de sofrer uma sanção - nem sempre um dever jurídico corresponde a um direito. Ônus é “uma obrigação que não é devida a alguém (...), mas é necessária para a validade do ato pretendido pelo sujeito”²²². Direito potestativo é o poder conferido ao titular de um direito de influir na esfera jurídica de outrem, produzindo um efeito jurídico, mediante uma declaração unilateral de vontade desse titular, só de *per si*, com ou sem formalidade, integrada, ou não, por uma ulterior decisão judicial²²³. Faculdade “são poderes de agir, contidos no direito subjetivo”²²⁴. Poder jurídico é a “expressão de uma competência ou atribuição conferidas a uma pessoa pública ou privada, sem que exista propriamente uma pretensão ou obrigação correlatas”.²²⁵ Interesse Legítimo é uma pretensão razoável cuja procedência ou não só pode resultar na instauração de um procedimento, bem como o seu desenvolver²²⁶. Por fim, o ato ilícito é a conduta contrária ao Direito, que repercute na esfera deste.

Para superar essa visão essencialmente liberal e abranger situações decorrentes das outras categorias jurídicas, Perlingieri propõe a tese da situação jurídica²²⁷. Para explicar essa teoria, é necessário iniciar os estudos distinguindo fato e efeito jurídicos.

O fato, para ser considerado jurídico, deverá repercutir na esfera do Direito, produzindo efeitos nessa esfera, pertence à categoria do ser. O efeito jurídico é um dever ser, é um conjunto simples ou complexo de constituição, modificação ou extinção de situações jurídicas, isto é, uma consequência atribuída pelo ordenamento jurídico.

²²² REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito* - ajustada ao novo Código Civil. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 262-263.

²²³ AMARAL, Francisco. *Direito Civil*: introdução. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 201.

²²⁴ AMARAL, Francisco. *Direito Civil*: introdução. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 202.

²²⁵ REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito* - ajustada ao novo Código Civil. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 261.

²²⁶ REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito* - ajustada ao novo Código Civil. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 261.

²²⁷ Perlingieri não faz distinção entre situação jurídica e situação subjetiva (PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil*: introdução ao Direito Civil Constitucionalizado. Trad. Maria Cristina de Cicco. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002).

Percebe-se, assim, estreita ligação entre fato e efeito jurídico – ser e dever ser – não há oposição entre essas duas categorias; não são antitéticas e incomunicáveis. (...) A situação jurídica subjetiva é efeito, pois consequência de um ato, e é categoria geral de avaliação do agir humano. Integram esse conceito geral o poder jurídico, o direito potestativo, a sujeição, o ônus, o interesse legítimo, o direito subjetivo e o dever jurídico. A situação subjetiva é centro de interesses tutelado pelo ordenamento jurídico. Sempre há, na situação jurídica, um interesse que se manifesta em comportamento.²²⁸

A situação jurídica, vista sob esse ângulo, é formada entre relações jurídicas; essas, por sua vez, formam-se entre interesses juridicamente tutelados ou centro de interesses. O interesse pode ser ora patrimonial, ora existencial, ora um e outro juntos. O interesse reconhecido a um sujeito traduz-se, no momento do seu exercício, em comportamento e em atividade – a existência de um interesse juridicamente relevante, precede, logicamente, o exercício, a atuação e as vicissitudes do interesse. Deste modo, a categoria do direito subjetivo, bem como as demais expostas nesse trabalho – o dever jurídico, o ônus, o direito potestativo, a faculdade jurídica, o poder jurídico, o interesse legítimo e o ato ilícito - integrariam uma categoria mais geral: a da situação jurídica.

O ente humano, em sua completude, realiza-se mediante complexas situações (existenciais e patrimoniais) que podem ser apresentadas sob o aspecto de diversas figuras jurídicas. A redução dos direitos da personalidade ao direito subjetivo impossibilita uma análise real das situações jurídicas existenciais, que envolvem, por exemplo, a disposição de parte do corpo humano; deste modo, mais coerente é a idéia dos direitos subjetivos integrarem uma categoria mais geral, a categoria das situações jurídicas, vez que a tutela da pessoa não pode ser “fracionada em isoladas *fattispecie* concretas, em autônomas hipóteses não comunicáveis entre si, mas deve ser apresentada como problema unitário, dado o seu fundamento representado pela unidade do valor da pessoa.”²²⁹

Assim, a idéia de situações subjetivas é dotada das seguintes virtudes:

²²⁸ NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Relacionalidade e autonomia privada: o princípio da autonomia privada na pós-modernidade*. 2003. 138f. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito. Nesse trabalho, o autor trabalha uma outra construção para a situação jurídica, que a define como conjuntura de incidência da norma jurídica, atribuindo qualidades a um objeto ou ente. A situação subjetiva seria uma subdivisão da situação jurídica. E a correlação entre situações subjetivas como relação jurídica. Por essas idéias, Bruno Torquato defende que a situação jurídica seja constituída entre centros imputizantes, e não centro de interesses, pois se assim adotar corre-se o risco de voltar ao critério subjetivante e de se buscar critérios individuais e psicológicos.

²²⁹ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucionalizado*. Trad. Maria Cristina de Cicco. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 155.

a complexidade: porque abriga a rica variedade de situações existenciais, de poderes, direitos, deveres, ônus e faculdades que se apresentam na prática social e são merecedoras de tutela jurídica; não está, pois, reduzida ou limitada por um aspecto (o direito), mas engloba todas as ‘posições’ tituladas ou tituláveis pela pessoa, em suas concretas circunstâncias; b) interioridade: a situação jurídica conduz a um exame interno, e não meramente externo ou descritivo da relação, ou da teia de relações jurídicas em causa; c) dinamicidade: porque as situações se apresentam, no mais das vezes, no curso do tempo e da atividade: não são ‘atos’ isolados, atomizados entre si, e não estão temporalmente congeladas; d) concretude: porque a situação jurídica não pode ser pensada em termos abstratos ou sempre-iguais: seus anteriores atributos (complexidade, interioridade e dinamicidade) levam a que sejam sempre ‘situadas’, como a sua própria denominação indica.²³⁰

Outra importante virtude exposta pela teoria da situação jurídica é que, em razão da abrangência dessa categoria, apresenta as possibilidades de tutela dos interesses de um ente humano que ainda não nasceu e de quem já morreu. Isso porque, nessa linha de pensamentos, a existência física do sujeito não poderá consistir em uma barreira na proteção de interesses juridicamente tutelados, em especial, os casos que envolvem o direito à imagem. A razão para isso é que “o sujeito não é elemento essencial para a existência da situação, podendo existir interesses – e, portanto, situações – que são tutelados pelo ordenamento, apesar de não terem ainda um titular.”²³¹ A titularidade é o elo entre a situação e o objeto.

A ligação da teoria ora apresentada com os direitos da personalidade impede que esses sejam chamados de ‘direitos subjetivos da personalidade’ – referência clássica que vislumbrava os direitos da personalidade apenas como direitos subjetivos. Pela nova teoria os direitos da personalidade são situações jurídicas da personalidade, tendo em vista a abrangência das situações jurídicas na tutela da pessoa humana e de sua personalidade. No entanto, por razões históricas (ou mesmo por costume), mesmo após toda a construção teórica aqui apresentada, prevalece a nomenclatura ‘direitos da personalidade’.

3.2.2. 3 A não tipificação e a tipificação dos Direitos da Personalidade

A doutrina clássica construiu teorias a respeito da tipificação dos direitos da personalidade. Assim, tem-se as correntes:

²³⁰ MARTINS-COSTA, Judith. Pessoa, Personalidade, Dignidade: ensaio de uma qualificação. Tese de livre-docência em Direito Civil apresentada à Congregação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Maio, 2003. p. 188-189.

²³¹ PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: introdução ao Direito Civil Constitucionalizado*. Trad. Maria Cristina de Cicco. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 107.

a) corrente monista: sustenta a existência de um único direito da personalidade, originário e geral, sem necessidade da previsão específica do *fattispecie* em lei (direito geral da personalidade). Esse é o posicionamento da Lei Fundamental Alemã, que dispõe em seu art. 2, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, nos seguintes termos: “todos têm direito ao livre desenvolvimento da própria personalidade, contanto que não violem os direitos alheios e não transgridam a ordem constitucional ou a lei moral.”²³² A justificação do posicionamento alemão é a ampliação da proteção da personalidade para além do estabelecido no BGB.

Para Marcos Ludwig²³³, o direito geral de personalidade advém do reconhecimento doutrinário dos princípios da liberdade e da igualdade, pois se admitem as liberdades iguais, desde que não restrinjam indevidamente liberdades alheias, sob pena de tornarem-se atos de não liberdades – idéia, na realidade defendida por Kant, vez que, sob sua ótica, o Direito é um conjunto de condições no qual o arbítrio de um pode estar conforme o arbítrio de um outro, nos termos de uma lei universal da liberdade.

O ordenamento jurídico português e o suíço também admitem que a personalidade se manifesta em um direito geral. No entanto, diferentes da Alemanha que expressa em caráter constitucional, Portugal²³⁴ e Suíça²³⁵ colocam-na em nível infraconstitucional, no art. 70 e no art. 28, ambos dos Códigos Civil dos respectivos países.

No Brasil, a teoria de um direito geral da personalidade é adotada por Francisco Amaral²³⁶ e Nelson Rosenvald²³⁷, ambos constróem esse direito sob o fundamento da dignidade da pessoa humana, por considerarem a dignidade núcleo fundamental do sistema brasileiro dos direitos da personalidade que exerce a unificação constitucional capaz de reunir todos os direitos fundamentais.

Em tese oposta, José de Oliveira Ascensão²³⁸ defende, no entanto, que, no Brasil, o uso de uma cláusula geral da personalidade não é necessário, pois há razões para considerar

²³² ALEMANHA. Lei Fundamental (1949). In SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de Personalidade e sua tutela*. 2 ed. São Paulo: RT, 2005.

²³³ LUDWIG, Marcos de Campos. O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade na Alemanha e a possibilidade de sua aplicação no Direito privado Brasileiro. *AJURIS*. Porto Alegre, v. 26, n. 81, p. 143-174, mar. 2001.

²³⁴ “Art. 70. A lei protege os indivíduos contra qualquer ofensa ilícita ou ameaça de ofensa à sua personalidade física ou moral.” BIGOTTE CHORÃO; VARELA, Antunes. *Código Civil Português*: edição revista e atualizada. Coimbra: Coimbra, 1984.

²³⁵ SUIÇA. Código Civil. In SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de Personalidade e sua tutela*. 2 ed. São Paulo: RT, 2005.

²³⁶ AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

²³⁷ ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e Boa-fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005.

²³⁸ ASCENSÃO, José de Oliveira. A pessoa: entre o formalismo e a realidade ética. *Revista da EMERJ*. Rio de Janeiro, v. 9, n. 33, p. 93-116, 2006.

que a tutela da personalidade já é geral, sem que para isso seja necessário recorrer ao direito geral da personalidade, vez que o Código Civil não se limita a previsões específicas e um dos fundamentos constitucionais é a dignidade da pessoa humana;

b) corrente pluralista: defende que “todos os direitos, enquanto destinados a dar conteúdo à personalidade, poderiam ser chamados de direitos da personalidade”²³⁹. Assim, há múltiplos direitos da personalidade, cada um a uma necessidade ou exigência distinta. De acordo com os adeptos dessa teoria, para uma construção real e efetiva dos direitos da personalidade é necessário que eles se apoiem no Direito Positivo e que se reconheça o pluralismo desses direitos ante a diversidade de bens jurídicos sobre os quais recaem. Essa teoria é seguida por Adriano De Cupis²⁴⁰, Francesco Galgano²⁴¹, Carlos Alberto Bittar²⁴², Orlando Gomes²⁴³ e San Tiago Dantas²⁴⁴.

Em que pese o brilhantismo das teses defendidas tanto pela corrente monista quanto pela pluralista, frente à construção de um Direito Civil Constitucional e à teoria da situação jurídica – aqui apresentadas, não se justifica mais a defesa de uma dessas teses, porque

ambas tentam enquadrar os direitos da personalidade na mesma moldura tradicional dos direitos subjetivos de caráter patrimonial, principalmente na moldura do direito de propriedade. Disso decorre que se preocupam quase que exclusivamente em conferir à pessoa uma tutela de caráter ressarcitório e de tipo dominical.²⁴⁵

Como dito, a especificação de direitos (subjetivos) personalíssimos acaba por inibir a tutela jurídica de qualquer ato jurídico patrimonial ou extrapatrimonial que atente à realização da personalidade, vez que as relações humanas podem ocorrer entre um poder potestativo ou de um interesse legítimo. Assim, as correntes monistas e pluralistas são insuficientes para a proteção e promoção do ente humano.

²³⁹ BERTI, Silma Mendes. O Código de defesa do consumidor e a proteção dos direitos da personalidade. *Revista da Faculdade de Direito Milton Campos*. Belo Horizonte, v. 3, n. 23, p. 107-115, 1996.

²⁴⁰ DE CUPIS, Adriano. *Direitos da personalidade*. Trad. Afonso Celso Furtado Rezende. Campinas: Romana, 2004.

²⁴¹ GALGANO, Francesco. *Il diritto privato fra codice e Costituzione*. Bologna: Zanichelli, 1983.

²⁴² BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. Atual. Eduardo C. B. Bittar. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

²⁴³ GOMES, Orlando. Direitos da Personalidade. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, ano 62, n. 216, p. 5-10, out.-nov.-dez. 1966.

²⁴⁴ DANTAS, San Tiago. *Programa de Direito Civil: aulas proferidas na Faculdade Nacional de Direito (1942-1945)*. Parte Geral. Rio de Janeiro: Rio, 1979.

²⁴⁵ FIÚZA, César. *Direito Civil: curso completo*. 6 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 139. A mesma crítica é feita por Gustavo Tepedino na obra TEPEDINO, Gustavo. A tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-Constitucional Brasileiro. In TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Tomo I. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 47.

A superação das duas concepções do direito da personalidade já era defendida, em 1990, por José Lamartine Corrêa de Oliveira²⁴⁶, que entendia serem os referidos posicionamentos insatisfatórios, por demonstrarem uma proteção fracionada, fragmentada de direitos da personalidade. Segundo ele, a questão da proteção da pessoa humana deveria ser analisada à luz dos princípios constitucionais, os quais propocionam um nova visão da lei infraconstitucional (Código Civil – Direitos da Personalidade).

Poucas, também, não são as teses que tentam classificar os direitos da personalidade. Direito à vida, à integridade física, às partes destacadas do corpo, à identidade pessoal, à profissão, à moral, à honra, à imagem, a todas as categorias pertencentes aos Direitos da Personalidade. No presente estudo, considera-se que uma classificação dos Direitos da Personalidade poderá incorrer em uma tutela imperfeita da pessoa humana, já que não é apenas uma determinada categoria que irá tutelar a pessoa humana, mas, diante de uma situação concreta, saber qual é a melhor especificidade do Direito da Personalidade pode ser alegado e adotado, no acertamento de direitos. Nessa linha de ideias, considera-se a tutela da personalidade elástica, no sentido de não poder existir *numerus clausus* de hipóteses tuteladas, e sim uma tutela real e efetiva do interesse da personalidade, sem limites, salvo os postos no interesse de outrem.²⁴⁷

3.3 Direitos Fundamentais, Direitos da Personalidade e Direito da Pessoa

Com as alterações paradigmáticas e conseqüente necessidade de releitura do Direito Civil, os Direitos Personalíssimos vêm passando por uma crise de identidade. Crise essa explicada pelo fato de que, apesar das várias teorias sobre o assunto, algumas delas acabaram por confundirem-nos ora com os Direitos Humanos, ora com os Direitos Fundamentais e ora com os Direitos da Pessoa.

Dentre essas espécies de direitos, não se pode tratar, de modo algum, de uma dicotomia entre essas disciplinas jurídicas, no entanto, uma diferenciação uma distinção de suas peculiaridades fazem-se necessárias para a proteção e promoção do ente humano, sem que isso ocasione uma banalização de institutos jurídicos.

²⁴⁶ OLIVEIRA, José Lamartine Correa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. O Estado de Direito e os Direitos da Personalidade. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 532, p. 11-23, fev. 1980.

²⁴⁷ PERLINGIERI, Pietro. *La personalità umana nell' ordinamento giuridico*. Napoli: Esi, 1972.

Os Direitos do ser humano foram construídos, inicialmente, em textos de conteúdo universal de proteção à humanidade, com repercussão internacional. Aos direitos contidos nesses textos foi dado o nome de Direitos Humanos. Com o positivismo jurídico, muitos dos considerados Direitos Humanos foram positivados e os que foram positivados passaram a ser denominados de Direitos Fundamentais, como dito anteriormente.

Dentro da categoria dos Direitos Fundamentais, tem-se um conjunto de direitos que se distinguem pelo procedimento de sua formação e por tutelarem especificamente a personalidade humana, em si mesma e enquanto participante de uma sociedade civil, esses são os Direitos da Personalidade ou Direitos Personalíssimos.

Nessa perspectiva, todos os Direitos da Personalidade são Direitos Fundamentais, no entanto, o inverso não ocorre. Direito ao uso do meio ambiente de forma sustentável e conservação de um patrimônio cultural, por exemplo, são direitos que defendem interesses existenciais sem, contudo, consistirem em Direitos da Personalidade.

O Direito Pessoal também refere-se a um interesse existencial, mas, em sua particularidade, relaciona-se com a individualidade das pessoas naturais e com a organização das pessoas jurídicas. O Direito Pessoal assegura a uma pessoa o exercício de um direito que diz respeito ao seu ego ou incide sobre o dever de ser cumprido por outrem²⁴⁸. Nos dizeres de José de Oliveira Ascensão²⁴⁹, o Direito da Pessoa são faculdades das pessoas que não se cifram em dinheiro. Nem todo Direito Pessoal poder ser considerado um Direito da Personalidade, a título de exemplificação tem-se o direito a lugar assentado em transportes públicos às gestantes, aos idosos e aos deficientes físicos, ou ainda, o direito à meia-entrada para os estudantes nos cinemas e espetáculos de arte, o direito ao voto nas sociedades comerciais, a cláusula geral da comunhão plena de vida.

A efetivação dos Direitos Fundamentais, dos Direitos Personalíssimos e do Direito Pessoal ainda, hoje, é uma das grandes preocupações jurídicas. Proposta interessante para a efetivação dos direitos relacionados ao ser humano é a de Ricardo Lorenzetti²⁵⁰. Segundo esse doutrinador, tanto os Direitos Humanos quanto os Direitos Fundamentais apresentam a pessoa, o ser humano, como núcleo de radiação de direitos.

Essa situação dá um caráter extremamente subjetivo a esses direitos e, em razão disso, explica-se a sua dificuldade de proteção. Contudo, a partir do momento que se entende como

²⁴⁸ RAMOS, Erasmo M. Estudo comparado do direito da personalidade no Brasil e na Alemanha. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, ano 91, v. 799, p. 11-32, maio 2002.

²⁴⁹ ASCENSÃO, José de Oliveira. Os direitos de personalidade no Código Civil brasileiro. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, v. 94, n. 342, p. 121-129, abr-jun 1998.

²⁵⁰ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. Trad. Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: RT, 1998.

tipos de obrigações originárias dos Direitos do Homem um dever de abstenção, isto é, o respeito à liberdade, em suas várias facetas, e demais direitos, é atribuída uma dimensão objetiva a esses direitos, que é positivada nas normas constituintes do ordenamento jurídico. A essas normas dá-se o nome de normas fundamentais. Por meio dessas normas, a violação da obrigação de abstenção constitui uma invasão da esfera alheia e conseqüentemente um fato ilícito ressarcível, nos termos do Devido Processo Legal.

Perante uma formação Democrática de Direito, a proposta de efetividade dos Direitos do Homem, mediante normas fundamentais, apresenta-se interessante, diante da impossibilidade de separação das normas processuais das normas constitucionais, por serem o direito-de-ação e os Devidos Processos garantias constitucionais.

3.4 Teorias a respeito do início da personalidade

Atualmente, muito se tem discutido quando se dá o início da personalidade e a atribuição de direitos e deveres. No intuito de resolver a polêmica em torno do assunto, várias teorias foram criadas e desenvolvidas com a finalidade de se definir quando se inicia a vida e, conseqüentemente, a personalidade; dentre elas, tem-se:

- a) teoria natalista: defende que a personalidade civil do homem tem início com o nascimento, com vida. Quanto ao ente por nascer, não o considera uma pessoa; entretanto, defendem os adeptos dessa teoria que, como o nascituro possui expectativa de vir a ser uma pessoa, os direitos que o reconhecem encontram-se em estado potencial²⁵¹. São adeptos dessa teoria Silvio Rodrigues²⁵² e Eduardo Espínola²⁵³;
- b) teoria da personalidade condicionada: sustenta que a personalidade começa a partir da concepção, mediante a condição suspensiva do nascimento com vida, que vindo a se concretizar, os efeitos da personalidade, dentre eles a atribuição de direitos, retroagem à data de sua concepção. Teoria adotada por Serpa Lopes²⁵⁴ e Washington de Barros²⁵⁵;

²⁵¹ BRASIL. O Novo Código Civil – lei n. 10406, de 10 de janeiro de 2002. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Lúvia Céspedes. São Paulo: Saraiva, 2002.

²⁵² RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*. V. I. 33 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

²⁵³ ESPINOLA, Eduardo. *Tratado de Direito Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1939-1943.

²⁵⁴ LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil*. 1 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957.

²⁵⁵ MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. V. I. 40 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

c) teoria verdadeiramente concepcionista: afirma que, desde o momento da concepção, tem-se a personalidade do homem e, portanto, têm-se direitos. Desse modo, para seus adeptos, como Jérôme Lejeune²⁵⁶, o desenvolvimento do nascituro, a fase embrionária, é apenas um dos estágios de desenvolvimento do feto, nascituro; o que faz com que o embrião, mesmo não implantado, represente apenas um *continuum* ser que não se modificará depois do nascimento. Dentre os defensores dessa teoria citam-se Teixeira de Freitas²⁵⁷, Silmara Chinelato²⁵⁸, Eduardo de Oliveira Leite²⁵⁹, R. Limongi França²⁶⁰ e Francisco Amaral²⁶¹;

d) teoria genético-desenvolvimentista: alega que o embrião, até a décima quarta semana, não pode ser visto como pessoa e detentor de personalidade, pois o desenvolvimento dos neurônios somente se dá após essa data e antes ele nada mais é que um conglomerado de células. A fixação do prazo mencionado se baseou em imperativos de pesquisa e no receio de que as experiências realizadas após esse período se tornassem impossibilitadas. Esse posicionamento foi adotado pelo Relatório Warnock²⁶², na Grã-Bretanha, publicado em 1984;

e) teoria do ente não personificado²⁶³: defende que o ente humano por nascer são entes não personificados. Esses são institutos jurídicos a que a Lei confere a faculdade de participarem como sujeitos de direito de determinadas relações jurídicas, mas não lhes confere personalidade, por não enquadrá-los na categoria de pessoa jurídica, por falta de requisitos legais impostos para a atribuição de pessoa;

²⁵⁶ LEJEUNE, Jérôme apud ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu Chinelato e. Direitos da Personalidade do nascituro. *Revista do Advogado*. São Paulo, n. 38, 1992.

²⁵⁷ FREITAS, Augusto Teixeira de; CARNEIRO, Levi. *Código Civil: esboço*. Rio de Janeiro: MJNI, Serviço de Documentação, 1952.

²⁵⁸ ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu Chinelato e. Direitos da Personalidade do nascituro. *Revista do Advogado*. São Paulo, n. 38, 1992.

²⁵⁹ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito: aspectos medicos, religiosos, psicologicos, eticos e juridicos*. São Paulo: RT, 1995.

²⁶⁰ FRANÇA, Rubens Limongi. Esboço preliminar a um projeto de lei sobre a tutela do embrião humano com vistas a uma lei uniforme para a comunidade européia e para a comunidade latino-americana, a partir do MERCOSUL. *Revista de Direito Civil: Imobiliário, Agrário e Comercial*. São Paulo, ano 15, n. 58, p. 296-302, out.-dez. 1991.

²⁶¹ AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 222-224.

²⁶² LEITE, Eduardo de Oliveira. O Direito do embrião humano: mito ou realidade. *Revista de Ciências Jurídicas*. Maringá, v. 1, p. 31-52, 1997.

²⁶³ Marcos Bernardes de Mello critica a teoria dos entes despersonalizados. Segundo ele, soa de uma ilogicidade insuperável a afirmativa de que alguém, ou um ente qualquer, possa ter uma posição no mundo jurídico, como titular de uma situação jurídica, sem ser juridicamente capaz, porque a própria incapacidade jurídica impediria a titularidade da situação jurídica. A capacidade jurídica e a condição de sujeito de direito não se restringem às situações de direito material. Em que pese as constantes críticas à essa teoria em razão do fato de atribuir direito a um ente (por exemplo, capacidade processual) e não o considerar pessoa, mesmo tendo direitos tutelados; essa teoria tem muitos adeptos (MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico – Plano da eficácia*. De acordo com o novo Código Civil (lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2004).

f) teoria da célula especializada: defende que o embrião seria uma pessoa em potencial, se implantado, poderia se desenvolver e então vir a ser uma pessoa; se não implantado não se dá a prerrogativa de pessoa, mas sim de célula especializada.

Francisco Amaral²⁶⁴, adepto da teoria verdadeiramente concepcionista, defende que, em que se pese o diploma civil, no art. 2º, ter adotado a teoria natalista, a Constituição da República de 1988, em seu art. 5º, caput²⁶⁵, garante o direito subjetivo à vida e o próprio Código Civil, em seus arts. 1609, § único²⁶⁶, 542²⁶⁷, 1779²⁶⁸ e 1799, I²⁶⁹, considera também o feto, desde a concepção, como possível sujeito de relações jurídicas. Por esse entendimento, o nascimento não pode mais ser visto como condição para que a personalidade exista, mas sim, para que se consolide. Desse modo, tanto o nascituro quanto os embriões não implantados teriam personalidade jurídica. Haveria, portanto, personalidade sem capacidade. Guilherme Nacif de Faria²⁷⁰ entende uma tese diversa. Segundo ele, o ordenamento jurídico adota a teoria da personalidade condicionada, pois vincula, de forma, condicionada, a atribuição da personalidade ao nascimento com vida.

Apesar da resistência da doutrina e das brilhantes teorias nacionais sobre a teoria verdadeiramente concepcionista, no Brasil, a doutrina majoritária é no sentido da adoção à teoria natalista. O Código Civil em vigor em 2002 segue as mesmas disposições do Código

²⁶⁴ AMARAL, Francisco. *Direito Civil*: introdução. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 222-224.

²⁶⁵ Art. 5, caput: “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (...)” (BRASIL. Constituição Federal. Brasília: Congresso Nacional, 1988).

²⁶⁶ Art. 1.609. O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável e será feito: I - no registro do nascimento; II - por escritura pública ou escrito particular, a ser arquivado em cartório; III - por testamento, ainda que incidentalmente manifestado; IV - por manifestação direta e expressa perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que o contém. Parágrafo único. O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou ser posterior ao seu falecimento, se ele deixar descendentes (BRASIL. O Novo Código Civil – lei n. 10406, de 10 de janeiro de 2002. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. São Paulo: Saraiva, 2002).

²⁶⁷ Art. 542. A doação feita ao nascituro valerá, sendo aceita pelo seu representante legal (BRASIL. O Novo Código Civil – lei n. 10406, de 10 de janeiro de 2002. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. São Paulo: Saraiva, 2002).

²⁶⁸ Art. 1.779. Dar-se-á curador ao nascituro, se o pai falecer estando grávida a mulher, e não tendo o poder familiar. Parágrafo único. Se a mulher estiver interdita, seu curador será o do nascituro (BRASIL. O Novo Código Civil – lei n. 10406, de 10 de janeiro de 2002. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. São Paulo: Saraiva, 2002).

²⁶⁹ Art. 1.799. Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder: I - os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão; (...) (BRASIL. O Novo Código Civil – lei n. 10406, de 10 de janeiro de 2002. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. São Paulo: Saraiva, 2002).

²⁷⁰ FARIA, Guilherme Nacif de. Personalidade: do início ao fim. In FIUZA, César Augusto de Castro (coord.). *Curso Avançado de Direito Civil*. São Paulo: IBO Thomson, 2004.

Civil de 1916; segundo a legislação vigente “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.”²⁷¹

No Direito Brasileiro, desde que viva e enquanto viva, o ser humano é considerado pessoa para efeitos jurídicos. O legislador de 2002 teve a oportunidade de alterar a situação, adotando uma nova teoria, mas assim não fez; deste modo, por uma razão de política legislativa (injustificada, é verdade) no território nacional, pelo menos seguindo o ordenamento jurídico pátrio, vigora-se a teoria natalista.

O Código Civil Italiano segue as mesmas disposições do Brasileiro. Nos termos do *Codice Civile Italiano*, os direitos que a lei reconhece a favor do concebido são subordinados ao evento do nascimento.²⁷² No entanto, na Itália há uma forte pressão religiosa, em especial por parte do Vaticano, para assegurar que se atribua a personalidade, em sentido moral e jurídico, no momento da concepção. Há, inclusive, uma proposta legislativa que objetiva a adoção da seguinte redação para o art. 1 do Codice Civile: cada ser humano tem a capacidade jurídica a partir da concepção.²⁷³

O Código Civil Português, por sua vez, expressa que “personalidade adquire-se no momento do nascimento completo e com vida. 2. os direitos que a lei reconhece aos nascituros dependem do seu nascimento.”²⁷⁴ O Código Civil Argentino, por influência de Teixeira de Freitas, adota a teoria verdadeiramente concepcionista²⁷⁵.

Apesar de todas essas teorias correlacionadas, conforme bem acentua Ronald Dworkin²⁷⁶, enquanto existirem divergências morais sobre convicções éticas e religiosas não será possível a adoção absoluta de uma dessas correntes. Então, a adoção de uma ou outra teoria não poderá limitar ou inviabilizar a proteção de um ente humano. Não cabe ao Direito

²⁷¹ BRASIL. O Novo Código Civil – lei n. 10406, de 10 de janeiro de 2002. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. São Paulo: Saraiva, 2002.

²⁷² “I diritti che la legge riconosce a favore del concepito sono subordinati all'evento della nascita” (ITÁLIA. (1942). Codice Civile. Disponível em: < <http://www.studiocelestano.it/codici/cc/>>. Acesso em: 30 mar. 2007).

²⁷³ “Ogni essere umano ha la capacità giuridica fin dal momento del concepimento” (CARLO CASINI apud BIGOTTE CHORÃO, Mário Emílio. Concepção realista da personalidade jurídica e estatuto do nascituro. *Brasileira de Direito Comparado*. Rio de Janeiro, n. 17, p. 261-296, 2. sem. 1999).

²⁷⁴ BIGOTTE CHORÃO; VARELA, Antunes. *Código Civil Português*: edição revista e atualizada. Coimbra: Coimbra, 1984. p. 59.

²⁷⁵ “Libro Pimero de las personas – Sección primera de las personas em general. Titulo IV: de la existência de las personas antes del nacimiento. Artículo 70. Desde la concepción em el seno materno comienza la existência de las personas; y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiesen nacido. Esos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos em el seno materno nacieren com vida, aunque fuera por instabtes después de estar separados de sua madre” (ARGENTINA. Código Civil. (1871). Disponível em: < http://www3.usal.es/~derepriv/refccarg/ccargent/libro1_secc1_titulo1a5.htm#titulo3>. Acesso em: 30 mar. 2007.>).

²⁷⁶ DWORKIN Ronald. *O Direito da Liberdade*: a leitura moral da Constituição norte americana. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 69-92.

definir parâmetros sobre o início da vida, propriamente dito; todavia, a revisão da personalidade jurídica, se a atribuição de direitos está, ou não, atrelada ao nascimento com vida, somente poderá ser feita no caso real, pois pode ser que existam interesses juridicamente tutelados; ou, ainda, que naquele caso haja uma contradição no próprio ordenamento que ora imputa direitos e ora não os considera. Para resolver a situação concreta, usa-se o discurso argumentativo.

Se a personalidade é envolvida com teorias para o seu início, a dignidade, por sua vez, não requer como pressuposto o nascimento com vida, mas o simples fato do ente ser reconhecido como humano, mesmo sem que haja o nascimento com vida. A proteção do bem da personalidade é feita, em um nível infraconstitucional, pelos Direitos da Personalidade e pelo Direito da Pessoa, que passam a ser estudados. No entanto, essa proteção deverá ser feita conforme os preceitos constitucionais, em especial, no que tange aos Direitos Fundamentais.

3.3 A personalidade do ente por nascer (nascituro e embrião criopreservado)

Ente por nascer é o ente humano já concebido, mas, ainda, não nascido. Podem ser assim considerados o nascituro e o embrião fecundado extra-corpóreo. Nos dias atuais, como mencionado, há uma série de relações jurídicas envolvendo o ente humano antes mesmo de seu nascimento, por exemplo, a doação a favor de nascituro ou dos não concebidos. Em razão disso, ganha importância o estudo sobre o tema.

3.3.1 O Nascituro

Nascituro é o concebido que está por nascer. É o embrião implantado no útero de uma mulher, em procedimento de evolução, de desenvolver. A doutrina muito questiona se poderia ser o nascituro considerado pessoa, em termos jurídicos, com a atribuição de personalidade e de direitos inerentes a ela. Isto é, “trata-se da questão de saber se o feto é uma pessoa constitucional, ou seja, uma pessoa cujos direitos e interesses têm de ser considerados tão

importantes quanto os de outras pessoas no esquema de direitos individuais estabelecidos pela Constituição.”²⁷⁷

A doutrina majoritária clássica brasileira é taxativa em afirmar que o nascituro

não é ainda uma pessoa, não é um ser dotado de personalidade jurídica. Os direitos que se lhe reconhecem permanecem em estado potencial. Se nasce e adquire personalidade, integram-se na sua trilogia essencial, sujeito, objeto e relação jurídica; mas, se se frustra, o direito não chega a constituir-se, e não há que se falar, portanto, em reconhecimento de personalidade ao nascituro, nem se admitir que antes do nascimento já ele é sujeito de direitos. Tão certo é isto que, se o feto não vem a termo, ou se não nasce vivo, a relação de direito não se chega a formar, nenhum direito se transmite por intermédio do natimorto, e a sua frustração opera como se ele nunca tivesse sido concebido, o que bem comprova a sua inexistência no mundo jurídico, a não ser que tenha nascimento.²⁷⁸

Como foi demonstrado anteriormente, o modelo de relação jurídica, propriamente dito, não pode servir para direcionar os estudos a respeito da personalidade jurídica. A ‘expectativa de direito’ a qual o nascituro é titular consiste em um direito subjetivo com eficácia suspensa até o nascimento com vida, portanto, o nascituro é detentor de direitos, e como tal, poderá ter de participar de situações jurídicas. A questão deve ser trabalhada sob o enfoque da situação jurídica, porque o nascituro não participa apenas de relações jurídicas enquanto detentor de um direito subjetivo, mas a ele também são endereçados interesses juridicamente protegidos, ônus, e demais situações.

O nascituro é interessado em situações jurídicas na medida em que ele pode participar como parte de uma relação jurídica processual, na qual será discutido um interesse legítimo ou um direito, com ônus probatório para os participantes. O direito a alimentos, por exemplo, tem origem no Direito Romano, que o reconhecia, desde a concepção, ao nascituro, para que esse nascesse com vida.²⁷⁹ Apesar de não estar expresso, de forma clara, no ordenamento jurídico nacional, uma análise sistemática do mesmo possibilita a defesa no sentido da participação do nascituro em situações jurídicas, por meio do representante legal. Este é o posicionamento do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, que proferiu a seguinte decisão:

²⁷⁷ DWORKIN Ronald. *O Direito da Liberdade: a leitura moral da Constituição norte americana*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 71.

²⁷⁸ PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições do Direito Civil*. V. I. Atual. Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 217.

²⁷⁹ ALMEIDA, Silmara Chinelato e. Direito do nascituro a alimentos: uma contribuição do Direito Romano. *Revista Brasileira do Direito Comparado*. Rio de Janeiro, ano VII, n. 13, p. 107-132, 2 sem. 1992.

FAMÍLIA. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE E ALIMENTOS. NATUREZA PERSONALÍSSIMA DA AÇÃO. LEGITIMIDADE ATIVA. DIREITO DO NASCITURO. São legitimados ativamente para a ação de investigação de paternidade e alimentos o investigante, o Ministério Público, e também o nascituro, representado pela mãe gestante.²⁸⁰

Igualmente aceitas são as demandas que versam sobre investigação de paternidade, direitos sucessórios e direito à indenização decorrente da morte de um dos genitores:

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE. - AÇÃO PROPOSTA PARA O RECONHECIMENTO DE FILHO NASCITURO. - FILHO NASCITURO. CAPACIDADE PARA SER PARTE. - MORTE DO INVESTIGANTE APÓS A PROPOSITURA DA AÇÃO. EFEITOS. - MORTE DE UMA DAS PARTES. HERDEIRO. HABILITAÇÃO. INAPLICABILIDADE DO CC-1621. - LEGITIMIDADE DE PARTE. MÃE DE FILHO NASCITURO. - AÇÃO PERSONALÍSSIMA. DISPOSIÇÕES DOUTRINÁRIAS E JURISPRUDENCIAIS. - PETIÇÃO DE HERANÇA. CUMULAÇÃO DE PEDIDOS.²⁸¹

EMENTA: RESPONSABILIDADE CIVIL - ACIDENTE DE TRÂNSITO - MORTE DA VÍTIMA - SEGURADORA - RESPONSABILIDADE PELO VALOR CONTIDO NA APÓLICE. ILEGITIMIDADE DA PRIMEIRA AUTORA - INOCORRÊNCIA - DANO MORAL - NASCITURO - MORTE DO PAI - INDENIZAÇÃO DEVIDA - PENSÃO MENSAL - CONSIDERAÇÃO DOS MESMOS CRITÉRIOS FIXADOS PARA OS FILHOS LEGÍTIMOS DA VÍTIMA - DPVAT - COMPENSAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE. (...) Embora o nascituro não tenha, por óbvio, conhecido ou convivido com o pai, antes do falecimento deste, não se pode negar que ele, assim como o filho de tenra idade, cujo pai teve sua vida ceifada precocemente, em razão de ato ilícito perpetrado por terceiro, é sujeito passivo de dano moral, na medida em que terá de conviver e de se conformar com a ausência do ente querido durante toda a sua vida. Afinal, o fato de a criança não ter conhecido o pai não minimiza ou elimina a dor e o abalo moral que sofrerá, por não tê-lo presente, notadamente nos primeiros anos de vida, acompanhando o seu crescimento, levando-o à escola e aos passeios e orientando-o, enfim, sendo privado do direito natural de ter o genitor presente em sua vida. (...) 5- Em se tratando de indenização por danos materiais, em virtude de acidente de trânsito com vítima fatal, afigura-se justa a utilização dos mesmos critérios para a indenização concedida a todos os filhos, resultantes ou não da união conjugal.²⁸²

O direito atual reconhece até mesmo a possibilidade de uma pessoa já nascida com vida requerer ressarcimento por algum dano sofrido em sua fase pré-natal, ou no momento da procriação, ou até mesmo por fatos anteriores à procriação que repercutiram posteriormente:

²⁸⁰ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Autos n. 1.0024.04.377309-2/001(1). Rel. Des. Duarte de Paula. Publicado em 10 jun. 2006. Disponível em: <

http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=24&ano=4&numeroProcesso=377309&complemento=1&sequencial=0&pg=0&resultPagina=10&palavrasConsulta=nascituro&tipoMarcacao=>. Acesso em: 16 abr. 2007.

²⁸¹ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Disponível em:

<http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/ementa.php>. Acesso em: 03 mar. 2006.

²⁸² MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Civil n. 457.684-7. Rel. Des. Maurício Barros. Publicado em 08 jun. 2005. Disponível em: <www.tjmg.gov.br>. Acesso em: 1 agos. 2006.

na jurisprudência americana, há o registro de uma ação intentada em 1980 contra a mãe por um filho, representado pelo pai, na qualidade de tutor, por danos causados à dentição da criança, em consequência de ter a mãe absorvido medicamentos contendo a substância tetracycline. A Corte de Apelação do Michigan reconheceu, no julgamento deste caso, Grodin c. Grodin a existência do dever legal da mãe em relação ao filho, desde a concepção. Deveria ela ter evitado qualquer comportamento abusivo ou negligente que pudesse causar dano ao filho em formação e não evitou.²⁸³

Considerando o exposto, não cabe mais ao nascituro a caracterização de pessoa em potencial, em razão de ser ele, nascituro, centro normativo de imputação de direitos e deveres, e, conseqüentemente, titular de uma situação jurídica. Reconhecer ao nascituro legitimidade processual requer, no mínimo, reconhecê-lo como titular de um direito a ser discutido judicialmente. Se há direito, argumentativamente poderá haver personalidade, o que faz com que o nascituro possa ser considerado pessoa, para fins jurídicos, no caso concreto.

Ronald Dworkin²⁸⁴ analisa a questão. Segundo o autor, Direito e Moral são inseparáveis, portanto, propõe uma leitura moral dos dispositivos constitucionais para verificar se, juridicamente, um ente poderá ser considerado pessoa. Pessoa no sentido constitucional. Para a leitura moral, deve-se ter por base um caso concreto, pois será ele que oferecerá elementos para a realização desse estudo. A leitura moral insere a moralidade política no próprio âmago do Direito Constitucional e defende que os princípios morais mais abstratos são, na realidade, limites aos poderes estatais. Essa situação será viabilizada pela interpretação construtiva. Assim,

o Estado deve tratar todas as pessoas sujeitas a seu domínio como dotadas do mesmo *status* moral e político, deve tentar, de boa-fé, tratar a todas com a mesma consideração (*equal concern*); e deve respeitar todas e quaisquer liberdades individuais que forem indispensáveis para esses fins.²⁸⁵

²⁸³ BERTI, Silma Mendes. Dano ao feto. *Âmbito Jurídico*. Rio Grande, n. 35. Disponível em <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1414>. Acesso em 21 mar. 2007. No Brasil, adota-se a teoria favorável à possibilidade de indenização requerida por ente já nascido decorrente de dano em sua fase pré-natal, ou no momento da procriação, ou até mesmo por fato anterior à procriação que repercutiram posteriormente Maria Helena Diniz e Tânia da Silva Pereira. (DINIZ, Maria Helena. Reflexões Jurídico-Filosóficas sobre a Problemática das Novas Técnicas Científicas de Reprodução Humana Assistida e a Questão da Responsabilidade Civil por Dano Moral ao Pré-Embrião e Nascituro. *Livro de Estudos Jurídicos*. São Paulo, v. 08, p. 207-231, 1994. PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da Criança e do Adolescente*: uma proposta interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 1996).

²⁸⁴ DWORKIN Ronald. *O Direito da Liberdade*: a leitura moral da Constituição norte americana. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 69-92.

²⁸⁵ DWORKIN Ronald. *O Direito da Liberdade*: a leitura moral da Constituição norte americana. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 11.

A colocação da Moral junto à interpretação poderá, contudo, possibilitar recair em uma análise valorativa, e não normativa, da situação concreta. No entanto, deve-se ter em vista que será na argumentação que se terá a resposta para o caso concreto, e, assim na hipótese de o nascituro ser considerado pessoa em termos jurídicos, o fato de vislumbrar a personalidade como referencial de imputação problemática na argumentação em face de situações jurídicas, “descarrega toda e qualquer pretensa argumentação moral e também meramente funcional em seu reconhecimento.”²⁸⁶ O aborto consentido pelo Direito Penal, quando a mulher foi vítima de estupro, pode ser um caso, no qual o ordenamento jurídico não personifica o nascituro. Dessa forma, a personificação, ou não, só poderá ser alegada na argumentação das circunstâncias reais de um caso.

3.3.2 O embrião criopreservado

Segundo o Conselho Nacional de Saúde, embrião é o produto da concepção, desde a fecundação do óvulo até o final da décima segunda semana de gestação.²⁸⁷ Essa definição apresenta falhas, pois não leva em consideração a possibilidade da concepção ter ocorrido extra corpórea.

Para tentar resolver o problema terminológico, foi criado, no Reino Unido e nos Estados Unidos²⁸⁸, o termo pré-embrião, para designar o ovo fecundado de duas semanas (zigoto fertilizado extra-uterino), do qual ainda não pode ser revelada a estrutura. Entretanto,

trata-se também de terminologia de circunstância, terminologia hipócrita, por possibilitar autorização para todas as experimentações *in vitro* sobre embriões. Além do mais, o novo termo abre o caminho para ‘coisificar’ o ser humano. (...). Técnica e juridicamente correto é denominá-lo embrião pré-implantatório ou embrião não implantado, cuja natureza humana é inegável.²⁸⁹

²⁸⁶ CHAMON JÚNIOR, Lúcio. *Teoria Geral do Direito Moderno: por uma reconstrução crítico - discursiva na Alta Modernidade*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 145.

²⁸⁷ BRASIL. Conselho Nacional de Saúde. Resolução n. 1/88. Disponível em: < www.bioetica.ufrgs.br/r01-88.htm>. Acesso em: 13 out. 2004. Essa resolução foi revogada pela resolução n. 196 de 10 de outubro de 1996, que não traz o conceito mencionado.

²⁸⁸ BERTI, Silma Mendes. Fragilização dos Direitos da Personalidade. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*. Belo Horizonte, v. 3, n. 5 e 6, 1º e 2º sem. 2000.

²⁸⁹ BERTI, Silma Mendes. Fragilização dos Direitos da Personalidade. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*. Belo Horizonte, v. 3, n. 5 e 6, 1º e 2º sem. 2000.

Em que pese a discussão doutrinária a respeito da nomenclatura a ser dada ao embrião fertilizado extra uterino e não implantado no útero de uma mulher, há na doutrina uma discussão muito maior: questiona-se, também, se esse seria pessoa constitucional e se o atributo da personalidade seria elástico para abrangê-lo. A polêmica envolvendo a questão aumenta, quando se discute qual seria o destino a ser dado a esses embriões: adoção por um outro casal, doação para pesquisa científica ou descarte.

As raízes patrimoniais ainda deixam vestígios, um exemplo disso é a questão da diferença de aplicação de institutos jurídicos no caso da destinação do embrião criopreservado excedentários na aplicação das técnicas de reprodução assistida a um casal diverso daquele que se submeteu à técnica. Não raro, a doutrina discute se correto seria a aplicação do instituto da adoção ou da doação. A adoção é ato jurídico pelo qual uma pessoa recebe outra como filho, independentemente de existir entre elas qualquer relação de parentesco por consangüinidade ou por afinidade. Tendo em vista a finalidade do instituto da adoção, observa-se que, em relação ao caso do destino dos embriões não implantados, é possível a aplicabilidade de alguns princípios do referido instituto jurídico. Como exemplo, tem-se a situação ocorrida na Itália, em 1996, em que a associação que prestava assistência em casos de patologias materno-infantis, a Artimísia, ofereceu para custear os gastos de manutenção e assistência aos embriões congelados de clínicas inglesas, bem como transferi-los, gratuitamente, para o útero das mulheres interessadas, utilizando o procedimento da adoção, para evitar que os referidos embriões fossem descartados.²⁹⁰

O instituto da doação, por sua vez, no Direito Brasileiro, concretiza-se no contrato de doação, sendo que um dos pressupostos de existência de um contrato é a sua patrimonialidade. Critica-se o uso do instituto da doação na destinação dos embriões criopreservados, uma vez que esses não podem ser vistos como bem de natureza patrimonial, ou ao menos convertido a essa natureza, conforme a doutrina civil-constitucional. Contudo, não raros são o uso e a aplicação do instituto da doação para dar-se um destino aos embriões excedentes, devido às raízes patrimoniais que ainda estão presentes no Direito Privado.

Perante a possibilidade do embrião humano ser gestado, não se pode desconsiderar a hipótese da gestação ser feita em uma terceira mulher, dentre as restrições apresentadas pelo Conselho Federal de Medicina²⁹¹, a saber: as doadoras temporárias do útero devem pertencer

²⁹⁰ LEI exige que embriões sejam destruídos depois de cinco anos. Disponível em: <www.estadao.estadao.com.br>. Acesso: 5 out. 2003.

²⁹¹ BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução n. 1358/92. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/1992/1358_1992.htm>. Acesso em: 24 mar. 2006.

à família da doadora genética, num parentesco até o segundo grau, sendo os demais casos sujeitos à autorização do Conselho Regional de Medicina. Além disso, a doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial.

Em detrimento às opiniões contrárias, como a de Francisco Amaral, acima exposta, e a de Orlando Gomes²⁹², que considera que, a partir do momento em que foi atribuído direito, há, então, personalidade, outra parte da doutrina defende que o embrião não implantado não pode ser considerado detentor de personalidade, pois lhe falta viabilidade. Isto é, sequer houve uma implantação em um útero de mulher para que ele passasse a ter possibilidade de desenvolvimento, tornando, assim, um feto, um nascituro. Tal pensamento apresenta-se como um dos condutores para as pesquisas científicas com embrião não implantado.

No Brasil, a Lei n. 11.105 de 24 de março de 2005, permite, para fins de pesquisa e terapia, a utilização de células-tronco embrionárias obtidas de embriões humanos produzidos por fertilização *in vitro* e não utilizados no respectivo procedimento, quando forem eles inviáveis, ou estiverem congelados há três anos ou mais²⁹³. No entanto, exige-se, em qualquer caso, o consentimento dos genitores.

A justificativa para a promulgação da mencionada lei é a regulamentação dos já existentes embriões criopreservados. Estimava-se que até no primeiro trimestre do ano 2006, segundo o censo realizado pela Sociedade Brasileira de Reprodução Assistida, havia 9.914 embriões congelados nas 15 maiores clínicas brasileiras de reprodução humana. Desses, 3.219 estariam congelados há mais de três anos²⁹⁴.

Diante dessa lei, o então Procurador Geral de República Cláudio Fonteles²⁹⁵ ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3510-0/600, sob o fundamento que o conceito jurídico do início da vida não se esgota no campo do Direito Civil, além disso, em análise exclusivamente de ordem científica, implica que há vida desde a fecundação, e, portanto, desde desse instante é necessário que se preserve sua inviolabilidade.

Em decisão inédita, o Supremo Tribunal Federal convocou, em 20 de abril de 2007, Audiência Pública com a finalidade de ouvir cientistas especialistas no tema para discutir

²⁹² GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 4.ed. Atual. Humberto Theodoro. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 141-144.

²⁹³ A decisão se o tempo máximo de congelamento é de três anos é uma questão de política legislativa, desvinculada de qualquer posicionamento bio-jurídico. A Espanha permite a pesquisa com células-tronco provenientes de embriões congelados não utilizados em técnicas de RA, desde que seja autorizada pelo casal do qual se originou o pré-embrião, depois de transcorrido o prazo de 20 anos (*ESPAÑA autoriza pesquisa com células-tronco*). Disponível em: <www.uol.com.br>. Acesso em 5 out. 2003).

²⁹⁴ COLLUCCI, Cláudia. *Total de embriões congelados no Brasil é um décimo do previsto*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/ciencia/ult306u13158.shtml>>. Acesso em: 22 mar. 2006.

²⁹⁵ CÉLULAS-TRONCO na mira de Fonteles. Disponível em:

<http://www.cnbb.org.br/documento_geral/Celulas_tronconamiradeFonteles.doc>. Acesso em: 22 mar. 2006.

sobre o início da vida. Em que pese a defesa de Cláudio Fonteles contra a utilização de células tronco de embriões humanos em pesquisas e terapias, nos debates prevaleceu a defesa do uso de células embrionárias.²⁹⁶

Em 5 de março de 2008, o Min. Carlos Britto, relator da Ação Direta de Inconstitucionalidade, julgou improcedente o pedido formulado, no que foi acompanhado pela Min. Ellen Gracie. Segundo o relator, o artigo impugnado é um “bem concatenado bloco normativo que, sob condições de incidência explícitas, cumulativas e razoáveis, contribuiria para o desenvolvimento de linhas de pesquisa científica das supostas propriedades terapêuticas de células extraídas de embrião humano *in vitro*.”²⁹⁷ Em seu voto

asseverou que as pessoas físicas ou naturais seriam apenas as que sobrevivem ao parto, dotadas do atributo a que o art. 2º do Código Civil denomina personalidade civil, assentando que a Constituição Federal, quando se refere à “dignidade da pessoa humana” (art. 1º, III), “direitos da pessoa humana” (art. 34, VII, b), “livre exercício dos direitos... individuais” (art. 85, III) e “direitos e garantias individuais” (art. 60, § 4º, IV), estaria falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa. Assim, numa primeira síntese, a Carta Magna não faria de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativiva, e que a inviolabilidade de que trata seu art. 5º diria respeito exclusivamente a um indivíduo já personalizado. Reconheceu, por outro lado, que o princípio da dignidade da pessoa humana admitiria transbordamento e que, no plano da legislação infraconstitucional, essa transcendência alcançaria a proteção de tudo que se revelasse como o próprio início e continuidade de um processo que desaguasse no indivíduo-pessoa, citando, no ponto, dispositivos da Lei 10.406/2002 (Código Civil), da Lei 9.434/97, e do Decreto-lei 2.848/40 (Código Penal), que tratam, respectivamente, dos direitos do nascituro, da vedação à gestante de dispor de tecidos, órgãos ou partes de seu corpo vivo e do ato de não oferecer risco à saúde do feto, e da criminalização do aborto, ressaltando, que o bem jurídico a tutelar contra o aborto seria um organismo ou entidade pré-natal sempre no interior do corpo feminino. Aduziu que a lei em questão se referiria, por sua vez, a embriões derivados de uma fertilização artificial, obtida fora da relação sexual, e que o emprego das células-tronco embrionárias para os fins a que ela se destina não implicaria aborto. Afirmou que haveria base constitucional para um casal de adultos recorrer a técnicas de reprodução assistida que incluísse a fertilização *in vitro*, que os artigos 226 e seguintes da Constituição Federal dispõem que o homem e a mulher são as células formadoras da família e que, nesse conjunto normativo, estabelecer-se-ia a figura do planejamento familiar, fruto da livre decisão do casal e fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável (art. 226, § 7º), inexistindo, entretanto, o dever jurídico desse casal de aproveitar todos os embriões eventualmente formados e que se revelassem geneticamente viáveis, porque não imposto por lei (CF, art. 5º, II) e incompatível com o próprio planejamento familiar. Considerou, também, que, se à lei ordinária seria permitido fazer coincidir a morte encefálica com a cessação da vida de uma certa pessoa humana, a justificar a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo ainda fisicamente pulsante para fins de transplante, pesquisa e

²⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=69691&caixaBusca=N>>. Acesso em: 18 abril 2008.

²⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=69691&caixaBusca=N>>. Acesso em: 18 abril 2008.

tratamento (Lei 9.434/97), e se o embrião humano de que trata o art. 5º da Lei da Biossegurança é um ente absolutamente incapaz de qualquer resquício de vida encefálica, a afirmação de incompatibilidade do último diploma legal com a Constituição haveria de ser afastada. Por fim, acrescentou a esses fundamentos, a rechaçar a inconstitucionalidade do dispositivo em questão, o direito à saúde e à livre expressão da atividade científica. Frisou, no ponto, que o § 4º do art. 199 da CF (“A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.”) faria parte, não por acaso, da seção normativa dedicada à saúde, direito de todos e dever do Estado (CF, art. 196), que seria garantida por meio de ações e serviços qualificados como de relevância pública, com o que se teria o mais venturoso dos encontros entre esse direito à saúde e a própria Ciência (CF, art. 5º, IX).²⁹⁸

Após a leitura do voto, o Min. Menezes Direito pediu vista dos autos, o que impossibilitou uma decisão imediata da Corte Superior. Em 29 de maio de 2008, o Supremo Tribunal, por decisão da maioria, julgou improcedente o pedido de referida Ação Declaratória, permitindo, portanto, a pesquisa com células-tronco, em território nacional.

Para alisar a decisão do Supremo Tribunal Federal é necessário voltar ao estudo da dignidade da pessoa humana, buscando nas lições de Alexandre de Moraes seu conceito, não ainda como princípio jurídico, mas como valor social a ser observado e respeitado. Segundo tal doutrinador,

a dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, **somente excepcionalmente**, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.²⁹⁹ (grifo nosso)

Esse caráter excepcional apontado por Alexandre de Moraes é perfeitamente verificável na decisão do Supremo sobre a pesquisa com células –tronco.

Antes de tudo, importante ressalva dever ser feita: no ano de 2007, na ADPF 54³⁰⁰, o pleno do mesmo Tribunal cassou a liminar concedida pelo Min. Rel. Marco Aurélio quatro meses após a mesma ter sido concedida e não permitiu que fosse afastada a pena daqueles que participem de interrupção de gravidez no caso de feto anencéfalo por considerar que apenas o

²⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo 497. Brasília, 3 a 7 de março de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/arquivo/informativo/documento/informativo497.htm#ADI%20e%20Lei%20da%20Biosseguran%20-%201>>. Acesso em: 19 abril 2008.

²⁹⁹ MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 60.

³⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 54. Min. Rel. Marco Aurélio. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=54&classe=ADPF-QO&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 30 jun. 2008.

feto com capacidade potencial de ser pessoa pode ser sujeito passivo do crime de aborto. Naquela ocasião, foi determinada a suspensão de todas as ações penais em curso relativas à matéria. Até a conclusão do presente estudo, ainda não havia decisão definitiva para a demanda.

Até a decisão relativa à Lei de Biossegurança acreditava-se que a razão para o Supremo ter tomado tal postura na ADPF 54 seria porque o pleno do STF decidiria que a vida humana iniciaria com a concepção e por isso já se teria um sujeito de direitos e, diante disso, mesmo que este venha a morrer logo após seu nascimento ou que venha ser considerado natimorto, antes da morte encefálica, mesmo não sendo o feto anencéfalo dotado de cérebro, não poderia ser retirado do útero materno, sob pena de aborto.

Com a decisão na Ação Direta de Inconstitucionalidade relativa à lei de biossegurança, o Supremo Tribunal adotou a tese de que a vida humana inicia-se com a nidação e a consequente viabilidade do embrião em se desenvolver quando implantado no útero de mulher. Adotando a tese da viabilidade, na verdade, o tribunal excepcionou o direito à vida, oriundo do princípio da dignidade humana a que o ente por nascer é moral e constitucionalmente dotado, para atender o direito à vida daqueles que esperam que a Ciência lhes traga dignidade com a cura para suas enfermidades.

Em tese, uma pessoa já nascida teria o mesmo patamar de um ente embrionário que, se implantado, poderia vir a nascer com vida. No entanto, contextualmente, o Supremo Tribunal Federal admitiu que a pessoa nascida exerce uma atividade social de maior relevância do que aquele ente que sequer é possível a certeza de seu nascimento com vida.

Apesar dessa análise, não se pode deixar de mencionar que a decisão na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade se deu em abstrato e seu julgamento está mais relacionado aos *policis*³⁰¹ do que no Direito, em razão da forte pressão que o órgão sofreu principalmente pelos meios religiosos, médicos e acadêmico.

A pesquisa científica, nos moldes legais, não admite que haja a produção de embriões para servir para pesquisas de cunho estético, ou mesmo científico, mas somente embriões excedentes da aplicação das técnicas de reprodução assistida poderão ser destinados a pesquisas que têm por finalidade a cura de doenças graves, como o câncer, o combate ao vírus HIV, dentre outras. Essa posição não é, contudo, justificadora ou mesmo adepta das práticas de eugenia praticada pelos regimes totalitários. Pelo contrário, essas pesquisas devem,

³⁰¹ “Geralmente, consiste na melhoria de algum aspecto econômico, político ou social da comunidade, buscando promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável.” PEDRON, Flávio Quinaud. Sobre a semelhança entre interpretação jurídica e interpretação literária em Ronald Dworkin. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*. Belo Horizonte, v.8, n. 15, p. 119-139, 1º sem. 2005.

obrigatoriamente, ser de natureza terapêutica, de descoberta de curas de doenças que assombram toda a sociedade, em busca de uma melhoria nas condições de vida humana, e não que garantam a melhoria e/ou desenvolvimento da espécie.

A viabilidade, ou melhor, a inviabilidade é um dos fundamentos para a destinação dos embriões criopreservados à pesquisa. Por inviabilidade entende-se a incapacidade de desenvolvimento do ente humano em razão de uma anomalia incompatível com a vida humana. Nesse ponto, não se pode retomar a questão da viabilidade humana do Direito da Antiguidade, até hoje presente em alguns ordenamentos, como o Direito Francês³⁰², pois na Antiguidade trabalhou-se a questão sob o enfoque do nascituro e da personalidade.

Na Dinamarca, a legislação vigente sobre o assunto data de 1997 e apenas autoriza a pesquisa com embriões, quando o objetivo da pesquisa for ou o de aperfeiçoar as técnicas de fertilização artificial ou o de aperfeiçoar as técnicas de investigação genética do embrião. Na Alemanha, a “Lei de Proteção do Embrião”, em vigor desde 1991, admite a manipulação embrionária apenas com as finalidades diagnósticas e para o próprio benefício do embrião, ambas as hipóteses devem ter por objetivo maior a implantação desse embrião, para que se proceda a gestação.³⁰³

A Espanha, diferentemente dos países mencionados, por meio da Lei n. 35/1988, e da Lei 42/1988, admite a doação e uso de embriões humanos e fetos ou das suas células, tecidos e órgãos em pesquisas de cunho científico, desde que os embriões pesquisados sejam inviáveis. No entanto, as legislações não traçam qualquer critério sobre as hipóteses em que se teria a inviabilidade.³⁰⁴

A Grã-Bretanha também admite a pesquisa com embriões não implantados. No entanto, a legislação vigente delimita os casos específicos em que essa pesquisa se dará, como, por exemplo, nos casos de investigação sobre o aborto, esterilidade, doenças genéticas, doenças graves e respectivos tratamentos, e na investigação do desenvolvimento dos embriões humanos. Em todos os casos, os embriões devem ser eliminados no período de 14 dias após a

³⁰² No Direito Francês, como no antigo Direito Italiano, não basta o nascimento com vida. Diz-se ser necessário ainda que o ser nascido seja viável. A viabilidade é a aptidão para a vida e situa-se na compleição fisiológica para viver, qualidade que não têm os seres a que faltam órgãos essenciais (PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições do Direito Civil*. V. I. Atual. Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2004).

³⁰³ O QUE é legal? Disponível em: <http://www.bionetonline.org/portugues/Content/sc_leg2.htm>. Acesso em: 10 abr. 2007.

³⁰⁴ TRÍAS, Encarna Roca i. *Direitos de reprodução e eugenia*. In CASABONA, Carlos Maria Romeo (org.). *Biotecnologia, Direito e Bioética*. Belo Horizonte: Del Rey e PUC Minas, 2002.

fertilização, o que demonstra um posicionamento genético–desenvolvimentista naquele país.³⁰⁵

A questão merece cautela, como observa Habermas,

um provável cenário do desenvolvimento de médio prazo poderia se apresentar da seguinte forma: na população, na esfera pública da política e na esfera parlamentar, impõe –se inicialmente a idéia de que o recurso ao diagnóstico genético de pré-implantação deve ser considerado por si só como moralmente admissível ou juridicamente aceitável, se sua aplicação for limitada a poucos e bem definidos casos de doenças hereditárias graves que poderiam ser suportadas pela própria pessoa potencialmente em questão. Posteriormente, em virtude dos avanços biotécnicos e dos êxitos na terapia genética em células somáticas (ou até em linhagens germinativas), a fim de prevenir essas doenças hereditárias e outras semelhantes. Com esse segundo passo, que não apenas apresenta objeções às premissas da primeira decisão como é coerente com ela, surge a necessidade de separar essa eugenia “negativa” (como parece ser justificada) daquela “positiva” (inicialmente considerada injustificada). Por razões conceituais e práticas, esse limite entre as duas é flutuante e, portanto, a intenção de conter as intervenções genéticas que beiram esse limite do aperfeiçoamento genético de características nos confronta com um desafio paradoxal: justamente nas dimensões em que os limites são pouco definidos, precisamos traçar e impor fronteiras precisas³⁰⁶.

A polêmica da destinação dos embriões criopreservados aumenta quando se cogita a possibilidade de descarte dos mesmos. Os defensores desse posicionamento alegam que

admite-se a destruição de embriões criados in vitro e conservados, uma vez que não se tem em nenhum caso a segurança de que a prolongação do congelamento permitia assegurar a dignidade humana, princípio que, como já se viu, rege todo o sistema de proteção dos embriões (...)³⁰⁷.

Na Noruega, o tempo legal para a estocagem de embriões nos bancos é de 3 anos, transcorrido esse prazo, poderão ser descartados os não utilizados. Na Inglaterra, o prazo é de 5 anos, após esse tempo poderão ser descartados os excedentes. Na Áustria, não há um prazo estipulado para a conservação dos embriões, e sim, o prazo de 1 ano para a criopreservação dos gametas. Na França, o embrião poderá ficar congelado até 5 anos, após esse prazo, poderá ser descartado ou doado a um casal infértil. Para evitar o problema da destinação dos embriões, a Lei Alemã de Proteção ao Embrião, de 13/12/90, determina que a reprodução assistida seja regulamentada, por vias indiretas, pelo Direito Penal. Para esse regulamento, é

³⁰⁵ O QUE é legal? Disponível em: <http://www.bionetonline.org/portugues/Content/sc_leg2.htm>. Acesso em: 10 abr. 2007.

³⁰⁶ HABERMAS, Jurgen. *O futuro da natureza humana*. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 26-27.

³⁰⁷ TRÍAS, Encarna Roca i. *Direitos de reprodução e eugenia*. In CASABONA, Carlos María Romeo (org.). *Biocologia, Direito e Bioética*. Belo Horizonte: Del Rey e PUC Minas, 2002. p. 118.

obrigatória a implantação de todos os embriões obtidos, que não podem ser mais de três, em um mesmo ciclo.³⁰⁸

No Brasil, a questão é delicada. A lei brasileira ora imputa a personalidade ao ente embrionário ora não. Ao tratar as questões da prole eventual, do já mencionado art. 1.799, CC, o legislador vislumbrou a possibilidade do ente embrionário e até mesmo dos ainda não concebidos serem titulares de situações jurídicas, isto é, atribuiu-se personalidade a esses entes assumindo o papel de herdeiros legítimos. No mesmo patamar, a lei infra-constitucional de biossegurança vigente, contudo, não atribui personalidade ao embrião excedentário, ou, no mínimo, a mitiga por prevê que ele possa ser destinado a pesquisas.

Lúcio Chamon propõe uma revisita à questão da atribuição da personalidade ao nascituro. Segundo o autor,

Se fôssemos considerá-lo como referencial tão-somente de direitos poderíamos ser tentados a desconsiderá-lo enquanto um referencial, mesmo porque esta situação na argumentação poderia ser problematizada não em termos dos direitos do nascituro, mas dos deveres de outrem – como, de certa forma, fora problematizado por Kelsen. Todavia tal argumentação, além de jamais poder ser pretendida como generalizada, pressupõe a compreensão dos direitos e deveres como atrelados à teoria da relação jurídica. E se porventura um sujeito, agindo em estado de necessidade legitimamente configurado, afeta um direito cujo referencial é o nascituro em razão de um patrimônio que lhe foi doado? Na própria argumentação jamais poderíamos pretender que tal violação de direito teria por referencial os pais do nascituro. Bem como também quaisquer deveres que tenham por referencial situações jurídicas em que o nascituro se apresenta como central na argumentação de imputação – tal como tributo incidente sobre os bens a ele destinados – jamais haverão que ser interpretados como deveres imputados (referenciados) aos pais – ainda que, enquanto representantes legais, tenham o dever de proceder ao cumprimento daquele. Isto porque o nascituro pode, pois, se configurar como um centro, um referencial de imputação não só de direitos mas também de deveres.³⁰⁹

Diante dessa tese, mais uma vez ressalta-se a importância da colocação das teorias apresentadas diante de uma situação real. Será no caso concreto que se procurará encontrar, por meio de uma atitude argumentativa, um conteúdo para o princípio da dignidade da pessoa humana e para os demais princípios constitucionais envolvidos. Será, também, o caso concreto que fornecerá elementos de análise, como a argumentação trazida pelas partes. E, por fim, será o caso concreto que fará com que o representante do Poder Judiciário possa oferecer uma melhor adequação e uma melhor justificação da prática jurídica como um todo,

³⁰⁸ TRÍAS, Encarna Roca i. *Direitos de reprodução e eugenia*. In CASABONA, Carlos Maria Romeo (org.). *Biocologia, Direito e Bioética*. Belo Horizonte: Del Rey e PUC Minas, 2002.

³⁰⁹ CHAMON JÚNIOR, Lúcio. *Teoria Geral do Direito Moderno: por uma reconstrução crítico - discursiva na Alta Modernidade*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 146.

ao proferir a decisão. Não há como analisar, abstratamente, uma situação em que a dignidade da vida humana e a dignidade do ser humano estejam envolvidas.

Mas o caso concreto formentará justificativa não apenas para a questão da dignidade, uma vez que a qualidade de ser dotado de personalidade também só fará sentido se analisada perante um caso real, pois será nele que se procederá a argumentação legitimamente construída para atribuir ou não personalidade a um determinado ente humano.

3.4 A personalidade *post mortem*

Ao Direito, não cabe determinar o momento em que se dará a morte, essa é uma construção biológica, que já foi alvo de algumas mudanças. Inicialmente, acreditaram que a morte se dava com a cessação das funções orgânicas – ausência de batimentos cardíacos, respiratórios, musculares; em um momento posterior, diante da possibilidade de transplantes de órgão e tecidos³¹⁰, a morte passou a ocorrer com o fim, irreversível, de toda atividade cerebral (morte encefálica).

O Conselho Federal de Medicina estabelece critérios para a caracterização da morte encefálica. Segundo o Conselho, na Resolução n. 1.480,

Art. 1. A morte encefálica será caracterizada através da realização de exames clínicos e complementares durante intervalos de tempo variáveis, próprios para determinadas faixas etárias. Art. 2º. Os dados clínicos e complementares observados quando da caracterização da morte encefálica deverão ser registrados no "termo de declaração de morte encefálica" anexo a esta Resolução. Parágrafo único. As instituições hospitalares poderão fazer acréscimos ao presente termo, que deverão ser aprovados pelos Conselhos Regionais de Medicina da sua jurisdição, sendo vedada a supressão de qualquer de seus itens. Art. 3º. A morte encefálica deverá ser consequência de processo irreversível e de causa conhecida. Art. 4º. Os parâmetros clínicos a serem observados para constatação de morte encefálica são: coma aperceptivo com ausência de atividade motora supra-espinal e apnéia. Art. 5º. Os intervalos mínimos entre as duas avaliações clínicas necessárias para a caracterização da morte encefálica serão definidos por faixa etária, conforme abaixo especificado: a) de 7 dias a 2 meses incompletos - 48 horas; b) de 2 meses a 1 ano incompleto - 24 horas; c) de 1 ano a 2 anos incompletos - 12 horas; d) acima de 2 anos - 6 horas Art. 6º. Os exames complementares a serem observados para constatação de morte encefálica deverão demonstrar de forma inequívoca: a) ausência de atividade elétrica cerebral ou, b) ausência de atividade metabólica cerebral ou, c) ausência de perfusão sanguínea cerebral. Art. 7º. Os exames

³¹⁰ Sobre o tema ver: SÁ, Maria de Fátima Freire. *Biodireito e Direito ao Próprio Corpo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

complementares serão utilizados por faixa etária, conforme abaixo especificado: a) acima de 2 anos - um dos exames citados no Art. 6º, alíneas "a", "b" e "c"; b) de 1 a 2 anos incompletos: um dos exames citados no Art. 6º, alíneas "a", "b" e "c". Quando optar-se por eletroencefalograma, serão necessários 2 exames com intervalo de 12 horas entre um e outro; c) de 2 meses a 1 ano incompleto - 2 eletroencefalogramas com intervalo de 24 horas entre um e outro; d) de 7 dias a 2 meses incompletos - 2 eletroencefalogramas com intervalo de 48 horas entre um e outro. Art. 8º. O Termo de Declaração de Morte Encefálica, devidamente preenchido e assinado, e os exames complementares utilizados para diagnóstico da morte encefálica deverão ser arquivados no próprio prontuário do paciente.³¹¹

A postura biológica repercutiu no Direito, que passou a admitir a abertura da sucessão a partir da morte encefálica, se o caso real assim exigir.

Para facilitar as convenções humanas, o Direito, além da morte natural, admite a morte presumida. Nos termos do Código Civil nacional, poderá ser declarada a morte presumida quando o procedimento de ausência já estiver findo e a pessoa ausente continuar desaparecida ou quando a pessoa ausente contar com oitenta anos e há cinco anos não se tiver notícias de seu paradeiro. Ausente é a pessoa que desaparece, sem deixar notícias de seu paradeiro, de seu círculo familiar e domiciliar, sem constituir representante.

Pode haver casos específicos em que a Lei dispensa o procedimento de ausência para que seja declarada a morte presumida: caso em que for extremamente provável a morte de quem estava em perigo de vida; e nos casos de desaparecimento em campanha ou feito prisioneiro, não for encontrado até dois anos após o término da guerra. Em ambos os casos, a declaração da morte presumida somente poderá ser requerida depois de esgotadas as buscas e averiguações, devendo a sentença fixar a data provável do falecimento.

Mas a morte não é um fim puro e simplesmente. A lembrança da vida de quem já faleceu permanece na memória dos familiares e amigos, a morte é incapaz de extinguir a individualidade da vida, ou melhor, do que fora a vida, de cada um. Impossível cair no esquecimento o nome, a imagem, a voz, e tantos outros caracteres personalíssimos. E não é apenas na crença de cada um que a morte não encerra tudo; na religião, cultuam-se os mortos com orações e pedidos de guia; na filosofia, conhecido é o caso de Antígona que se desentendeu com seu irmão não por matar seu outro irmão, mas sim para dar ao irmão falecido um enterro em respeito à sua honra; nas artes, várias são as obras que buscam retratar a morte.

Toda essa preocupação em torno da morte não poderia ficar fora do alcance do Direito, sob pena de não realização de direitos. Mas como tutelar a personalidade ou mesmo atribuir

³¹¹ BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução n. 1.480/1997. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/cfm/1997/1480_1997.htm>. Acesso em 23 abr. 2007.

Direitos Personalíssimos a quem já não tem personalidade, já que a lei determina que a existência da pessoa natural termine com a morte?

Paulo Luiz Netto Lôbo defende que os Direitos da Personalidade possuem transeficácia. Segundo o autor, “os direitos da personalidade extinguem-se com a pessoa, pode haver a transeficácia deles, *post mortem*, de modo que a defesa seja atribuída a familiares, como no caso da lesão à honra do morto.”³¹² Gustavo Tepedino adota posição diversa, segundo esse autor, “embora a morte do titular implique a extinção dos Direitos da Personalidade, alguns interesses resguardados permanecem sob tutela, como por ex., a imagem, o nome, a autoria, a sepultura, e o cadáver do falecido.”³¹³ Para Francisco Amaral, “o testamento, o respeito ao cadáver, a sepultura, a autorização para autópsia e para transplante, a proteção da memória do falecido contra injúria e difamação demonstram a permanência de traços da personalidade *post mortem*.”³¹⁴

Em Portugal, o art. 71, n. 1, do Código Civil, dispõe que “*os direitos de personalidade gozam igualmente de protecção depois da morte do respectivo titular.*”³¹⁵ O legislador português optou por proteger, de modo individual, quem já faleceu de ameaça de ofensa ou ofensa ilícita à personalidade física e moral que o morto possuía em vida e refletiu para além da morte. Capelo de Souza, doutrinador português, defende, diante do artigo mencionado, a existência de uma tutela geral da personalidade do defunto:

no caso da tutela da personalidade de pessoas já falecidas surgem ainda limitações decorrentes da própria natureza da morte, ou seja, cessam os bens e os direitos de personalidade que pressuponham um titular vivo e actuante, v.g., o direito à vida, o direito de liberdade e o direito de associação. Se bem que a morte possa inversamente originar deveres para com a personalidade do defunto, quer porque acompanhada de manifestação relevante da vontade do *de cuius*, v.g. no caso de sufrágios testamentários, quer por virtude de condicionamentos sociais, v.g. a morte recente de uma pessoa e a impossibilidade da sua própria defesa podem tornar ilícitas certas considerações proferidas sobre a sua pessoa, que estando viva poderiam não revestir tal qualidade.³¹⁶

³¹² LÔBO, Paulo Luiz Netto. Danos morais e Direitos da Personalidade. *Revista Jurídica*. Porto Alegre, n. 284, p. 5-17, jun. 2001.

³¹³ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 35.

³¹⁴ AMARAL, Francisco. *Direito Civil*: introdução. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 226.

³¹⁵ BIGOTTE CHORÃO; VARELA, Antunes. *Código Civil Português*: edição revista e actualizada. Coimbra: Coimbra, 1984. Tem legitimidade para requerer as providencias na defesa de Direitos da Personalidade, segundo o art. 71, n. 1, do Código Civil português, o cônjuge sobrevivente ou qualquer descendente, ascendente, irmão, sobrinho ou herdeiro do falecido.

³¹⁶ CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra, 1995. p. 197.

Na França, não há qualquer dispositivo legal que trate sobre, especificamente, a elasticidade da personalidade para depois da vida ou sobre os direitos da personalidade *post mortem*, ou sequer de uma tutela específica para além da morte. No entanto, o país permite o casamento *post mortem*.³¹⁷

No que tange à legitimidade de defesa da personalidade *post mortem* ou dos direitos da personalidade *post mortem*, para os que assim acreditam, há teorias, e as principais são:

a) Direitos da Personalidade para além da morte: seus defensores admitem um Direito de Personalidade do morto que se estende para além da vida, sendo a família do “*de cuius*” legitimada para a defesa a ofensas da memória deste. Assim, as pessoas vivas, legitimidades legais, consistiriam em meros ‘fiduciários’ dos direitos de personalidade do falecido.

Nos dizeres de Joseph Kohler, “o direito da personalidade em si extingue-se com a morte, no entanto, sobra um resto para ser exercido pelos herdeiros, pessoalmente ou através de testamentários instituídos para este fim.”³¹⁸ São adeptos dessa teoria Carlos Roberto Gonçalves³¹⁹, José de Oliveira Ascensão³²⁰, Alfredo Domingues Barbosa Migliore³²¹;

b) Reflexos de personalidade: embora a personalidade não prospere para além da morte, há, contudo, algumas projeções *post mortem* desta. As projeções dos Direitos da Personalidade para além da morte, sem constituição concreta desses direitos, constituíram um patrimônio moral póstumo do falecido, no qual a lei deveria determinar legitimados para a sua defesa.

Adotam essa teoria Nelson Rosenvald³²², ao dizer que a proteção da personalidade se estende “*post mortem* em alguns atributos – sendo o fenômeno da sucessão restrito aos aspectos pecuniários”, e Silvio Romero Beltrão, afirmando que:

³¹⁷ “O casamento inusitado ocorreu em Nice, na França, entre Christel Demichel e seu namorado, Eric Demichel, falecido há dezoito meses em um acidente de carro. A noiva, que usava preto, naquela que seria a data do aniversário de 30 anos do esposo, informou que quando estava vivo ele prometera se casar, e que, embora morto, ela respeitava o que havia compartilhado com ele. E que a morte não fora culpa dele. O casamento *post mortem* é permitido na França em virtude de uma lei introduzida pelo então presidente Charles de Gaulle” (*Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro, v. 18, p. 315, abri.-jun. 2004).

³¹⁸ O autor chegou a propor a restrição a um pequeno número de anos a extensão dos direitos remanescentes da personalidade do *de cuius*, até que ela desvaneça na paz objetiva da contemplação histórica. O prazo proposto foi o de cinco anos, em analogia com o direito romano, que conheceu tal prazo como derradeiro para superar a situação jurídica do defunto ou para impugnar a sua disposição de última vontade (KOHLER, Josef. O direito à própria imagem. Trad. Walter Moraes. *Revista Interamericana de Direito Intelectual*. São Paulo, v. 2, n. 2, jul.-dez. 1979).

³¹⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. V. I. São Paulo: Saraiva, 2003.

³²⁰ Segundo Ascensão, o que está em causa é a personalidade do falecido; sendo que a família não possui um interesse na causa, mas um mero poder de atuação processual (ASCENSÃO apud CAPELO DE SOUSA, Rabinathan Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra, 1995).

³²¹ MIGLIORE, Alfredo Domingues Barbosa. *Direitos da Personalidade Post Mortem*. 2006. 375 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito Largo de São Francisco, Universidade de São Paulo, Programa de Pós-Graduação em Direito.

³²² ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e Boa-fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 24.

apesar da proteção post-mortem da personalidade, deve-se deixar bem claro que a personalidade da pessoa se extingue com a morte, e que não é possível determinar uma extensão da personalidade para além da morte. O bem jurídico tutelado não é a pessoa do morto, mas sim aspectos de sua personalidade, em face de sua memória, a qual merece respeito e proteção. São direitos que se evidenciam enquanto o seu titular era vivo, e com a sua morte; tais direitos recebem proteção através dos familiares, com a legitimação para a defesa da personalidade que se manifestava na pessoa, enquanto a mesma era viva.(...) Assim, a morte da pessoa extingue os direitos da personalidade, mas a memória daquele constitui um prolongamento de sua personalidade, que deve ser tutelada merecendo proteção do direito.³²³

c) Transmissibilidade de legitimação procedimental dos Direitos da Personalidade: por essa tese, à família são transmitidos não apenas os direitos sucessórios, com a morte de seu parente, mas igualmente transmitida é a legitimação processual de medidas de proteção e preservação na defesa da memória do falecido e de sua família. Por essa teoria, a família teria legitimidade processual em defesa da memória do falecido; assim, os direitos da personalidade do morto cessam com o falecimento.

No entanto, pessoas legitimadas *ex lege* podem demandar com a finalidade de proteção à memória do morto de direitos patrimoniais derivados da personalidade, quando estes foram adquiridos ainda em vida. Em razão dessa legitimidade, transmitir-se-iam aos herdeiros contratos de cessão de direito de imagem; indenizações postuladas, antes da morte, decorrentes de ofensas a direitos da personalidade de quem já faleceu. São defensores dessa tese José Roberto Cruz e Tucci, que ainda ensina que

os legitimados jamais poderiam ajuizar demanda visando à indenização decorrente de dano moral direito, sofrido exclusivamente pelo *de cuius*. Poderão agir para fazer obstar ou fazer cessar a produção de ato lesivo à memória daquele. Possível igualmente delineia-se o pleito de ressarcimento pelo uso desautorizado, com fins econômicos, de atributos da personalidade da pessoa morta, evitando-se destarte enriquecimento sem causa do ofensor. Contudo – repita-se -, não será admitida ação judicial condenatória com fundamento no dano moral experimentado pelo falecido enquanto vivo.³²⁴

Esse é, também, o posicionamento da Lei 9610/98³²⁵, que estabelece que pela morte do autor, transmitem-se ao sucessores os direitos de reivindicar a autoria da obra; de ter seu nome, pseudônimo ou sinal convencional indicado ou anunciado, como sendo o do autor, na

³²³ BELTRÃO, Silvio Romero. *Direitos da personalidade* – de acordo com o Novo Código Civil. São Paulo: Atlas, 2005. p. 88.

³²⁴ CRUZ E TUCCI, Jose Rogério. Tutela jurisdicional da personalidade *post mortem*. *Revista Jurídica*. Porto Alegre, v. 336, p. 9-20, 2005.

³²⁵ BRASIL. Lei 9.610, de 19 fev. 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. CAHALI, Yussef Said (org.). BRASIL. Constituição Federal, Código Civil, Código de Processo Civil. Obra Coletiva de autoria da Editora Revista dos Tribunais. 7 ed. São Paulo: RT, 2005.

utilização de sua obra; de conservar a obra inédita; de assegurar a integridade da obra, opondo-se a quaisquer modificações ou à prática de atos que, de qualquer forma, possam prejudicá-la ou atingi-lo, como autor, em sua reputação ou honra; de modificar a obra, antes ou depois de utilizada; de retirar de circulação a obra ou de suspender qualquer forma de utilização já autorizada, quando a circulação ou utilização implicarem afronta à sua reputação e imagem; de ter acesso a exemplar único e raro da obra, quando se encontre legitimamente em poder de outrem, para o fim de, por meio de processo fotográfico ou assemelhado, ou audiovisual, preservar sua memória, de forma que cause o menor inconveniente possível a seu detentor, que, em todo caso, será indenizado de qualquer dano ou prejuízo que lhe seja causado;

d) A morte extingue os direitos da personalidade para quem morreu. Todavia, insurge, para a família desse um novo direito: o direito à memória do morto. Por essa teoria, a família não é apenas legitimada, mas também titular do direito de defesa da reputação, da imagem, do nome, enfim dos caracteres pessoais que o morto tinha em vida;

e) A morte extingue os direitos da personalidade que pressuponham um titular vivo e atuante. Por essa teoria, se durante um demanda judicial ou até mesmo a instauração procedimental judicial que versa sobre direitos da personalidade, uma das partes vem a falecer, deverá a demanda, ou futura demanda, ser encerrada sem julgamento do mérito ou não ser iniciada, pois somente a quem faleceu interessaria a causa. Esse foi o posicionamento do TJSP,

EMENTA: Juízo *ex officio*. Apelação Cível Responsabilidade Civil. Paciente internada, em hospital público, para tratamento de doença pulmonar. Queimaduras sofridas em razão de exposição por tempo excessivo no banho. Ajuizamento de ação para haver danos materiais e morais. Falecimento da vítima em razão da doença pulmonar antes do julgamento em primeira instância. Habilitação dos filhos. Ação julgada procedente em parte para conceder apenas compensação por dano moral, afirmada a inexistência de dano material. Inadmissibilidade. Dano moral que traduz direito personalíssimo, não transmissível aos herdeiros. Negado provimento ao recurso dos autores com relação ao dano material negado na origem. Recurso da ré provido para, com relação ao dano moral, julgar extinto o processo sem julgamento de mérito (CPC. art. 267. IX). Prejudicado o recurso dos autores e alterada a parte dispositiva da sentença — “Os danos morais dizem respeito ao foro íntimo do lesado, pois os bens morais são inerentes à pessoa. Seu patrimônio ideal e marcadamente individual, e seu campo de incidência no mundo interior de cada um de nós, de modo que desaparece com o próprio indivíduo. E que, dado seu caráter eminentemente subjetivo, jamais se transferiria ativamente a terceiros, seja pela cessão comum, seja pelo *jus haereditatis*”³²⁶

³²⁶ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 517 27 1-5/9. Rel Des. Rui Stoco. Julgado em 31 mai. 2006. Disponível em: < http://juris.tj.sp.gov.br/aplic2/pg-pesquisa-01PRODESP_avancada.asp>. Acesso em: 23 abr. 2007.

f) a morte põe fim apenas a determinados direitos, como o direito à vida. No entanto, há outros direitos que somente se apresentam com a morte, tais como os direitos relativos ao corpo do morto e ao cadáver, o direito de respeitar as últimas disposições de vontade do morto. Por essa teoria, com a morte do ente, a família passaria a ser detentora de direitos na defesa da memória do falecido. A família não teria mera capacidade processual, ela agiria por direito próprio. Esse é o posicionamento de Walter Moraes³²⁷ e também foi adotado no seguinte julgado:

Direito à imagem. Morte do Titular. Distinção entre transmissão da imagem e transmissibilidade dos seus efeitos jurídicos. Legitimação dos sucessores para, por direito próprio, pleitearem indenização por danos materiais e morais. A imagem, como os demais bens personalíssimos, extingue-se com a morte de seu titular, o que a torna física e juridicamente intransmissível. É inegável, porém, que as pessoas famosas projetam com sua imagem efeitos jurídicos para além da morte e que afetam os seus sucessores. Os efeitos econômicos assim projetados incorporam-se ao patrimônio dos herdeiros do falecido e só por eles podem ser comercialmente explorados; os efeitos morais, consistentes em ofensas e ataques à memória do morto, são ofensas aos seus parentes próximos, causando-lhes sofrimento e revolta. Dessa forma, os sucessores de pessoas famosas passam a ter, por direito próprio, legitimidade para pleitearem indenização em juízo.³²⁸

Todas as teorias apresentadas são alvos de críticas ou porque consideram apenas o aspecto patrimonial; ou porque são incapazes de perceber que, para se ter ‘reflexo’ de personalidade, necessariamente há que se ter direito da personalidade para ser refletido; ou pela insensibilidade de reconhecerem que a legitimidade processual só faz sentido no acertamento de direitos – e, portanto, é preciso ter, pelo menos, em tese, a possibilidade de se discutir um direito; ou porque desconsideram a pluralidade, característica fundamental para um Estado que se prima por ser Democrático de Direito, ao atribuir uma titularidade coletiva (família) aos direitos personalíssimos.

Na tentativa de superar as falhas das teorias apresentadas, Bruno Torquato de Oliveira Naves³²⁹, em tese recentemente apresentada, defende que a situação jurídica do morto está ligada a um dever jurídico, que não necessariamente está ligado a um direito subjetivo contraposto. Quem divulga imagens não autorizadas ou quem ofende a honra da pessoa falecida estará, a princípio, infringindo um dever jurídico. No que se refere à existência, ou

³²⁷ MORAES, Walter. Direito à própria imagem. II. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, ano 61, v. 444, p. 11-28, out. 1972.

³²⁸ IOB JUR 1/99. p. 8. v. 3/15101 apud DONNINI, Oduvaldo; FERRAZ DONNINI Rogério. *Imprensa Livre, dano moral, dano à imagem*. São Paulo: Método Editora, 2002. p. 79.

³²⁹ Informação obtida em Seminário apresentado por Bruno Torquato de Oliveira Naves, frente ao programa de pós-graduação, da Faculdade Mineira de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, em novembro de 2006.

não, de direito correlato ao dever jurídico, essa análise somente seria possível se feita na argumentação no caso concreto.

Haveria, portanto, no caso do morto não um direito de personalidade, mas um dever, no qual o morto é apenas o referencial da infração de uma posição jurídica consubstanciada em dever jurídico violado por alguém. Por essa ótica, não faria sentido estudar uma personalidade do morto, uma vez que se cessa, com a morte, qualquer possibilidade de autonomia privada. À família seria atribuída legitimidade de uma situação processual, no sentido de dever, na qual o morto se insere, na defesa de não infração de deveres.

Apesar da recente construção e da exigência de um melhor aprimoramento de idéias, a tese do dever jurídico apresenta a vantagem, a princípio, por abarcar a condição do morto, no que tange à reputação, à honra, à imagem que esse tinha enquanto era vivo sem limitá-las a interesses meramente patrimoniais ou requisitos processuais.

3.5 Os Direitos da Personalidade no Código Civil Brasileiro

Os Direitos da Personalidade foram introduzidos, expressamente, no ordenamento jurídico brasileiro no Código Civil, promulgado em 2002³³⁰. Antes, os Direitos Personalíssimos consistiam em construções doutrinárias e jurisprudenciais. O Código Civil de 2002 dedica um capítulo, da parte geral, ao Direito da Personalidade. Tal capítulo é dividido em onze artigos que tratam da natureza e da tutela desses direitos, além de referir-se a direitos específicos como o direito à integridade física, o direito ao nome, e o direito à imagem.

Não se pode dizer, contudo, que a disciplina dos Direitos da Personalidade tenha evoluído metodologicamente ou mesmo que ocorreram mudanças significativas na área com o novo Código. Muito pelo contrário, a inclusão desses direitos à referida legislação se deu sem que houvesse um estudo específico sobre o tema, de modo a considerar as novas visões e reestruturação do Direito.³³¹

³³⁰ BRASIL. O Novo Código Civil – lei n. 10406, de 10 de janeiro de 2002. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. São Paulo: Saraiva, 2002.

³³¹ DONEDA, Danilo. Os direitos da personalidade no Código Civil. In TEPEDINO, Gustavo (coord.). *A parte geral do Novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

A tutela dos Direitos da Personalidade, no Brasil, segundo o Código Civil, pode se dar de forma inibitória e/ou indenizatória. A tutela inibitória apresentada no art. 12, Código Civil de 2002, que diz “pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, o Direito da Personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei”, está, essencialmente, ligada a interesses patrimoniais, por ser uma tutela inibitória que pode possuir, como consequência, a responsabilização civil. Tal artifício já vinha sendo utilizado para tentar diminuir ou prevenir danos aos Direitos da Personalidade, antes mesmo de sua inclusão no texto normativo.

Em razão do caráter peculiar da personalidade e dos direitos a ela atribuídos, a lesão a estes coaduna com a recolocação do prejudicado ao estado anterior. Desta forma, a agressão aos direitos da personalidade poderá ter, como consequência, um dano moral, que será, não necessariamente, traduzido em dinheiro a título de mera tentativa de compensação pelo dano sofrido.

Entretanto, a tutela indenizatória como é tratada no ordenamento jurídico brasileiro, poderá desvirtuar-se de sua verdadeira função: a compensação pelo dano sofrido. No Brasil, apesar de não haver uma cultura da função punitiva do dano moral, não raro, o pedido de indenização de cunho punitivo vem sendo requerido aos tribunais, em razão do não posicionamento expresso da legislação civil. Do ponto de vista prático, aceitar o caráter punitivo do dano moral é acatar a mercantilização de relações existenciais, vez que em todos os casos de danos morais haveria a necessidade de convertê-los à pecúnia, mesmo nos casos em que melhor caberia uma retratação pública.

Em alguns países, limita-se até quando poderá ocorrer uma compensação de cunho pecuniário decorrente de um dano moral. Na Alemanha, por exemplo, não se permite pretensões em dinheiro em ofensas a morto, sob o argumento de que ao defunto já não se pode compensar através de dinheiro. Todavia, admite-se a indenização pecuniária, se o dano recair sobre a família ou sobre os sucessores do defunto, não por pretensos danos a este mesmo.³³²

Para o Brasil, César Fiuza³³³ defende que uma solução para a questão seria a elaboração de um fundo, ao qual se destinaria uma parte do valor pago a título indenizatório,

³³² HUBMANN apud CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra, 1995.

³³³ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 19, p. 211-218, 2004. Nota: Nesse texto, o Antonio Azevedo defende que, em se tratando de dano social, seja o autor, vítima, que mova a ação indenizatória, uma vez atuando como ‘promotor público privado’ deve ser merecedor do valor indenizatório. No entanto, levanta a possibilidade de o valor ser destinado a um fundo como ocorre na Legislação de Ação Civil Pública.

sendo que a verba destinada ao fundo seria utilizada em questões sociais. A outra parte da verba indenizatória seria destinada à vítima do dano, e teria natureza essencialmente compensatória. Para o doutrinador, a questão da criação de fundo para acolher e destinar o valor indenizatório punitivo manteria a integridade do sistema jurídico e evitaria o enriquecimento sem causa da vítima.

Esse e muitos outros temas sobre os quais esperavam-se um posicionamento do legislador de 2002, como o caso do transexual e da eutanásia, ficaram à margem da nova legislação, que pretendeu ser avançada para o homem moderno. Além disso, a enumeração exemplificativa dos direitos da personalidade em direito à integridade física, direito à disposição do próprio corpo, direito ao nome, direito à imagem e direito à intimidade foi uma infeliz opção legislativa que apenas serviu para fomentar discussões ultrapassadas e já superadas pelo Direito Civil – Constitucional, na defesa da pessoa humana, em sua integralidade.

O Código Civil de 2002 deixou a desejar sobre questão *post mortem*. O art. 12, *caput*, do referido diploma legal, diz respeito a uma tutela inibitória de ameaça ou lesão aos direitos da personalidade, a quem, ao menos, já foi concebido, como se pode observar: “Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou lesão, a direitos da personalidade, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.” A continuação do mesmo artigo é dada por seu parágrafo único que dispõe “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.”

Uma leitura integrada entre o disposto no *caput* e o do parágrafo único leva a crer que a legislação brasileira estende os Direitos da Personalidade de quem já faleceu para além da morte – permanência genérica dos Direitos da Personalidade, pois a tutela, objeto do artigo, tem a finalidade de resguardar Direitos Personalíssimos e, se ela legitima defensores para requerer a tutela, obviamente deve haver direitos para ser alvo da tutela. No entanto, o Código não é claro sobre a titularidade desses direitos: pertence ainda ao morto ou foram transmitidos à família?

Cruz e Tucci defende que, mesmo diante de uma incoerência legislativa, esses direitos foram transmitidos para a família: observa-se que, enquanto o art. 11, do Código Civil, “preconiza a intransmissibilidade dos direitos inerentes à personalidade do ser humano, o parágrafo único do subsequente texto legal, a rigor, admite a transmissão *mortis causa* da defesa dos aludidos direitos.”³³⁴

³³⁴ CRUZ E TUCCI, Jose Rogério. Tutela jurisdicional da personalidade *post mortem*. *Revista Jurídica*. Porto Alegre, v. 336, p. 9-20, 2005.

O art. 20, também do Código Civil de 2002, diz que: 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, sendo que, em se tratando de morto ou ausente são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes. Esse artigo contempla os direitos autorais e o direito à imagem, de forma específica, no entanto, tal tutela especial torna-se desnecessária diante de uma tutela ilimitada disposta no art. 12, já mencionado.

Assim, pelo o exposto, a legislação civil deixou a desejar na positivação da personalidade, bem como dos Direitos da Personalidade. Não tratou de forma específica várias questões que foram alvos de Jornadas de Direito Civil, tão pouca esclarecedoras.

A I Jornada de Direito Civil, de 2002, por exemplo, no enunciado n. 1, expressa que “a proteção que o Código defere ao nascituro alcança o natimorto no que concerne aos direitos da personalidade, tais como nome, imagem e sepultura.”³³⁵ No entanto, como já estudado, aos nascituros poderá ser atribuída personalidade e recaírem, por via de consequência, direitos personalíssimos, em razão, até mesmo, de uma possibilidade de autonomia privada dos nascituros. Corresponder a tutela do nascituro ao do natimorto soa como uma grande falta de lógica, pois o natimorto não tem perspectiva de autonomia, nunca chegou a ser pessoa, e não tem direitos da personalidade para serem defendidos. A questão de atribuir nome e sepultura ao natimorto é consequência, na realidade, de uma questão moral, que refletiu no Direito em termos de dever jurídico de respeito pelos mortos e não por uma interpretação analógica.

³³⁵ BRASIL. Conselho da Justiça Federal. *Enunciados aprovados – I Jornada de Direito Civil*. Disponível em: < <http://www.cjf.gov.br/revista/enunciados/IJornada.pdf> >. Acesso em: 1 abr. 2007.

4 O DIREITO À IMAGEM

4.1 Direito à Imagem: panorama atual

O vocábulo ‘imagem’ é de origem latina, ‘*imagine*’ e, segundo o Dicionário, é a “representação de uma pessoa ou coisa, obtida por meio de desenho, gravura ou escultura.”³³⁶

A imagem, enquanto mera representação, consiste em uma preocupação do ser humano desde tempos remotos. Podem-se apontar os desenhos realizados por civilizações primitivas, datadas antes de Cristo, nas paredes das cavernas, os quais procuravam retratar o cotidiano dos seus membros. Outra situação merecedora de destaque é que, com a era cristã, e conseqüente publicação da história de Cristo, na Bíblia, ligou-se o homem a Deus, uma vez que Este criou aquele à Sua imagem e semelhança.³³⁷

Apesar dessas significativas situações, a construção de um direito relacionado, exclusivamente, à imagem é relativamente recente. Constam os relatos que a primeira situação que se exigiu essa análise foi o caso apresentado ao Tribunal de Seine, em 1858³³⁸. A família da renomada atriz Rachel contratou fotógrafos para reproduzirem a imagem desta, no leito de morte. Por determinação, devidamente acordada, as fotografias pertenceriam exclusivamente à família contratante, no entanto, a pintora O’Connell teve acesso a tais fotos e as reproduziu em desenhos, que foram expostos ao público e objeto de transações comerciais.

Na época do ocorrido, vigorava na França o Código Napoleônico, que, em sua origem, não trazia qualquer dispositivo a respeito dos Direitos de Personalidade, nem sobre a imagem especificamente. As interpretações hermenêuticas somente eram autorizadas diante de uma lacuna da lei, o que era o caso. O Tribunal de Seine, na decisão, determinou a apreensão do original e das várias cópias, bem como a destruição destas. O Tribunal ainda declarou que a ninguém é dado o direito, sem o devido consentimento formal da família, de reproduzir e

³³⁶ MICHAELIS. *Dicionário Prático da Língua Portuguesa*. São Paulo: Melhoramentos, 2001. p. 457.

³³⁷ GÊNESIS, capítulo 1, verso 27. In: A BÍBLIA: tradução ecumênica. São Paulo: Paulinas, 2002.

³³⁸ GLEEN apud BERTI, Silma Mendes. *Direito à Própria Imagem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 20.

divulgar os traços de uma pessoa em seu leito de morte, mesmo diante da notoriedade que essa pessoa adquiriu em vida.

A partir desse caso, vários foram os trabalhos desenvolvidos pela doutrina estrangeira, em especial a doutrina alemã e a italiana, sobre o assunto. No Brasil, contudo, a questão apenas veio a ser discutida em 1928, no procedimento que envolvia a Miss Brasil de 1922³³⁹. A Miss teve sua imagem captada e exposta, em ângulos inconvenientes para a sua reputação, em um filme. Diante do caso exposto, a doutrina nacional, liderada por Walter Moraes³⁴⁰ e Antônio Chaves³⁴¹, passou a dar importância ao tema.

O estudo da imagem, na perspectiva jurídica, fez com que essa passasse a ser vista muito além do que mera representação, mas como “toda expressão formal e sensível da personalidade de um homem”³⁴². Assim, a idéia de imagem não se restringia mais ao campo de representações visuais da fisionomia (integral) da pessoa nos moldes de pintura, de escultura, de desenho, de fotografia e demais modalidades; igualmente envolvidos pela imagem estão as partes destacadas do corpo, a voz³⁴³, os gestos característicos, situações merecedoras de tutela quando é possível a identificação do sujeito de quem lhes são peculiares.

A construção do Direito à Imagem dentro das situações subjetivas da personalidade perpassou por diversas teorias que buscaram sua natureza jurídica.³⁴⁴ No Direito nacional, a promulgação da Constituição Brasileira de 1988 pôs fim à discussão se o direito de imagem integraria o direito à honra, ou o direito à intimidade ou mesmo o direito de autor. A disposição constitucional, no art. 5, expressa:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
(...)
V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; (...)

³³⁹ SILVEIRA, Vivian de Melo. O direito à própria imagem, suas violações e respectivas reparações. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, v. 91, n. 351, p. 227-252, jul-set. 2000.

³⁴⁰ MORAES, Walter. Direito à própria imagem. I. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, ano 61, n. 443, p. 64-81, set. 1972.

³⁴¹ CHAVES, Antônio. Direito à imagem e Direito à Fisionomia. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, ano 76, n. 620, p. 7-14, jun. de 1987.

³⁴² MORAES, Walter. Direito à própria imagem. I. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, ano 61, n. 443, p. 64-81, set. 1972.

³⁴³ Álvaro Antônio do Cabo Barbosa defende que o Direito de Imagem abrange também a reprodução da voz, através da fonografia, da gravação e da radiodifusão, desde que pela voz se possa reconhecer um sujeito. BARBOSA, Álvaro Antônio do Cabo apud DUARTE, Fernanda et al (coords.). *Os Direitos à Honra e à Imagem pelo Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 147.

³⁴⁴ Questão a ser analisada em tópico específico.

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; (...).³⁴⁵

Desta forma, o Direito à Imagem não se confunde com demais direitos fundamentais, que refletem no âmbito civil. A imagem é, então, bem jurídico autônomo e merecedor de tutela, nos termos das situações subjetivas da personalidade.

Santos Cifuentes³⁴⁶ afirma que um fator decisivo na consideração do Direito à Imagem como integrante da personalidade foi a invenção da fotografia. Segundo o autor, a fácil e instantânea captação das imagens proporcionou a oportunidade de se fotografar, sem nem sempre ter a autorização nesse sentido.

Atualmente, a questão da imagem tem uma enorme projeção, em razão de seu valor econômico, social e político. O desenvolvimento da tecnologia conferiu rapidez aos meios de comunicação, procedimentos de digitalização da imagem, possibilidade de divulgação de fotos utilizando a internet, e até mesmo videogames personificados com exploração da imagem de determinada pessoa. Além de filmes, projeções e novas técnicas de captação por imagem. Tal situação possibilitou, segundo Álvaro Barbosa, “a popularização e difusão da imagem a níveis até então insuspeitos.”³⁴⁷

Há poucos anos atrás era impossível aceitar a possibilidade de se ter um aparelho telefônico móvel, ainda mais admitir que ele não apenas fizesse e recebesse ligações, mas também tocasse MP3, tirasse foto e pudesse ser acoplado ao carro e ao computador. Aliás, igualmente inaceitável era a existência de MP3, câmeras digitais, photoshop e da própria internet.

Toda essa evolução tecnológica fez com que a preocupação com a imagem tivesse um alcance jamais imaginado, pois, agora, a imagem passa a ter poder e capacidade de informar. Nas palavras de Lucien Fèbre³⁴⁸, os tempos saídos do Renascimento poderiam ser chamados de ‘civilização do livro’, enquanto a era atual pode ser denominada ‘civilização da imagem’, justamente por ter passado a ser a imagem um instrumento de informação.

³⁴⁵ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.

³⁴⁶ SANTOS CIFUENTES apud DORETTO, Fernanda Orsi Baltrunas. Direito à imagem. 2003. 174 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Programa de Pós-Graduação em Direito.

³⁴⁷ BARBOSA, Álvaro Antônio do Cabo Notaroberto. *Direito à própria imagem: aspectos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 14.

³⁴⁸ FÈBRE, Lucien apud BARBOSA, Álvaro Antônio do Cabo Notaroberto. *Direito à própria imagem: aspectos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1989.

Em uma tentativa de atender as questões atuais que envolvem o Direito à Imagem, Hermano Durval³⁴⁹ construiu a tese do sentido subjetivo e objetivo da imagem. Para esse doutrinador, a imagem tem um sentido subjetivo (moral) que seria derivado da comunicação de massa por avassaladora publicidade mercantil, que envolveu o indivíduo. Essa situação compeliu o indivíduo a ter *status* social dentro de um contexto uniforme de mediocridade ou anonimato, em que se projeta com a criação e manutenção de uma imagem própria. O sentido objetivo da imagem é a imagem física que pode ser alterada no retrato, filmagem, ou em outro meio, mediante truques da falsa montagem, acréscimos, cortes, justaposições, inversões, supressões. Ambas merecem tutela jurídica.

Outra tese que merece atenção, e que já foi mencionada neste estudo, é a tese que distingue a imagem em retrato e em atributo. A imagem-retrato é aquela decorrente da expressão física da pessoa. A imagem-atributo, por sua vez,

é consequência da vida em sociedade. O homem moderno, quer em seu ambiente familiar, profissional ou mesmo em suas relações de lazer, tende a ser visto de determinada forma pela sociedade que o cerca. Muitas pessoas não fazem questão de serem consideradas relaxadas, meticulosas, organizadas, estudiosas, pontuais ou impontuais. São características que acompanham determinada pessoa em seu conceito social. (...) [Assim,] a imagem-atributo [é] o conjunto de características apresentadas socialmente por determinado indivíduo.³⁵⁰

O Direito norte-americano preferiu estabelecer distinção entre *right of privacy* e *right of publicity* do Direito à Imagem:

o *right of privacy*, direito ao respeito à vida privada, é considerado como um natural desdobramento dos demais direitos da personalidade. É direito extrapatrimonial e ressalta o aspecto moral do direito à imagem. O *right of publicity*, direito à exploração exclusiva dos sinais característicos da personalidade humana, é a consagração do direito que cada indivíduo possui de recolher o proveito econômico resultante do valor publicitário e comercial da própria imagem. É direito patrimonial e ressalta o aspecto material deste direito.³⁵¹

O uso da imagem de alguém está subordinado ao consentimento dessa pessoa. No âmbito civil, a esfera de liberdade que a pessoa dispõe denomina-se autonomia, que consiste no poder que o particular tem de estabelecer as regras jurídicas de seu próprio comportamento, dentro do espaço que lhe é cedido pelo Estado.³⁵² O resultado dessa

³⁴⁹ DURVAL, Hermano. *Direito à imagem*. São Paulo: Saraiva, 1988.

³⁵⁰ ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional da própria imagem: pessoa física, pessoa jurídica e produto*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996. p. 31-32.

³⁵¹ BERTI, Silma Mendes. *Direito à Própria Imagem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 38.

³⁵² AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

autodeterminação é uma manifestação de vontade, que foi submetida aos juízos de licitude e de valor, através dos quais se determinam a compatibilidade entre ato e atividade de um lado, e ordenamento integralmente considerado, de outro, no sentido de consentir, ou não, com a exposição de sua imagem, bem como sua utilização por terceiros.

A doutrina admite que o consentimento, nesse caso, pode ser tácito ou expresso, gratuito ou oneroso, proferido previamente ou posteriormente à utilização da imagem em si³⁵³. Mas em nenhuma hipótese implicará a renúncia de seu Direito à Imagem, em razão do caráter personalista que esse tem.

O Direito à Imagem pode sofrer limitações internas e externas. A limitação interna diz respeito ao fato de ser impossível que alguém possa pretender transferir juridicamente a sua forma plástica a terceiro. As limitações externas podem ser fundamentadas, a princípio, nos casos de direito à informação, interesse histórico e investigação criminal; em todos os casos a divulgação não pode estar vinculada à prática publicitária.

A questão do direito de informação e do interesse nacional, como justificadoras de publicação de imagem sem consentimento, deve ser vista com cautela. Conforme observa Roque Stoffel³⁵⁴, não se pode confundir interesse público com curiosidade do público. O interesse público é o saber sobre a atividade pública de uma pessoa com notoriedade pública – personagens políticos e celebridades em foco pela mídia, nesse caso, enquanto no exercício de suas funções públicas, tal pessoa não pode impedir a publicação de informações relativas às suas atividades desenvolvidas, ou a ela ligadas.

Contudo, a vida privada e a intimidade de uma pessoa notória não podem ser divulgadas, sem o seu consentimento, por mera curiosidade do público. Deste modo, a notoriedade da pessoa “determina a livre utilização de sua imagem, desde que para fins preponderantemente informativos, sem objetivos comerciais, e desde que não haja intromissão em sua vida privada.”³⁵⁵

³⁵³ A doutrina adverte que o simples consentimento em deixar fixar a própria imagem não significa o uso total e irrestrito da disposição. As partes contratantes devem se cercar do máximo de cuidado ao veicularem a imagem de alguém a uma propaganda. Atenção especial deve ser dada às cláusulas contratuais determinantes de tempo de veiculação, tipo de campanha publicitária, quem será o autor da fotografia, público alvo, limite de divulgação, devendo as partes seguir, fielmente, o que foi acordado, dentro dos parâmetros legais. A razão para isso é evitar demandas judiciais originadas por danos à imagem.

³⁵⁴ STOFFEL, Roque. O direito de autor e a divulgação de obras na internet: novos desafios e a questão da imagem da pessoa humana. *Estudos Jurídicos*. São Leopoldo, v. 34, n.91, p.47-56, maio-ago. 2001.

³⁵⁵ BARBOSA, Álvaro Antônio do Cabo Notaroberto. *Direito à própria imagem: aspectos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 86.

Observa-se, entretanto, que a doutrina é unânime em admitir que um fator superveniente (mudança de estado, por exemplo) justifica a retomada no controle de publicação e divulgação de imagem anterior, que, agora, desabona a nova imagem da pessoa.

As situações de divulgação de imagem em razão de investigação criminal devem se respaldar do máximo cuidado, visto que, nem sempre, a suspeita de autoria pela prática criminosa se confirma sobre o investigado. Em Portugal, o Código Civil³⁵⁶, em seu art. 79, 2, determina que não é necessário o consentimento da pessoa retratada, quando assim o justifique exigência de polícia ou de justiça. No Brasil, não há um dispositivo normativo específico nesse sentido.

Além das limitações aqui expostas, ressalta Joseph Kohler³⁵⁷, que a reprodução pública da imagem humana poderá ser proibida se ela resultar de modo anti-social, aflitivo ou degradante.

Na Itália, a Lei n. 633, de abril de 1941³⁵⁸, estabeleceu ser desnecessária a autorização de quem terá, ou teve, sua imagem exposta, quando a exposição dessa imagem estiver ligada a acontecimentos de interesse público ou que se desenvolveram em público. Além disso, o Código Civil de 1942 traz em seu bojo a seguinte determinação: abuso da imagem alheia: a qualquer tempo a imagem de uma pessoa ou de seus genitores, do cônjuge ou de seus filhos pode estar exposta ou publicada fora dos casos em que a exposição ou a publicação estão nos termos que a lei consente, havendo prejuízo ao decoro ou à reputação da pessoa exposta ou de seus parentes, o juiz, a requerimento do interessado, pode determinar que cesse o abuso, salvo o ressarcimento dos danos.³⁵⁹

Apesar dessas disposições normativas, a Corte Constitucional Italiana só reconheceu, oficialmente, a autonomia do Direito à Imagem na decisão de n. 2129, de 27 de março de 1975: a República reconhece e garante os direitos invioláveis do homem, seja como indivíduo

³⁵⁶ BIGOTTE CHORÃO; VARELA, Antunes. *Código Civil Português*: edição revista e atualizada. Coimbra: Coimbra, 1984.

³⁵⁷ KOHLER, Josef. O direito à própria imagem. Trad. Walter Moraes. *Revista Interamericana de Direito Intelectual*. São Paulo, v. 2, n. 2, jul.-dez. 1979.

³⁵⁸ ITÁLIA. Legge n. 633. Protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio. Disponível em: < www.cortedicassazione.it/Notizie/GiurisprudenzaComunitaria/CorteGiustizia/Scheda.asp?ID=422 - 14k>. Acesso em: 21 mai. 2007.

³⁵⁹ Art. 10 Abuso dell'immagine altrui: Qualora l'immagine di una persona o dei genitori, del coniuge o dei figli sia stata esposta o pubblicata fuori dei casi in cui l'esposizione o la pubblicazione e dalla legge consentita, ovvero con pregiudizio al decoro o alla reputazione della persona stessa o dei detti congiunti, l'autorità giudiziaria, su richiesta dell'interessato, può disporre che cessi l'abuso, salvo il risarcimento dei danni (ITÁLIA. (1942). Codice Civile. Disponível em: < <http://www.studiocelestano.it/codici/cc/>>. Acesso em: 30 mar. 2007).

seja como participante da sociedade, onde ele se desenvolve, a sua personalidade requer o adimplemento dos deveres irrevogáveis de solidariedade política, econômica e social.³⁶⁰

No Brasil, em um primeiro momento, não havia uma norma positivada protetiva do Direito à Imagem. O Código Civil de 1916 apenas mencionava a imagem no art. 666, dentro do artigo referente à proteção do direito de autor, que dizia:

Não se considera ofensa aos direitos de autor:(...)

X - A reprodução de retratos ou bustos de encomenda particular, quando feita pelo proprietário dos objetos encomendados. A pessoa representada e seus sucessores imediatos podem opor-se à reprodução ou à pública exposição do retrato ou busto. (...)³⁶¹

Depois disso, em uma atuação mais específica, veio a Lei 5.988, de 14 de dezembro de 1973, que em seu art. 90 determinou “a exposição, difusão ou exibição de fotografias ou filmes de operações cirúrgicas dependem da autorização do cirurgião e da pessoa operada. Se esta for falecida, da do seu cônjuge ou herdeiros.”³⁶²

A lei n. 9610³⁶³, de fevereiro de 1988, revogou o art. 666, do Código Civil de 1916 e tratou do Direito Autoral com especificidade. No entanto, mais uma vez, pode-se observar a confusão feita pelo legislador entre o Direito de Autor e o Direito à Imagem.

Com a promulgação da Constituição Brasileira de 1988, houve uma maior preocupação com os direitos do ente humano, em razão do próprio conteúdo normativo-constitucional. Tal situação teve por via de consequência, o alargamento da positivação de direitos humanos, abrangem o direito à intimidade, o de privacidade, o de imagem, dentre outros. Ao dispor, em especial, da imagem, o legislador constituinte optou por preservar a imagem da pessoa contra a captação, o uso e a exploração, sem o devido consentimento, de maneira genérica, no ordenamento pátrio.

O Código Civil de 2002³⁶⁴, além de tratar de uma tutela específica dos direitos de personalidade, também faz menção ao Direito à Imagem, como mencionado no capítulo

³⁶⁰ “La Republica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell’uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità e richiede l’adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale” (RIGAX, François apud SAHM, Regina. O Direito à imagem dogmática civil contemporânea. 2001. 366 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Programa de Pós-Graduação em Direito).

³⁶¹ BRASIL. Código Civil (1916). NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto Ferreira. *Código Civil e legislação civil em vigor*. 17 ed. Atual. até 5 de janeiro de 1998. São Paulo: Saraiva, 1998.

³⁶² BRASIL. Lei. 5.988, de 14 dez 1973. Disponível em: < www.planalto.gov.br/CCIVIL/Leis/L5988.htm - 71k>. Acesso em: 18 mai. 2007.

³⁶³ BRASIL. Lei 9.610, de 19 fev. 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. CAHALI, Yussef Said (org.). BRASIL. Constituição Federal, Código Civil, Código de Processo Civil. Obra Coletiva de autoria da Editora Revista dos Tribunais. 7 ed. São Paulo: RT, 2005.

anterior. Diante dos dispositivos legais, constitucionais e infra-constitucionais e, considerando os trabalhos da jurisprudência e da doutrina, pode-se dizer, que, no Brasil, a tutela do Direito à Imagem se faz nos níveis da prevenção, da inibição e do ressarcimento.

O dano à imagem pode ser ocasionado pelo simples uso da imagem de um ente humano, sem o seu consentimento, ou de seus familiares, salvo, *a priori*, nos casos de limitação ao direito de imagem acima expostos. Também poderá ocorrer o dano quando autorizado o uso da imagem, mas essa ter sido distorcida de alguma forma por quem tinha o direito ao uso, sem o devido consentimento para isso.

O fato de a exposição da imagem ter, também, afetado a honra ou a memória de quem teve sua imagem divulgada deverá ser analisado, em um segundo momento, e deverá, se assim comprovado, ser indenizado. Os danos patrimoniais, se existirem, igualmente deverão ser ressarcidos, no entanto, seu valor não se limita ao lucro de quem expôs a imagem de alguém indevidamente, pois “o dano do lesado não se confunde com o lucro do infrator, que inclusive pode ter sofrido prejuízo com o negócio.”³⁶⁵

Diante disso, defende-se a autonomia de estipulação do valor indenizatório decorrente do dano sofrido de natureza moral, material e de imagem. A razão justificadora desse posicionamento é que, na Constituição Brasileira de 1988, art. 5, V, já transcrito nesse estudo, o legislador optou por diferenciar a indenização por dano material, moral ou à imagem – não incluindo, portanto, o dano à imagem no dano moral. É adepto dessa tese Nelson Nery Junior³⁶⁶, que alega que o texto constitucional não deixa dúvidas quanto à independência de categoria do dano à imagem, do dano material e do dano moral. Diante disso, é plenamente possível cumular-se dano material, moral e à imagem derivados do mesmo fato.

Por fim, importante ressaltar que, uma vez que o direito à imagem é uma das facetas dos direitos da personalidade, atenção a ele deve ser destinada por poder se desdobrar em questões patrimoniais apesar de ser um direito eminentemente existencial. E diante disso, deve-se ficar atento para que os direitos da personalidade não sejam banalizados em razão de negociações comerciais envolvendo exposições à imagem. Vincenzo Roppo alerta que:

³⁶⁴ BRASIL. O Novo Código Civil – lei n. 10406, de 10 de janeiro de 2002. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. São Paulo: Saraiva, 2002.

³⁶⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 100.764/RJ. Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar. Julgado em 24 nov. 1997 apud SOUZA, Carlos Affonso Pereira de. Contornos atuais do Direito à imagem, *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro, v. 13, p. 33-71, jan.-mar. 2003.

³⁶⁶ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em vigor*. 5 ed. São Paulo: RT, 2001. Em outra tese, outra parte da doutrina defende que o dano causado à imagem, na realidade, constitui uma hipótese de dano *in re ipsa*, ou seja, o dano à imagem está incluído no dano moral, que ocorre sem que se faça necessária uma incursão pelos prejuízos ocasionados.

la moderna organizzazione commerciale si fonda sulla pubblicità e sulle altre tecniche di marketing. A loro volta, queste tecniche fanno crescente ricorso al collegamento fra i prodotti da reclamizzare e determinate persone (di solito personaggi celebri, conosciuti e amati dal grande pubblico), che mettono a disposizione del prodotto aspetti della loro personalità: per lo più, il nome e l'immagine. Sono fenomeni ben noti: l'attore X, il cantante Y, il campione sportivo W accettano che i loro nomi e i loro volti siano continuamente associati – negli spot televisivi o radiofonici, nelle inserzioni pubblicitarie di quotidiani e riviste, nelle reclami dei grandi cartelloni affissi per le strade – (...). E naturalmente 'contrattano la cessione in uso di questi attributi della loro personalità, in cambio di denaro (...). Restano invece incommerciabili quegli elementi della sfera più intima della persona, il cui sfruttamento commerciale sarebbe percepito come immorale in particolare gli organi del corpo umano.³⁶⁷

4.2 A natureza jurídica do Direito à Imagem

Sobre as teorias que buscam natureza jurídica do Direito de Imagem tem-se:

a) Teoria da imagem como direito de propriedade: influenciada pelo patrimonialismo exacerbado da época oitocentista, doutrinadores, como Jean Carbonnier³⁶⁸, passaram a defender que a imagem é a manifestação do corpo da pessoa, por um fenômeno de mentalidade primitiva, sobre o qual o ser humano tem direito de propriedade e, como este era visto como absoluto, conseqüentemente o direito de imagem também era entendido como um direito de defesa absoluto.

Em sua obra, Silma Berti cita julgados do Tribunal Civil do Seine, do início dos anos 1900, que adotou a teoria ora exposta:

Tribunal Civil do Seine, de 10 de fevereiro de 1905 (DP., 1905, 2.389): "A propriedade imprescritível que toda pessoa tem sobre sua imagem, sobre sua figura,

³⁶⁷ ROPPO, Vincenzo. *Istituzioni di Diritto Privato*. 5 ed. Torino: Monduzzi Editore, 2005. p. 184. Tradução Livre: A moderna organização comercial funda-se na publicidade e em outras técnicas de *marketing*. Por sua vez, tais técnicas recorrem, em modo progressivo, à conexão entre os produtos a divulgar e determinadas pessoas (geralmente personagens célebres, conhecidos e amados pelo grande público), que colocam à disposição do produto aspectos das suas personalidades: com maior freqüência, o nome e a imagem. São fenômenos notórios: o ator X, o cantor Y, o campeão esportivo W, aceitam que os seus nomes e rostos sejam continuamente associados - nas publicidades televisivas ou radiofônicas, nas inserções publicitárias em cotidianos e revistas, nas propagandas dos grandes cartazes afixados pelas ruas- (...). E, naturalmente, 'contratam a cessão do uso dos atributos das suas personalidades em troca de dinheiro (...).' Restam, porém, não comercializáveis, os elementos de âmbito mais íntimo da pessoa, cujo desfrute comercial, particularmente dos órgãos do corpo humano, poderia ser entendido como imoral.

³⁶⁸ CARBONNIER, Jean apud BERTI, Silma Mendes. *Direito à Própria Imagem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 70.

sobre seu retrato, lhe dá o direito de impedir a exibição deste retrato, sob pena de responder por perdas e danos. (...)

Tribunal Civil do Seine, de 24 de março de 1937, Casciano c. Journal Adam: “...é da jurisprudência que o modelo tem um direito absoluto de propriedade sobre sua fotografia”. (...)

Tribunal de Grande Instância do Seine, 18 de março de 1966: “o fato de publicar, sem sua autorização, a fotografia de alguém, constitui atentado ao verdadeiro direito de propriedade que cada um possui sobre sua imagem.”

Tribunal de Grande Instância do Seine, 13 de março de 1968, Belmondo c. Soc. France Éditions et Publications do ator Jean Paul Belmondo : ... “o fato de ter publicado, sem autorização, fotografias sobre a vida privada de Belmondo constitui atentado ao verdadeiro direito de propriedade que cada um possui sobre sua imagem.”³⁶⁹

b) Teoria da imagem identificada com o direito de autor: segundo seus defensores, o direito aos traços da fisionomia da pessoa eram os mesmos que tem o autor sobre a sua obra do espírito³⁷⁰. Essa teoria foi alvo de várias críticas, dentre elas a de Ravanas, ora analisada por Silma Berti:

Ravanas coloca em realce uma certa superioridade do direito à imagem em relação ao direito de autor, ao dizer que parece que o direito do modelo é ainda mais direito que o direito do autor. Enquanto o autor defende a integridade de sua obra, isto é, o que produziu – que não se senão o reflexo de sua personalidade em uma coisa tornada exterior a ele mesmo –, o modelo defende sua pessoa, fora de qualquer interferência. O direito do modelo seria, então, se se pode falar assim, um direito moral de primeiro grau, enquanto o direito moral do autor se trata de um direito moral do segundo grau: um defende sua personalidade em seu corpo e sua alma, o outro a defende em seus frutos. (...) Ravanas vê entre o direito à imagem e direito de autor não uma identificação, mas uma oposição. Afirma que longe de se confundirem, o direito da pessoa sobre sua imagem e o direito do autor sobre sua obra podem se opor, uma vez que aquele deve ser respeitado pelo artista, autor do retrato, enquanto este limita as prerrogativas da pessoa representada.³⁷¹

c) Teoria da imagem como inerente ao direito à honra: os defensores dessa tese, dentre eles Piola-Caselli³⁷², na realidade, negavam o direito à imagem enquanto direito autônomo. Para eles, os casos de uso não consentido de retrato atingiam a honra “como patrimônio afetivo de estima e reputação e como sentimento subjetivo da dignidade e do decoro (...)”³⁷³ Assim, a imagem seria espécie do qual o direito a honra era gênero.

Walter Moraes critica essa teoria. Segundo o autor,

³⁶⁹ BERTI, Silma Mendes. *Direito à Própria Imagem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 70.

³⁷⁰ BERTI, Silma Mendes. *Direito à Própria Imagem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

³⁷¹ BERTI, Silma Mendes. *Direito à Própria Imagem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 81.

³⁷² PIOLA-CASELLI apud MORAES, Walter. Direito à própria imagem. I. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, ano 61, n. 443, p. 64-81, set. 1972.

³⁷³ MORAES, Walter. Direito à própria imagem. I. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, ano 61, n. 443, p. 64-81, set. 1972.

não se põe em dúvida que frequentemente a violação do direito à imagem fere conjuntamente a honra do sujeito; nem mesmo que a ofensa à honra mediante o retrato represente não raro elemento de evidência da lesão ao direito à imagem. Mas parece claro que, como teoria, a construção é 'suicida', pois quer instituir um direito à imagem cujo bem tutelado é a honra. Contudo, nem como simples tese que fundamenta a tutela jurídica da imagem ela se justifica. Como poderia explicar, por exemplo, a pretensão e a ação de uma pessoa contra a outra que lhe usasse a fotografia como se fora própria? Mesmo que isso não importasse ofensa alguma à honra, haveria o direito de impedir e de reparar dentro da esfera da tutela da personalidade. Como, por outro lado, poderia a tese da honra explicar o direito que tem a pessoa de proibir a publicação de sua fotografia em promoções comerciais, em que a publicação em si mesma só pudesse vir a lisonjear-lhe a vaidade?³⁷⁴

No entanto, impossível não atentar para a importância dessa doutrina, vez que foi ela a adotada no Código Civil Italiano de 1942, que dispunha no art. 10:

Sempre que a imagem de uma pessoa ou dos genitores, do cônjuge e dos filhos, seja exposta ou publicada fora dos casos em que a exposição ou a publicação é permitida por lei, ou com prejuízo do decoro ou de reputação da mesma pessoa ou de ditos parentes, a autoridade judiciária, a pedido do interessado, pode dispor que cesse o abuso, sem prejuízo do ressarcimento dos danos.³⁷⁵

Também foi adotada no Anteprojeto de Orlando Gomes³⁷⁶, que, em seu art. 35, dispunha que a proibição da divulgação da imagem só se justificaria se da reprodução resultar atentado à honra, à boa fama, à respeitabilidade da pessoa, ou se destinar a fins comerciais.

d) Teoria da imagem como direito à intimidade: aponta Joseph Kohler³⁷⁷ que essa teoria teve início principalmente com os estudos de Keyssner. Essa teoria foi bem aceita na França e na Itália e serviu de base para a doutrina do 'right of privacy' elaborada na Inglaterra e propagada na América do Norte.

No Direito Italiano, essa tese foi amplamente defendida por Adriano De Cupis³⁷⁸ que alegava ter o art. 10 do Código Civil Italiano adotado o entendimento de ser ter a imagem como intimidade, e não como direito à honra como defendia a doutrina majoritária na época.

Para os defensores dessa tese, a proteção da imagem integraria a proteção da vida privada, isto é, como um dos atributos da personalidade. No entanto, essa teoria se mostrou insuficiente para explicar algumas questões como:

³⁷⁴ MORAES, Walter. Direito à própria imagem. I. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, ano 61, n. 443, p. 64-81, set. 1972.

³⁷⁵ ITÁLIA. (1942). *Codice Civile*. Disponível em: < <http://www.studiocelentano.it/codici/cc/>>. Acesso em: 30 mar. 2007.

³⁷⁶ BRASIL. Código Civil: anteprojeto. V. 2. Brasília: Senado Federal, 1989.

³⁷⁷ KOHLER, Joseph. A própria imagem no Direito. Trad. Walter Moraes. *Revista Interamericana de Direito Intelectual*. São Paulo, v. 2, n. 2, jul.-dez., 1979.

³⁷⁸ DE CUPIS, Adriano. *Teoria e pratica del Diritto Civile*. Milano: Giuffrè, 1967.

A hipótese da usurpação da imagem requer para si uma posição independente da intimidade, conquanto fira valor que adere diretamente à personalidade mesmo tratando-se de falseamento da identidade do sujeito. Não soluciona tampouco o problema da exploração econômica da imagem. (...) isto quanto ao valor da tese em si, ou seja, quanto ao valor da explicação do motivo da tutela jurídica sobre a imagem. Como teoria, porém, que institui uma estrutura jurídica integral, padece ela da mesma frustração da tese da honra. Porque o direito à imagem continua a não ter objeto próprio.³⁷⁹

Apesar das críticas, foi essa a teoria adotada pelo Tribunal de Seine, em 1858, no julgamento do caso Rachel, já mencionado. Na decisão, o Tribunal entendeu que a vida privada das pessoas se distingue da atividade pública que atriz desenvolvia em vida; ‘o lar separado do palco’. Assim, a imagem se submete ao direito de intimidade.³⁸⁰

e) teoria do direito à identificação pessoal: entre seus defensores está Carlos Alberto Bittar³⁸¹, que vê a imagem como sinal individualizador da pessoa, que possibilita sua identificação mesmo em sua ausência ou à longas distâncias. Essa teoria não ficou isenta de críticas. Segundo Zambrano, o direito à imagem pode ser confundido com o direito à identidade pessoal:

sebbene la violazione del diritto all'identità personale sia non raramente perpetrata attraverso la diffusione non autorizzata dell'immagine, bisogna osservare come l'immagine evochi soltanto l'aspetto fisico della persona, a differenza dell'identità personale che guarda la persona nella sua globalità. La dottrina meno recente riteneva che non vi fosse un unico diritto all'immagine, ma tanti diritti quanti possono essere i modi di essere della persona. Altra parte della dottrina, invece, ricostruiva il diritto all'immagine come un diritto sul proprio corpo, al pari del diritto all'integrità fisica. Tali posizioni devono ormai ritenersi superate. Più di recente si ritiene che l'immagine non sia altro che una proiezione esterna della personalità “un' espressione concreta, forse la più appariscente della personalità” (Pret. Roma, 15 nov. 1986).³⁸²

³⁷⁹ MORAES, Walter. Direito à própria imagem. I. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, ano 61, n. 443, p. 64-81, set. 1972.

³⁸⁰ SAHM, Regina. O Direito à imagem dogmática civil contemporânea. 2001. 366 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Programa de Pós-Graduação em Direito.

³⁸¹ BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. Atual. Eduardo C. B. Bittar. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

³⁸² ZAMBRANO, Virginia I Diritti della Personalità. In. STANZIONE, Pasquale (ccord.). *Manuale di Diritto Privato*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2006. p. 337-338. Tradução Livre: Embora a violação do direito à identidade pessoal seja não raramente perpetrada através da difusão não autorizada da imagem, é necessário observar que a imagem evoca somente o aspecto físico da pessoa, diferentemente da identidade pessoal, que considera a pessoa na sua integridade. A doutrina menos recente acreditava que não houvesse um único direito à imagem, mas sim, tantos direitos quantos possam ser os modos de ser da pessoa. Outra parte da doutrina, ao contrário, reconstruía o direito à imagem como um direito sobre o próprio corpo, equivalente ao direito à integridade física. Doravante, tais posições devem ser consideradas superadas. Recentemente acredita-se que a imagem seja tão somente uma projeção externa da personalidade “uma expressão concreta, talvez a mais evidente, da personalidade.” (Pret. Roma, 15 nov. 1986).

f) teoria do patrimônio moral da pessoa: para essa tese, a imagem de uma pessoa é conteúdo do seu patrimônio moral.

Falar de patrimônio moral é, de certa forma, referir-se a uma entidade análoga ao patrimônio econômico. Se o conjunto de bens de que alguém é titular constitui o seu patrimônio, abrangendo todas as relações jurídicas passíveis de avaliação econômica, cabe pensar na possibilidade de um patrimônio moral, capaz de integrar todos os direitos de conteúdo não patrimonial, como os direitos de personalidade, em particular o direito à imagem.³⁸³

Essa teoria foi criticada por Walter Moraes³⁸⁴, que a analisou como vazia de conteúdo determinado, podendo servir a qualquer um dos direitos ditos como personalíssimos.

g) O direito de imagem como direito autônomo: conforme já dito anteriormente, a imagem merece tutela jurídica específica, isto é, “o bem da imagem é resguardado em si e por si e não em razão de outro valor qualquer, o que vale dizer que: a própria se constitui precisamente em objeto autônomo da tutela do direito.”³⁸⁵

Apesar de ser a tese dominante na doutrina atual, o direito da Província de Québec³⁸⁶, no Canadá, não reconhece ao bem da imagem autônoma, mas, mesmo assim, tutela a imagem sob o sistema da ‘civil law’ dentro do tema dos direitos da personalidade.

4.3 Situações atípicas de tutela à imagem

4.3.1 O uso da imagem do ente por nascer

Visualizar um direito à imagem de um ente ainda por nascer parece, em um primeiro momento, uma idéia um tanto inusitada. No caso de exposição de imagem de um embrião, a imputação de um Direito à Imagem, até o presente momento histórico, demonstra-se sua

³⁸³ BERTI, Silma Mendes. *Direito à Própria Imagem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 92.

³⁸⁴ MORAES, Walter. Direito à própria imagem. I. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, ano 61, n. 443, p. 64-81, set. 1972.

³⁸⁵ MORAES, Walter. Direito à própria imagem. I. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, ano 61, n. 443, p. 64-81, set. 1972.

³⁸⁶ SAHM, Regina. O Direito à imagem dogmática civil contemporânea. 2001. 366 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Programa de Pós-Graduação em Direito.

impossibilidade, não pelo fato de não ser o embrião titular de direitos, mas sim pelo fato de ser impossível identificar o amontoado de células embrionárias com uma pessoa já nascida.

A identificação dos embriões criopreservados nas Clínicas Médicas é feita por números e por meio dos doadores de gametas. Impossível reconhecê-los apenas pela imagem.

No caso do nascituro, contudo, a situação é diversa. O nascituro é o ente humano que está se desenvolvendo e que, em um determinado momento, adquire feição própria mesmo ainda dentro do útero. E, além disso, sua imagem pode ser captada com clareza por meio de avançados aparelhos de ultra-som.

Diante da possibilidade da pessoa já nascida com vida requerer ressarcimento por algum dano sofrido em sua fase pré-natal, pode-se pensar em discutir uma possível atribuição do Direito à Imagem ao nascituro, quando esse tiver sua imagem, devidamente reconhecida, exposta.

A questão de exposição de imagens de nascituros ganhou destaque após o conhecimento público da compra de um aparelho de ultra-som, pelo astro Tom Cruise, com a finalidade de acompanhar e registrar a gravidez de sua esposa.³⁸⁷ Na época, questionou-se a venda das imagens para arrecadação de dinheiro que deveria ser doado a um projeto social. No entanto, essa questão não passou de mera especulação.

Apesar de não ter sido encontrado um caso concreto que tenha chegado ao Poder Jurisdicional, não se pode deixar de mencionar a situação em razão dos avanços cada vez maiores da sociedade e da tecnologia que refletem no Direito. Possivelmente, dentro de alguns anos, os tribunais deverão ser chamados a decidir situações como a aqui apresentada.

No Brasil, houve um caso que enseja uma análise. No ano de 1998, algumas mulheres que faziam uso do anticoncepcional Microvlar denunciaram suas gravidezes. Estas mulheres compraram nas farmácias, pílulas de um lote produzido apenas para o teste de uma máquina e que ao invés da substância hormonal contraceptiva, as pílulas continham farinha. O caso ficou conhecido como 'a pílula de farinha'.

Na época, diante do susto das gestantes, o Idec e o Estado de São Paulo ajuizaram demanda civil para discutir a responsabilidade civil e o valor indenizatório a ser pago a elas. Essa demanda chegou ao STJ que decidiu:

Acontecimentos que se notabilizaram como o 'caso das pílulas de farinha'. Cartelas de comprimidos sem princípio ativo, utilizadas para teste de maquinário, que acabaram atingindo consumidoras e não impediram a gravidez indesejada. Pedido

³⁸⁷ TOM Cruise faz Califórnia proibir venda de ultra-som. Disponível em: <http://ofuxico.uol.com.br/Materias/Noticias/noticia_22414.htm>. Acesso em: 23 abr. 2007.

de condenação genérica, permitindo futura liquidação individual por parte das consumidoras lesadas. Discussão vinculada à necessidade de respeito à segurança do consumidor, ao direito de informação e à compensação pelos danos morais sofridos. (...) dever de compensar danos morais, na hipótese, não fica afastado com a alegação de que a gravidez resultante da ineficácia do anticoncepcional trouxe, necessariamente, sentimentos positivos pelo surgimento de uma nova vida, porque o objeto dos autos não é discutir o dom da maternidade. Ao contrário, o produto em questão é um anticoncepcional, cuja única utilidade é a de evitar uma gravidez. A mulher que toma tal medicamento tem a intenção de utilizá-lo como meio a possibilitar sua escolha quanto ao momento de ter filhos, e a falha do remédio, ao frustrar a opção da mulher, dá ensejo à obrigação de compensação pelos danos morais, em liquidação posterior. Recurso especial não conhecido.³⁸⁸

Nesse primeiro momento foi discutido apenas questões ligadas ao Direito do Consumidor que foi lesado e ao ressarcimento e pagamento de custos advindos com a gravidez indesejada. Relatos das gestantes demonstram que muitas não poderiam engravidar por recomendação médica, como é o caso de Meire Inamine que declarou:

Pouco antes, por exigência de seu médico, tinha assinado um termo de responsabilidade de que não engravidaria, já que estava tomando um medicamento para corrigir uma disfunção hormonal. "Quando vi o exame não pude acreditar", lembra. "Logo eu, que sempre tomei tanto cuidado." Seu drama piorou no terceiro mês de gravidez, quando teve um descolamento de placenta e ficou impedida de dirigir e fazer esforço. "Como moro em apartamento sem elevador, não podia ir para minha própria casa. Tive de ficar hospedada na casa de minha mãe."³⁸⁹

No entanto, nesses casos específicos não só as mães foram lesionadas. Os filhos gerados ficaram conhecidos como 'os filhos da pílula de farinha', sinônimo de rejeição, dificuldades financeiras e debilitação física das gestantes. Diante dessa situação, pode-se vislumbrar um dano à imagem atribuídos aos bebês, dano ocorrido enquanto estes ainda eram nascituros. Infelizmente, essa discussão ainda não chegou aos tribunais.

4.3.2 O uso da imagem da pessoa falecida

³⁸⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 866636 / SP. Rel. Min. Nancy Andrighi. Publicado em: 6 dez. 2007. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=pilula+de+farinha&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=2>. Acesso em: 29 jun. 2008.

³⁸⁹ GRANATO, Alice. Foi acidente, mas são lindos: Bebês da pílula de farinha fazem 1 ano e seus pais ainda brigam com o laboratório na Justiça. *Revista Veja*. Edição 1 637, 23 fev. 2000.

Não pode ser considerada uma atitude sensata e juridicamente plausível a publicação de imagens envolvendo pessoas mortas, ou no leito de morte, em especial quando as circunstâncias da morte ocasionaram uma destruição física do corpo de quem veio a falecer, mesmo que o “*de cujus*”, quando em vida, fosse dotado de certa notoriedade.

A violação da imagem de quem já faleceu pode acarretar o pagamento de verba indenizatória. No entanto, necessário distinguir dois momentos.

O primeiro momento refere-se ao falecido, quando, ainda em vida, foi vítima de um dano à imagem, e, também ainda em vida, instaurou procedimento judicial com a finalidade reparatória do dano sofrido. Nesse caso, aplica-se, segundo doutrina e jurisprudência dominantes, as regras do artigo 12, do Código de Processo Civil, substituindo o “*de cujus*” pelo seu espólio, no polo ativo da demanda.

Caso tenha ocorrido o dano ainda em vida, mas não ter o falecido, dentro do prazo prescricional, instaurado procedimento, deve-se verificar se este, quando em vida, praticou atos para que se procedesse ao ajuizamento da demanda, como, por exemplo, contratação de advogado, reunião dos documentos pertinentes. No caso de prática de algum ato que represente sua manifestação de vontade favorável ao ajuizamento, terá o espólio legitimidade para propositura da demanda, mesmo se tratando de situação personalíssima. Contudo, se não houver qualquer demonstração nesse sentido, não terá a legitimidade, pois a vítima, quando em vida, optou pelo não uso de seu direito de ação.

O segundo momento refere-se à ofensa a imagem de alguém depois de sua morte. Além do caso Rachel de 1858, outro caso de violação da imagem *post mortem* que se tem notícias foi o caso da fotografia de Bismarck³⁹⁰, na Alemanha. O Tribunal do Império em 29 de novembro de 1898 proibiu os fotógrafos de publicarem fotos do corpo de Bismarck, ordenando a destruição das chapas, sob o argumento de que houve invasão de domicílio para se obter tais imagens.

No Brasil, um dos primeiros casos de violação de imagem *post mortem* foi a do cineasta Glauber Rocha, que, em 1976, filmou, sem autorização prévia, o velório e enterro do pintor Di Cavalcanti. Posteriormente, tal filmagem foi editada no formato de curta metragem e lançada pela Embrafilme.³⁹¹

Outro caso conhecido é a decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro referente ao caso envolvendo os herdeiros do poeta Vinícius de Moraes e o Grupo de Comunicação Três

³⁹⁰ KOHLER, Joseph. A própria imagem no Direito. Trad. Walter Moraes. *Revista Interamericana de Direito Intelectual*. São Paulo, v. 2, n. 2, jul.-dez., 1979.

³⁹¹ CHAVES, Antônio. Obra cinematográfica e sua reprodução por videocassete. *Revista da Faculdade de Direito das Faculdades Metropolitanas Unidas*. São Paulo, v. 5, n. 5, p. 254-274, set. 1991.

S.A., em que a ré publicou, sem a devida autorização, depois do falecimento do poeta, biografia desse com a finalidade de exploração econômica e comercial.³⁹²

Na época, sem uma legislação e uma doutrina especializadas ainda outros casos foram apresentados ao Poder Jurisdicional. Na maioria desses casos, os tribunais entenderam a existência de um Direito à Imagem *post mortem*, e a necessidade e possibilidade de sua tutela, isto é, a extensão de um caráter personalíssimo para além da vida, no qual a família (herdeiros) teria legitimidade processual para atuarem em sua defesa. Nesse caso, a família não agiria em nome próprio, salvo se a ofensa ao morto repercutisse de tal maneira que lesionasse também a honra, imagem, ou qualquer outro bem dos membros ainda vivos.

No entanto, a questão da patrimonialidade, típica do paradigma liberal, fazia-se presente. Buscava-se sempre um ganho pecuniário quando houvesse qualquer mencionar público do falecido, sem a devida autorização. Aliás, a própria exigência do consentimento configuraria a expressão máxima e ilimitada da liberdade, pilar do liberalismo.

Mesmo diante da pouca evolução da doutrina na apresentação de novas teorias, os Tribunais começaram a modificar a justificativa de seus provimentos, no sentido de vislumbrar a existência de um direito (patrimonial) da família na defesa dos resquícios de vida do parente falecido. A doutrina agora justificava um Direito à Imagem *post mortem* em um direito próprio da família, originário com a morte do ente que a pertencia. Nesse sentido advoga Sérgio Cavalieri Filho,

Não se pode, (...), desconhecer que a imagem, dependendo da notoriedade do seu titular pode produzir e projetar efeitos jurídicos para além da morte, afetando os sucessores do *de cuius*. É o que ocorre, por exemplo, com pessoas famosas já falecidas cuja imagem continua sendo explorada comercialmente por meio de filmes, vídeos, publicidade, fotografias, livros, memórias e biografias. Os efeitos econômicos daí decorrentes incorporam-se ao patrimônio dos herdeiros do falecido e só por eles podem ser comercialmente explorados. O mesmo pode ocorrer quanto aos efeitos morais. A imagem de um ancestral é muitas vezes para seus descendentes patrimônio moral mais valioso que os bens materiais por ele deixado. Dessa forma, os parentes próximos de pessoas famosas falecidas passam a ter um direito próprio, distinto da imagem do *de cuius*, que os legitima a pleitear indenização em juízo.³⁹³

Assim, a personalidade não mais se estendia para depois da morte, na verdade, com a morte surgiria para a família do “*de cuius*” o direito de tutela de tudo que recordasse o ente

³⁹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n.58101/SP. 4 Turma. Rel Min. Cesar Asfor Rocha. Publicado em 16 set. 1997 apud MIGLIORE, Alfredo Domingues Barbosa. *Direitos da Personalidade Post Mortem*. 2006. 375 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito Largo de São Francisco, Universidade de São Paulo, Programa de Pós-Graduação em Direito.

³⁹³ CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 101.

falecido, quando ainda em vida: honra, imagem, manuscritos, partes do corpo. Nessa época, os casos de maior notoriedade foram os casos envolvendo os sucessores de Garrincha e outro envolvendo a sucessora de Lampião e Maria Bonita.

As filhas de *Garrincha*, promoveram uma ação ordinária contra a Editora Schwarcz Ltda, por ela ter lançado o livro intitulado "*Estrela Solitária - Um brasileiro chamado Garrincha*", sem as suas autorizações, alegando violação ao Direito à Imagem, ao nome, à intimidade, à vida privada, à honra e a todos os conexos da personalidade do referido ídolo, execrando a sua memória, postulando pela indenização de danos patrimonial e moral. O Superior Tribunal de Justiça julgou a demanda nos seguintes termos:

Ementa: Os direitos da personalidade, de que o direito à imagem é um deles, guardam como principal característica a sua intransmissibilidade. Nem por isso, contudo, deixa de merecer proteção à imagem e à honra de quem falece, como se fossem coisas de ninguém, porque elas permanecem perenemente lembradas nas memórias, como bens imortais que se prolongam para muito além da vida, estando até acima desta, como sentenciou Ariosto. Daí porque não se pode subtrair dos filhos o direito de defender a imagem e a honra de seu falecido pai, pois eles, em linha de normalidade, são os que mais se desvanecem com a exaltação feita à sua memória, como são os que mais se abatem e se deprimem por qualquer agressão que lhe possa trazer mácula. Ademais, a imagem de pessoa famosa projeta efeitos econômicos para além de sua morte, pelo que os seus sucessores passam a ter, **por direito próprio**, legitimidade para postularem indenização em juízo, seja por dano moral, seja por dano material.³⁹⁴ (grifo nosso)

Outro caso foi o envolvendo a filha do casal Lampião e Maria Bonita. A herdeira requereu indenização pelo uso não autorizado das imagens de seus pais em uma campanha publicitária, publicada em periódico de grande circulação nacional. A decisão foi no sentido de responsabilizar civilmente os responsáveis pelo uso indevido da imagem, pois “a utilização da imagem da pessoa, com fins econômicos, sem a sua autorização ou do sucessor, constitui locupletamento indevido, a ensejar a devida reparação.”³⁹⁵

No ano 2000, o STJ julgou o procedimento instaurado pela escritora Glória Perez, em face do jornal O Dia, sob a fundamentação de que era a indevida a exploração da imagem de sua falecida filha, a atriz Daniela Perez. Constam nos autos que o réu, não obstante o expresso desacordo da suplicante, publicou, em oito capítulos diários e consecutivos, um folhetim

³⁹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 521.697 - RJ (2003/0053354-3). 4 Turma. Rel. Min. Cesar Asfor Rocha. Julgado em: 16 fev. 2006. Publicado em 20 mar. 2006. Disponível em: <https://ww2.stj.gov.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200300533543&dt_publicacao=20/03/2006>. Acesso em: 21 mai. 2007.

³⁹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 86109/SP /SP. 4 Turma. Rel Min. Barros. Julgado em: 28 jun. 2001. Publicado em: 01 out. 2001. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/webstj/Processo/JurImagem/frame.asp?registro=199600033889&data=01/10/2001>>. Acesso em: 21 mai. 2007.

encartado em seu conhecido Jornal 'O Dia' contando a estória romanceada do crime praticado contra a filha da autora, tudo acompanhado de ampla divulgação em bancas de jornal.

A matéria jornalística foi intitulada de 'O Beijo da Morte' e estampava, em página inteira, a fotografia da filha da autora, extraída de uma das cenas de novela, em que a personagem Daniela Perez contracenava em uma cena romântica justamente com aquele que retiraria a vida da atriz. No entender da autora, essa fotografia, dentro do contexto em que foi apresentada, teve uma conotação dúbia deixando no público leitor a impressão de que o assassino e sua vítima mantinham na vida real um relacionamento amoroso íntimo. STJ decidiu o caso no seguinte sentido:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. REEXAME DE PROVA. DIVERGÊNCIA. DANOS MORAIS E MATERIAIS. DIREITO À IMAGEM. SUCESSÃO. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. HONORÁRIOS. 1. Os direitos da personalidade, de que o direito à imagem é um deles, guardam como principal característica a sua intransmissibilidade. Nem por isso, contudo, deixa de merecer proteção a imagem de quem falece, como se fosse coisa de ninguém, porque ela permanece perenemente lembrada nas memórias, como bem imortal que se prolonga para muito além da vida, estando até acima desta, como sentenciou Ariosto. Daí porque não se pode subtrair da mãe o direito de defender a imagem de sua falecida filha, pois são os pais aqueles que, em linha de normalidade, mais se desvanecem com a exaltação feita à memória e à imagem de falecida filha, como são os que mais se abatem e se deprimem por qualquer agressão que possa lhes trazer mácula. Ademais, a imagem de pessoa famosa projeta efeitos econômicos para além de sua morte, pelo que os seus sucessores passam a ter, **por direito próprio, legitimidade para postularem indenização em juízo**. 2. A discussão nos embargos infringentes deve ficar adstrita única e exclusivamente à divergência que lhe deu ensejo. 3. Ao alegar ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil o recorrente deve especificar as omissões e contradições que viciariam o aresto atacado, sob pena de inviabilizar o conhecimento do recurso especial. Ademais, na hipótese, o acórdão dos aclaratórios não contém esses vícios. 4. "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial." (Súmula nº 7/STJ). 5. Sem demonstração analítica do dissídio, não se conhece do recurso especial pela letra "c". Recursos não conhecidos. (grifo nosso)³⁹⁶

Na mesma época o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais decidiu que

imagem da pessoa não se extingue com sua morte, não havendo impedimento que seus herdeiros pleiteiem ação indenizatória não prescrita, já que a eles caberia a defesa da memória do "de cujus". Após a abertura da sucessão, caberá ao espólio o ajuizamento de ações no interesse do falecido, sendo ele parte legítima para intentar a ação indenizatória, em razão de ser tal direito de natureza patrimonial, que enseja,

³⁹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 268660 / RJ. 4 Turma. Rel. Min. Cesar Asfor Rocha Julgado em 22 nov. 2000. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=imagem+personalidade&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=12>>. Acesso em: 11 dez. 2007.

em caso de acolhimento da ação intentada, o aumento do patrimônio pertencente ao "de cujus" a ser dividido entre os herdeiros.³⁹⁷

Mais recentemente, os Tribunais passaram a defender a tese do dano reflexo (ou dano indireto). Isto é, a violação da imagem do "de cujus" não repercute apenas sobre sua memória, mas também sobre pessoa intercalar que é titular de relação jurídica interligada com a situação de violação. Nesse prisma, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais reviu seu posicionamento passando a entender que o dano a imagem de pessoa já falecida é dano reflexo aos familiares, assim:

EMENTA: AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - USO DE IMAGEM DE PESSOA MORTA - DANO POR RICOCHETE - DIVULGAÇÃO SEM AUTORIZAÇÃO - UTILIZAÇÃO MERAMENTE INFORMATIVA - AUSÊNCIA DE DANO - INDENIZAÇÃO INDEVIDA - RECURSO IMPROVIDO. - Os direitos da PERSONALIDADE estão vinculados, inexoravelmente, à própria pessoa humana, razão pela qual são tachados de intransmissíveis. Conquanto essa premissa seja absolutamente verdadeira, os bens jurídicos protegidos por essa plêiade de direitos, compreendem aspectos da pessoa vista em si mesma, como também em suas projeções e prolongamentos. - A pessoa viva, portanto, pode defender - até porque dito interesse integra a própria PERSONALIDADE - os direitos da PERSONALIDADE da pessoa morta, desde que tenha legitimidade para tanto. Tal possibilidade resulta nas conseqüências negativas que, porventura, o uso ilegítimo da IMAGEM do parente pode provocar a si e ao núcleo familiar ao qual pertence, porquanto atinge a pessoa de forma reflexa. É o que a doutrina, modernamente, chama de dano moral indireto ou dano moral por ricochete. - O uso de IMAGEM feito de forma ofensiva, ridícula ou vexatória impõe o dever de indenizar por supostos danos morais. Quando, ao contrário, a IMAGEM captada enaltecer a pessoa retratada, não há como se falar em dano moral.³⁹⁸

Um outro caso concreto ocorrido foi o caso envolvendo a empresa gerenciadora da marca Ayrton Senna e a Editora Escola Ltda³⁹⁹. A Editora publicou em uma revista uma série de fotos e matéria sobre o piloto de Fórmula 1, Ayrton Senna, após a sua morte.

³⁹⁷ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Autos n.: 2.0000.00.299901-9/000(1). Rel. Duarte de Paula. Julgado em: 30 mai. 2000. Disponível em: <http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=2&comrCodigo=0&ano=0&txt_processo=299901&complemento=0&sequencial=0&palavrasConsulta=&todas=imagem%20dano%20de%20cujus&expressao=&qualquer=&sem=&radical=>>. Acesso em: 11 dez. 2007.

³⁹⁸ MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Autos n.: 1.0701.02.015275-0/001(1). Rel. Fabio Maia Viani. Julgado em: 04 out. 2007. Disponível em: <http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=701&ano=2&txt_processo=15275&complemento=1&sequencial=0&palavrasConsulta=&todas=imagem%20personalidade&expressao=&qualquer=&sem=&radical=>>. Acesso em: 11 dez. 2007.

³⁹⁹ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 094.036-4/1. Rel. Des. Erbeta Filho apud MIGLIORE, Alfredo Domingues Barbosa. *Direitos da Personalidade Post Mortem*. 2006. 375 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito Largo de São Francisco, Universidade de São Paulo, Programa de Pós-Graduação em Direito.

A empresa detentora dos direitos patrimoniais de imagem do piloto, responsável pela destinação da verba vendida com a imagem a obras assistenciais, instaurou procedimento em desfavor da editora, requerendo a condenação da mesma em abster-se de editar e de circular publicações ou qualquer outro produto contendo a imagem de Senna, bem como a condenação da ré a danos morais e patrimoniais.

No caso em análise, ressalta-se que não foram os herdeiros de Senna os impetrantes do procedimento, apesar de terem legitimidade procedimental. Além disso, o uso indevido da imagem do piloto realmente ocasionou um dano à pessoa jurídica 'Ayrton Senna da Silva Promotions Limited', vez que, quando ainda em vida, o piloto constituiu a empresa para exploração de sua imagem para fins assistenciais.

Nos termos do acórdão, que julgou procedente o pedido, a questão versou essencialmente sobre questões patrimoniais da reprodução da imagem de quem faleceu, pois os direitos inerentes à personalidade se extinguíram com a morte. A verba indenizatória foi destinada, como determinava o estatuto da empresa a obras assistenciais.

Em que pese as divergências de fundamentações da jurisprudência, as mudanças paradigmáticas vieram e com elas a necessidade de renovação do Direito, buscando atender as novas demandas sociais. Como já explicado, foi preciso uma reanálise sobre a questão da personalidade para o atendimento da exigência constitucional de proteção à pessoa humana, e em uma visão mais ampla, do ente humano.

Com essa releitura pode-se entender que a personalidade, em sentido jurídico, é uma imputação originada da norma, sendo que os direitos inerentes a essa imputação não se limitam a um direito subjetivo – a imputação da personalidade e dos direitos dela decorrentes termina com a morte. Também foi demonstrada a impossibilidade de se ter uma decisão válida e legítima, no Estado Democrático de Direito, em casos abstratos ou que, mesmo perante um caso concreto, não se oportunize às partes momento para se manifestarem, tanto no processo legislativo, como no procedimento jurídico.

No entanto, a revisão sobre a personalidade não responde à questão da possibilidade de tutela dos resquícios dos momentos em vida de quem já faleceu. Para tanto, primeiro, é necessário rever a estrutura dogmática da situação jurídica e, em um momento posterior, relacioná-la com a nova teoria da argumentação que vem sendo construída pela doutrina nacional.

A situação jurídica teve suas teorias basilares desenvolvidas na época da Escola Histórica e da Jurisprudência dos Conceitos. Em sua essência foi ligada à esfera da liberdade individual e patrimonial – preponderantes no positivismo. O Direito (subjetivo com viés

patrimonial) aplicado à pessoa era visto de forma abstrata, desvinculada do caso real e versava, via de regra, sobre uma questão de ‘liberdade natural’, em que, na situação jurídica, todo direito corresponderia a um dever e vice e versa.

Posteriormente, com a implantação do Estado Social, o indivíduo passou a ser visto em seu meio social, como integrante da sociedade. Entretanto, mesmo diante das diversas declarações de direitos do homem, na época, não foi possível o total desligamento entre os direitos (subjctivos) e a questão da patrimonialidade.

A superação do paradigma social se deu com a adoção do modelo democrático de direito que reposicionou o homem e a sua relação com os seus direitos - na realidade, não só o homem atingido, agora a proteção abrange também os entes humanos. Recorre-se às teorias da argumentação para atender as determinações na nova visão constitucional: efetivação igual de direitos. Direitos não mais limitados aos direitos (patrimoniais) subjctivos, mas em uma situação de direitos subjctivos (existencial e patrimonial).

Diante do novo contexto histórico, as situações subjctivas ganham alcance para serem muito além do que mero gênero, do qual são espécies as relações jurídicas, envolvidas com matéria patrimonial diante de relações jurídicas. Agora, as situações jurídicas somente se perfazem na argumentação do caso concreto.

Na oportunidade, observa-se a superação de um dos maiores dogmas jurídicos: a todo direito corresponde um dever’, pois não há direitos ou deveres definitivamente imputados ‘em tese’, ‘em abstrato’ ou ‘em regra’. “Somente em face daquela situação concreta, e argumentativamente problematizada, e em um discurso de aplicação da norma, é que se pode afirmar a existência de um juízo definitivo de direitos ou de deveres”⁴⁰⁰; do contrário, somente se poderia afirmar que se teriam tão somente direitos ou deveres em princípios imputáveis.

A imputação de um direito e de um dever traz significados distintos:

a imputação de um direito significa o reconhecimento legitimamente sustentável de uma esfera de liberdade que pode ser referida tanto a uma esfera privada quanto a uma esfera pública, razão pela qual tais esferas podem ser interpretadas como garantidas por direitos institucionalmente reclamáveis. Por sua vez, a noção de dever (...) remete a uma situação jurídica especificamente problematizada e, na qual, podemos interpretar uma posição caracterizada pela inexistência de uma esfera de liberdade o que implica uma obrigação – em sentido amplo – que uma vez descumprida gera a possibilidade de responsabilização por vias institucionais. A infração de um dever, pois é um ilícito que é cometido por quem realiza, ou não, uma conduta que não é interpretada conforme o Direito, enquanto um sistema

⁴⁰⁰ CHAMON JÚNIOR, Lúcio. *Teoria Geral do Direito Moderno: por uma reconstrução crítico - discursiva na Alta Modernidade*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 107-108.

idealmente coerente de princípios. O ilícito pode estar conectado também à violação de um direito, mas não necessariamente.⁴⁰¹

Nessa esteira, no caso do resguardo dos restos de vida de quem já faleceu, na verdade, não há um Direito do morto ou um Direito nascido com sua morte para os seus familiares, mas sim, um dever jurídico, que não necessariamente poderá estar ligado a um direito subjetivo contraposto.

Quem divulga imagens do *de cuius* indevidamente ou faz uso dessa imagem de forma não autorizada estará, a princípio, perante um caso real, infringindo um dever jurídico – dever jurídico de respeito à imagem de quem já faleceu. Não há que se falar em um dever geral de respeito à imagem dos mortos, mas de que pode ser imputado, quando se problematiza a situação concreta na busca de uma solução adequada.

Como defende Bruno Torquato⁴⁰², já citado nesse estudo, no caso do morto não há que se falar em Direito de Personalidade *post mortem* (direito à imagem *post mortem*), mas em dever jurídico (respeitabilidade à imagem dos mortos), no qual o morto é apenas o referencial da infração de uma posição jurídica consubstanciada em dever jurídico violado por alguém. À família caberia meramente legitimidade em uma situação processual, no sentido de dever, na qual o morto se insere, na defesa de não infração de deveres.

Quando a exposição da imagem envolver não só um caráter existencial, mas também um caráter patrimonial, a questão deve ter atenção redobrada, pois o dever infringido poderá corresponder ao direito de retratação ou até mesmo ao pagamento de um *quantum*. Nesses casos, haverá a condenação do réu pelo ilícito cometido e a legitimidade da família na questão procedimental, mas poderá ocorrer que a quantia a ser paga não se destine aos familiares, sob a alegação de enriquecimento sem causa. Na argumentação do caso real, o valor poderá ser encaminhado a uma instituição assistencial, por exemplo.

Na verdade, conforme ensina Antônio Junqueira de Azevedo, os danos não se limitam a patrimoniais (lucros cessantes e danos emergentes) e dano moral, em razão de existir uma nova categoria de dano que foge à essa classificação por representar prejuízo não avaliável pecuniariamente de modo exato, esse dano é o dano social. Segundo o autor,

⁴⁰¹ CHAMON JÚNIOR, Lúcio. *Teoria Geral do Direito Moderno: por uma reconstrução crítico - discursiva na Alta Modernidade*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 108.

⁴⁰² Informação obtida em Seminário apresentado por Bruno Torquato de Oliveira Naves, frente ao programa de pós-graduação, da Faculdade Mineira de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, em novembro de 2006.

a responsabilidade civil deve impor indenização por indivíduos e por danos sociais. Os danos individuais são os patrimoniais, avaliáveis em dinheiro – danos emergentes e lucros cessantes – e, os morais, - caracterizados por exclusão e arbitrados como compensação para a dor, para lesões de direito de personalidade e para danos patrimoniais de quantificação precisa impossível. Os danos sociais, por sua vez, são lesões à sociedade, no seu nível de vida, tanto por rebaixamento de seu patrimônio moral – principalmente a respeito da segurança – quanto por diminuição de sua qualidade de vida. Os danos sociais são causa, pois, de indenização punitiva por dolo ou culpa grave, especialmente, (...), se atos que reduzem as condições coletivas de segurança, e de indenização dissuasória, se atos em geral de pessoa jurídica, que trazem uma diminuição do índice de qualidade de vida da população.⁴⁰³

A título exemplificativo pode-se afirmar que o dano social é o dano aos nascituros, das pessoas (coletivamente) que não possuem discernimento, e até mesmo à imagem e honra dos mortos. A razão disso é que essas lesões atingem a sociedade em si, não há um sujeito certo e determinado que venha a suportar o prejuízo. Estão em jogo padrões éticos e morais eleitos pela sociedade para dirimi-la.

No caso de desrespeito à honra dos mortos, especificamente, a questão da legitimidade para requerer verbas indenizatórias poderia ser tanto dos herdeiros quando do Ministério Público, vez que este age como garantidor dos interesses sociais.

Quanto ao valor indenizatório, caso a demanda fosse julgada procedente, poderia ser destinada a instituições sociais, em uma tentativa de evitar o enriquecimento sem causa do herdeiro, que, conforme o caso concreto, não poderá sofrer dano algum com a violação em questão, como ocorre nos danos ambientais.

Antônio Junqueira de Azevedo⁴⁰⁴ propõe tese diversa; para ele o particular legitimado, que move a ação, age como ‘promotor público privado’ e por isso deve ser recompensado – age por interesse próprio e em benefício da sociedade. Assim, o valor indenizatório deveria ser a ele entregue.

Em face da releitura proposta no presente trabalho não se pode deixar de mencionar que como pano de fundo para a questão do dano social é que o próprio instituto da responsabilidade civil, no Brasil, passa por profundas mudanças.

A responsabilidade fundada exclusivamente na culpa ainda é a regra, no entanto, principalmente depois da entrada em vigor do Código Civil de 2002, foi possível notar algumas mudanças: maior abrangência de hipóteses de responsabilidade civil objetiva, uma maior preocupação para solucionar a questão quanto ao patrimônio dos responsabilizados é

⁴⁰³ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antonio. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 19, p. 211-218, 2004.

⁴⁰⁴ JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 19, p. 211-218, 2004.

insuficiente para arcar com o valor indenizatório, danos aparentemente sem titulares, e demais questões.

Essas alterações ocasionaram ‘fenômeno da coletivização da responsabilidade civil’, que nos ensinamentos de Giselda Hironaka,

toda vez que certos danos de extensão considerável atingem um elevado número de vítimas, surpreendendo pela intensidade das catástrofes, estamos sob este novo prisma ou ângulo de visualização do fenômeno da responsabilidade civil que deriva, enfim, da produção de prejuízos em massa ou em série.⁴⁰⁵

Considerando, como já dito anteriormente, que o morto seria o referencial de uma infração, e que essa infração repercute para além do Direito Penal no que tange ao dever de respeitabilidade à imagem do morto, no âmbito civil tal situação pode ensejar a responsabilização civil do autor da lesão da imagem culminando, inclusive, em fixação de valor indenizatório.

Nesse momento, é importante que se diga que quem foi lesionada imediatamente foi a sociedade, isto é, houve um desrespeito aos valores eleitos pela sociedade para sua própria organização e manutenção, pois o dever de respeito aos mortos é um desses valores que perpassa por milênios da civilização.

Se a violação da imagem do “*de cuius*” tiver por conseqüência danos à família, deverá esta, em nome próprio, ajuizar a demanda reparatória. Pois nesta hipótese poderá ter ocorrido a desrespeitabilidade à imagem do “*de cuius*” e, também, um dano à moral ou à imagem, conforme o caso, à família ou, ainda, somente o dano à família.

Sendo a família o alvo do dano será aplicada a legislação da responsabilidade civil por culpa, nos termos do art. 186, Código Civil: ‘aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligencia ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.’ Esse dispositivo deverá ser lido conjuntamente com o art. 927, do mesmo diploma legal, que diz: “aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo,”

Diante de um caso concreto, pode ser, reconhecidamente, tênue a linha que define um dano social por infração ao dever de respeitabilidade ao morto e o ato ilícito cometido contra a família do “*de cuius*”. Dependerá da sensibilidade do julgador perante os dados objetivos e

⁴⁰⁵ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade Pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 143-144.

da construção argumentativa das partes para que se perceba qual das hipóteses envolve o caso ou se estar diante da incidência das duas situações.

A argumentação contribui, portanto, para que se tenha: o Direito, enquanto sistema de normas *prima facie* aplicáveis, e o próprio caso re-construídos e co-interpretados simultaneamente sem que isso implique, jamais, a possibilidade de separação dos passos desse processo interpretativo e para que as argumentações em torno do caso e do Direito sejam co-implicadas e reciprocamente interpretadas, um à luz do outro⁴⁰⁶, situação pertinente com o modelo democrático de direito vivenciado.

Apesar de todo exposto, essas ponderações, na verdade, são apenas tentativas de proposições para o tratamento jurídico da matéria, pois se reconhece a dificuldade que a questão é cercada e a impossibilidade de se esgotar o tema.

⁴⁰⁶ CHAMON JÚNIOR, Lúcio. *Teoria Geral do Direito Moderno: por uma reconstrução crítico - discursiva na Alta Modernidade*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 107.

5 CONCLUSÃO

A evolução histórica do homem repercutiu no Direito, exigindo que este revisse seus institutos, conceitos e provimentos para realmente atender aos novos anseios sociais. Essa situação pode ser facilmente vislumbrada no estudo dos paradigmas de Estado, que a maioria dos países, cada um em uma época, incluindo o Brasil, vivenciou após a formação dos Estados Nacionais.

A prevalência do indivíduo, característica do Estado Liberal, foi, gradativamente, amenizada (e em algumas nações, substituída) por um enfoque mais social, no qual o homem era visto como membro da sociedade. Contudo, esses modelos não foram suficientes para assegurar e efetivarem Direitos de proteção ao ser humano – necessidade social claramente exposta com o fim da II Guerra Mundial e com a divulgação dos ocorridos, nos campos de batalhas, com os seres humanos.

A partir de então, entendeu-se que o Direito não deveria focar sua atenção e tutela somente sobre o indivíduo ou somente sobre a sociedade, na realidade, seu objeto era a espécie humana em si - o ente humano, seja ele na condição de ente embrionário, seja nascituro, seja pessoa humana, e em todas as suas manifestações.

Essa necessidade de proteção culminou na adoção do princípio da dignidade da pessoa humana em diversos países. No Brasil, esse princípio foi expresso na Constituição Brasileira de 1988, que, além de nova principiológica, trouxe, ainda, um novo paradigma estatal: o Estado Democrático de Direito, no qual igualdade, liberdade e processo são garantias constitucionais asseguradas a todos. Assim, pelo estudo integral da nova ordem a “proteção da dignidade se estende a todo ser humano, independente da idade, sexo, origem, cor, condição social, capacidade de entendimento e autodeterminação ou *status* jurídico.”⁴⁰⁷ Diante das novas questões constitucionais, o Direito viu-se obrigado a rever toda a sua dogmática, para adequá-la a exigências existenciais, e não meramente patrimoniais.

Apesar da grande repercussão sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, deve-se ter cautela para invocá-lo, para que não se dê a sua banalização. No caso concreto, ele pode assumir uma visão negativa que consiste na respeitabilidade que todos devem ter com a

⁴⁰⁷ ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e Boa-fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 18.

questão da intangibilidade da vida humana (digna) ou uma visão positiva que se refere à participação em recursos materiais e morais para o desenvolvimento livre e digno de todos.

A confusão entre os termos ‘dignidade da pessoa humana’ e ‘personalidade jurídica’ não pode ocorrer. A personalidade jurídica é um termo que possui diversas conotações no tempo e em cada ordenamento jurídico, segundo a bagagem histórica. Daí a conclusão de que a personalidade jurídica é centro de imputação de normas, que somente pode ser estudada dentro do discurso argumentativo, no qual se tem uma situação tematizada e problematizada.

O ordenamento jurídico nacional confere à imputação da personalidade alguns direitos para possibilitar uma melhor tutela do ente humano, quando esse for considerado destinatário da personalidade. Para melhor cumprir sua finalidade, a teoria dos direitos da personalidade foi revista para abranger uma série de casos que se encontravam fora do âmbito do ordenamento, mas que atingiam diretamente a personalidade. Nos períodos liberal e social, os Direitos da Personalidade eram essencialmente direitos subjetivos, hoje, com o novo modelo estatal, esses direitos são estudados na qualidade de situações jurídicas da personalidade e podem corresponder a um dever jurídico, a um ônus, a um direito potestativo, a uma faculdade, a um poder jurídico, a um interesse legítimo ou até mesmo a um ato ilícito.

Nos termos da teoria da situação jurídica da personalidade, ampliam-se as possibilidades de tutela do ente humano, abrangendo também a possibilidade de imputação da personalidade de quem ainda não nasceu, bem como a tutela de seus interesses, o que permite, no discurso argumentativo, a incidência da personalidade com o pré-nascimento com vida e não somente com o nascimento com vida, como expresso no Código Civil Brasileiro de 2002.

O limite que determina até que momento será imputada a personalidade a alguém é a morte. Com ela extingue-se todo e qualquer caráter personalíssimo, incluindo aí direitos subjetivamente considerados. Seguindo a teoria da situação subjetiva e reavaliando o próprio conceito dogmático do instituto, observa-se que o morto é um referencial de um dever jurídico de respeitabilidade das memórias, das recordações e das demais lembranças mais do que a pessoa falecida foi em vida e seu conteúdo deverá ser determinado na situação concreta.

A preocupação com o discurso argumentativo justifica-se por ser nele que o Direito e o caso concreto são analisados e reanalisados, simultaneamente, pelas partes envolvidas e em atendimento aos Devidos Processos. No estudo realizado, o Direito à Imagem foi utilizado como pano de fundo para apresentar casos reais envolvendo questões existenciais (exposição da imagem) antes do nascimento e além da vida.

Foi possível concluir que frente à teoria da situação jurídica, a tutela da imagem abrange um momento anterior ao nascimento e depois da morte. No entanto, essa tutela possui

fundamentação diferente. Antes do nascimento, baseia-se no interesse juridicamente tutelado formador de situações jurídicas de que o nascituro é titular, por poder ser a ele atribuída, como mencionado, a personalidade jurídica.

A tutela da imagem de uma pessoa falecida é um dos reflexos de sua existência em vida, no entanto, não pode ser vista como um direito subjetivo da personalidade, em razão da impossibilidade de imputação de uma personalidade *post mortem*. A imagem da pessoa falecida está incluída na perspectiva de dever jurídico no qual o morto é o referencial. Esse dever jurídico não necessariamente está vinculado a um direito (subjetivo) correlato, pois, em se tratando de uma situação jurídica, ele poderá corresponder a qualquer uma das espécies de situação.

Desse modo, observa-se que o Direito busca sua renovação para atender as complexas situações nas quais os entes humanos se envolvem e para que realmente se realizem direitos nos termos determinados constitucionalmente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. Direitos Constitucionais, balanceamento e racionalidade. Trad. Menelick de Carvalho Netto. *Ratio Juris*: V. 16, n. 2, p. 131-140, jun. 2003.

ALMEIDA, Silmara Chinelato e. Direito do nascituro a alimentos: uma contribuição do Direito Romano. *Revista Brasileira do Direito Comparado*. Rio de Janeiro, ano VII, n. 13, p. 107-132, 2 sem. 1992.

ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu Chinelato e. Direitos da Personalidade do nascituro. *Revista do advogado*. São Paulo, n. 38, 1992.

AMARAL, Francisco. *Direito Civil*: introdução. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional da própria imagem*: pessoa física, pessoa jurídica e produto. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

ARENDT, Hanna. *A condição humana*. Trad. Roberto Raposo. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

ARGENTINA. Código Civil. (1871) Disponível em <
http://www3.usal.es/~derepriv/refccarg/ccargent/libro1_secc1_titulo1al5.htm#titulo3>.
Acesso em: 30 mar. 2007.

ASCENSÃO, José de Oliveira. A pessoa: entre o formalismo e a realidade ética. *Revista da EMERJ*. Rio de Janeiro, v. 9, n. 33, p. 93-116, 2006.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Os direitos de personalidade no Código Civil brasileiro. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, v. 94, n. 342, p. 121-129, abr-jun 1998.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Caracterização jurídica da dignidade da pessoa humana. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro, v. 8, p. 3-24, jan-mar de 2002.

BARBOSA, Álvaro Antônio do Cabo Notaroberto. *Direito à própria imagem: aspectos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 1989.

BARCELLO, Pietro. *El individualismo propietario*. Madrid: Trotta, 1996.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARCELLOS, Ana Paula. Normatividade dos princípios e o princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição de 1988. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 221, p. 159-188, jul.-set. 2000.

BARROS, Sérgio Resende de. *Direitos Humanos: o paradoxo da civilização*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BELTRÃO, Silvio Romero. *Direitos da personalidade – de acordo com o Novo Código Civil*. São Paulo: Atlas, 2005.

BERTI, Silma Mendes. Dano ao feto. *Âmbito Jurídico*. Rio Grande, n. 35. Disponível em <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1414>. Acesso em 21 mar. 2007.

BERTI, Silma Mendes. *Direito à Própria Imagem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

BERTI, Silma Mendes. Fragilização dos Direitos da Personalidade. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*. Belo Horizonte, v. 3, n. 5 e 6, 1º e 2º sem. 2000.

BERTI, Silma Mendes. O Código de defesa do consumidor e a proteção dos direitos da personalidade. *Revista da Faculdade de Direito Milton Campos*. Belo Horizonte, v. 3, n. 23, p. 107-115, 1996.

BIGOTTE CHORÃO, Mário Emílio. Concepção realista da personalidade jurídica e estatuto do nascituro. *Brasileira de Direito Comparado*. Rio de Janeiro, n. 17, p. 261-296, 2. sem. 1999.

BIGOTTE CHORÃO; VARELA, Antunes. *Código Civil Português*: edição revista e actualizada. Coimbra: Coimbra, 1984.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. Atual. Eduardo C. B. Bittar. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico – lições de Filosofia do Direito*. Copiladas por Nello Morra. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

BORGES, Janice Silveira; FERREIRA, Sérgio Abreu SILVA, Michael César. *Biodireito e o pensamento tópico de Theodor Viehweg*. Belo Horizonte, 2006.

BRASIL. Conselho Nacional de Saúde. Resolução n. 1/88. Disponível em: <www.bioetica.ufrgs.br/r01-88.htm>. Acesso em: 13 out. 2004.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Código Civil: anteprojeto. V. 2. Brasília: Senado Federal, 1989.

BRASIL. O Novo Código Civil – lei n. 10406, de 10 de janeiro de 2002. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. São Paulo: Saraiva, 2002.

BRASIL. Código Civil (1916). NEGRÃO, Theotonio; GOUVÊA, José Roberto Ferreira. *Código Civil e legislação civil em vigor*. 17 ed. atual. ate 5 de janeiro de 1998. São Paulo: Saraiva, 1998.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. *Enunciados aprovados – I Jornada de Direito Civil*. Disponível em: < <http://www.cjf.gov.br/revista/enunciados/IJornada.pdf> >. Acesso em: 1 abr. 2007.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. *Enunciados aprovados – III Jornada de Direito Civil*. Disponível em: <<http://www.cjf.gov.br/revista/enunciados/IIIJornada.pdf>>. Acesso em: 1 abr. 2007.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução n. 1.480/1997. Disponível em: < http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1997/1480_1997.htm.>. Acesso em 23 abr. 2007.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução n. 1358/92. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/1992/1358_1992.htm>. Acesso em: 24 mar. 2006.

BRASIL. Constituição (1934). Constituição da República Federativa dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, 16 de julho de 1934.

BRASIL. Lei 9.610, de 19 fev. 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. CAHALI, Yussef Said (org.). BRASIL. Constituição Federal, Código Civil, Código de Processo Civil. Obra Coletiva de autoria da Editora Revista dos Tribunais. 7 ed. São Paulo: RT, 2005.

BRASIL. Lei n. 8.069. Estatuto da Criança e do Adolescente. CAHALI, Yussef Said (org.). BRASIL. Constituição Federal, Código Civil, Código de Processo Civil. Obra Coletiva de autoria da Editora Revista dos Tribunais. 7 ed. São Paulo: RT, 2005.

BRASIL. Lei. 5.988, de 14 dez 1973. Disponível em: < www.planalto.gov.br/CCIVIL/Leis/L5988.htm - 71k>. Acesso em: 18 mai. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 100.764/RJ. Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar. Julgado em 24 nov. 1997 apud SOUZA, Carlos Affonso Pereira de.

Contornos atuais do Direito à imagem. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro, v. 13, p. 33-71, jan.-mar. 2003.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 521.697 - RJ (20030053354-3). 4 Turma. Rel. Min. Cesar Asfor Rocha. Julgado em: 16 fev. 2006. Publicado em 20 mar. 2006. Disponível em: <https://ww2.stj.gov.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200300533543&dt_publicacao=20/03/2006>. Acesso em: 21 mai. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 54. Min. Rel. Marco Aurélio. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=54&classe=ADPF-QO&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>. Acesso em: 30 jun. 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 74.473 RJ (95.0046745-3). 4 Turma. Rel. Min. Sávio de Figueiredo Teixeira. Julgado em: 23 fev. 1999. Publicado em 21 jun. 1999. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/webstj/Processo/JurImagem/frame.asp?registro=199500467453&data=21/06/1999>>. Acesso em: 21 mai. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 86109/SP /SP. 4 Turma. Rel. Min. Barros. Julgado em: 28 jun. 2001. Publicado em: 01 out. 2001. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/webstj/Processo/JurImagem/frame.asp?registro=199600033889&data=01/10/2001>>. Acesso em: 21 mai. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp. 268660 / RJ. 4 Turma. Rel. Min. Cesar Asfor Rocha Julgado em 22 nov. 2000. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=imagem+personalidade&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=12>>. Acesso em: 11 dez. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 866636 / SP. Rel. Min. Nancy Andrighi. Publicado em: 6 dez. 2007. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=pilula+de+farinha&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=2>. Acesso em: 29 jun. 2008.

BRAZIL. Constituição (1824). Constituição do Império do Brasil. Registrada na Secretaria de Estado dos Negocios do Imperio do Brazil a fls. 17 do Liv. 4º de Leis, Alvarás e Cartas Imperiaes. Rio de Janeiro, 22 de abril de 1824.

CAENEGEM, R. C. van. *Uma introdução histórica ao Direito Privado*. Trad. Carlos Eduardo lima Machado. Rev. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. *Hermenêutica e Argumentação: uma contribuição ao Estudo do Direito*. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Civilização do Direito Constitucional ou Constitucionalização do Direito Civil? A eficácia dos direitos fundamentais na ordem jurídico-civil no contexto do direito pós-moderno. In GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (orgs.). *Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001.

CAPELO DE SOUSA, Rabindranath Valentino Aleixo. *O direito geral de personalidade*. Coimbra: Coimbra, 1995.

CARTA das Nações Unidas. Disponível em: < <http://www.institutowara.org.br/documentos/Carta%20das%20Na%C3%A7%C3%B5es%20Unidas%201945.doc>>. Acesso em: 25 jul. 2006.

CARVALHO NETTO, Menelick. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do estado Democrático de Direito. *Revista Brasileira de Direito Comparado*. Belo Horizonte, v. 3, p. 473-486, 1999.

CAVALCATI, Eduardo Pessanha. *O Positivismo Jurídico e as críticas de Chaim Perelman*. Disponível em: < http://www.puc-rio.br/sobrepuc/depto/direito/pet_jur/docs/c3pessan.rtf>. Acesso em: 2 fev. 2007.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

CÉLULAS-TRONCO *na mira de Fonteles*. Disponível em:

<http://www.cnbb.org.br/documento_geral/Celulas_tronconamiradeFonteles.doc>. Acesso em: 22 mar. 2006.

CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria Constitucional do Direito Penal: contribuições a uma reconstrução da dogmática penal 100 anos depois*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

CHAMON JÚNIOR, Lúcio Antônio. *Teoria Geral do Direito Moderno: por uma reconstrução crítico-discursiva na Alta Modernidade*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

CHAVES, Antônio. Direito à imagem e Direito à Fisionomia. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, ano 76, n. 620, p. 7-14, jun. de 1987.

CHAVES, Antônio. Obra cinematográfica e sua reprodução por videocassete. *Revista da Faculdade de Direito das Faculdades Metropolitanas Unidas*. São Paulo, v. 5, n. 5, p. 254-274, set. 1991.

COLLUCCI, Cláudia. *Total de embriões congelados no Brasil é um décimo do previsto*. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/ciencia/ult306u13158.shtml>>. Acesso em: 22 mar. 2006.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Processo Constitucional e a efetividade dos direitos fundamentais. In CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza; SAMPAIO, José Adércio (coords.). *Hermenêutica e Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

CRUZ E TUCCI, Jose Rogério. Tutela jurisdicional da personalidade *post mortem*. *Revista Jurídica*. Porto Alegre, v. 336, p. 9-20, 2005.

DANTAS, San Tiago. *Programa de Direito Civil: aulas proferidas na Faculdade Nacional de Direito (1942-1945)*. Parte Geral. Rio de Janeiro: Rio, 1979.

DE CUPIS, Adriano. *Direitos da personalidade*. Trad. Afonso Celso Furtado Rezende. Campinas: Romana, 2004.

DE CUPIS, Adriano. *Teoria e pratica del Diritto Civile*. Milano: Giuffrè, 1967.

DEL NEGRI, André L. *Controle de constitucionalidade no processo legislativo: teoria da legitimidade democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

DICIONÁRIO Brasileiro da Língua Portuguesa. Enciclopédia Britânica do Brasil. V. I. 12 ed. São Paulo: Companhia de Melhoramento, 1990.

DINIZ, Maria Helena. Reflexões Jurídico-Filosóficas sobre a Problemática das Novas Técnicas Científicas de Reprodução Humana Assistida e a Questão da Responsabilidade Civil por Dano Moral ao Pré-Embrião e Nascituro. *Livro de Estudos Jurídicos*. São Paulo, v. 08, p. 207-231, 1994.

DONEDA, Danilo. Os direitos da personalidade no Código Civil. In TEPEDINO, Gustavo (coord.). *A parte geral do Novo Código Civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DONNINI, Oduvaldo; FERRAZ DONNINI Rogério. *Imprensa Livre, dano moral, dano à imagem*. São Paulo: Método Editora, 2002.

DORETTO, Fernanda Orsi Baltrunas. Direito à imagem. 2003. 174 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Programa de Pós-Graduação em Direito.

DUARTE, Fernanda et al (coords.). *Os Direitos à Honra e à Imagem pelo Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DURVAL, Hermano. *Direito à imagem*. São Paulo: Saraiva, 1988.

DWORKIN Ronald. *O Direito da Liberdade: a leitura moral da Constituição norte americana*. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

DWORKIN, Ronald. A conferência Mccorkle de 1984: as ambições do Direito para si próprio. Publicado pela primeira vez na *Virginia Law Review*, v. 71, n. 2, p. 173, mar. 1985.

DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

ESPANHA autoriza pesquisa com células-tronco. Disponível em: <www.uol.com.br>. Acesso em 5 out. 2003.

ESPINOLA, Eduardo. *Tratado de Direito Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1939-1943.

FACHIN, Luiz Edson. Direito Civil e dignidade da pessoa humana: um diálogo constitucional contemporâneo. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, v. 385, p. 113-125, mai-jun 2006.

FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Direitos Fundamentais, dignidade da pessoa humana e o novo Código Civil: uma análise crítica. In SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

FACCHINI NETO, Eugênio. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

FARIA, Guilherme Nacif de. Personalidade: do início ao fim. In FIUZA, César Augusto de Castro (coord.). *Curso Avançado de Direito Civil*. São Paulo: IBO Thomson, 2004.

FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. 8 ed. Padova: A. Milani, 1996.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1994.

FIUZA, César Augusto de Castro. Crise e interpretação no direito Civil da Escola da Exegese às Teorias da Argumentação. In FIUZA, César Augusto de Castro; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Direito Civil – atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

FIUZA, César Augusto de Castro. *Direito Civil – curso completo, de acordo com o Código civil de 2002*. 6 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

FIUZA, César Augusto de Castro. Aula ministrada na disciplina Responsabilidade Civil por danos aos Direitos da Personalidade, no programa de pós-graduação em Direito, da Faculdade Mineira de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 1º sem 2006.

FRANÇA, Rubens Limongi. Fim da Personalidade natural. Comoriência e Vocação Hereditária. *Revista Brasileira de Direito Comparado*. Rio de Janeiro, ano VII, n. 13, p. 96-132, 2º sem. 1992.

FRANÇA, Rubens Limongi. Esboço preliminar a um projeto de lei sobre a tutela do embrião humano com vistas a uma lei uniforme para a comunidade européia e para a comunidade latino-americana, a partir do MERCOSUL. *Revista de Direito Civil: Imobiliário, Agrário e Comercial*. São Paulo, ano 15, n. 58, p. 296-302, out.-dez. 1991.

FREITAS, Augusto Teixeira de; CARNEIRO, Levi. *Código Civil: esboço*. Rio de Janeiro: MJNI, Serviço de Documentação, 1952.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de Direito Civil*. V. I. São Paulo: Saraiva, 2002.

GALGANO, Francesco. *Il diritto privato fra codice e Costituzione*. Bologna: Zanichelli, 1983.

GALUPPO, Marcelo Campos. *Igualdade e Diferença: Estado Democrático de Direito a partir do pensamento de Habermas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GÊNESIS, capítulo 1, verso 27. In: A BÍBLIA: tradução ecumênica. São Paulo: Paulinas, 2002.

GOMES, Orlando. Direitos da Personalidade. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, ano 62, n. 216, p. 5-10, out.-nov.-dez. 1966.

GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 4.ed. Atual. Humberto Theodoro. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*. V. I. São Paulo: Saraiva, 2003.

GRANATO, Alice. Foi acidente, mas são lindos: Bebês da pílula de farinha fazem 1 ano e seus pais ainda brigam com o laboratório na Justiça. *Revista Veja*. Edição 1 637, 23 fev. 2000.

GUERRA, Sidney César Silva. *A liberdade de Imprensa e o Direito à Imagem*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre a facticidade e validade*. V. I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *O futuro da natureza humana*. Trad. Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade Pressuposta*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

IRTI, Natalino. *L'età della decodificazione*. 4 ed. Milano:Giuffrè, 1999.

ITÁLIA. (1942). Codice Civile. Disponível em: < <http://www.studiocelentano.it/codici/cc/>>. Acesso em: 30 mar. 2007.

ITÁLIA. (1948). Costituzione della Repubblica Italiana. Gazzetta Ufficiale n. 298, del 27 dicembre 1947. Entrata in vigore il 1º gennaio 1948.

ITÁLIA. Legge n. 633. Protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio. Disponível em: <
www.cortedicassazione.it/Notizie/GiurisprudenzaComunitaria/CorteGiustizia/Scheda.asp?ID=422-14k>. Acesso em: 21 mai. 2007.

JAPIASSÚ, Milton; MARCONDES, Danilo. *Diccionario Básico de Filosofia*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1996.

JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. *Revista Trimestral de Direito Civil*, Rio de Janeiro, v. 19, p. 211-218, 2004.

KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Prática*. Trad. Afonso Bertagnoli. 4 ed. São Paulo: Publ. Brasil, 1959.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KOHLER, Josef. O direito à própria imagem. Trad. Walter Moraes. *Revista Interamericana de Direito Intelectual*. São Paulo, v. 2, n. 2, jul.-dez. 1979.

KOZICKI, Kátia. *Conflito e Estabilização: comprometendo radicalmente a aplicação do Direito com a democracia nas sociedades contemporâneas*. 2000. Tese (Doutorado) - Universidade Federal de Santa Catarina.

LAGES, Cíntia Garabini. A proposta de Ronald Dworkin em O Império do Direito. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*. Belo Horizonte, v. 4, n. 7 e 8, p. 36-49, 1º e 2º sem. 2001.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 4 ed. Porto Alegre: Síntese, 2001.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 5 ed. São Paulo: Thomson - IOB, 2004.

LEI exige que embriões sejam destruídos depois de cinco anos. Disponível em: <www.estadao.estadao.com.br>. Acesso: 5 out. 2003.

LEITE, Eduardo de Oliveira. O Direito do embrião humano: mito ou realidade. *Revista de Ciências Jurídicas*. Maringá, v. 1, p. 31-52, 1997.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito: aspectos medicos, religiosos, psicologicos, eticos e juridicos*. Sao Paulo: RT, 1995.

LIMA, Taísa Maria Macena de. A nova contratualidade na reconstrução do Direito Privado Nacional. *Revista Eletrônica Virtuajus*. Belo Horizonte, PUC Minas, ano 3, n. 1, julho de 2004. Disponível em: <http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/1_2004/A%20NOVA%20CONTRATUALIDADE%20NA%20RECONSTRUCAO%20DO%20DIREITO%20PRIVADO%20NACIONAL.pdf>. Acesso em: 6 fev. 2006.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Constitucionalização do Direito Civil*. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=507>>. Acesso em: 23 ago. 2004.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Danos morais e Direitos da Personalidade. *Revista Jurídica*. Porto Alegre, n. 284, p. 5-17, jun. 2001.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *O contrato: exigências e concepções atuais*. São Paulo: Saraiva, 1986.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Teoria Geral das Obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2006.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Curso de Direito Civil*. 1. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do Direito Privado*. Trad. Vera Maria Jacob de Fradera. São Paulo: RT, 1998.

LUDWIG, Marcos de Campos. O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade na Alemanha e a possibilidade de sua aplicação no Direito Privado Brasileiro. *AJURIS*. Porto Alegre, v. 26, n. 81, p. 143-174, mar. 2001.

MACIEL, Gabriel de Deus. Um conceito de coerência para uma Teoria da Argumentação Jurídica – a proposta de Klaus Günther. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*. Belo Horizonte, v. 8, n. 15, p. 140-148, 1º sem. 2005.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *O constitucionalismo norte-americano e sua contribuição para a compreensão contemporânea da Constituição*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5769>>. Acesso em: 5 fev. 2007.

MAGALHAES, José Luiz Quadros. *Direito Constitucional*. Tomo I. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

MARTINS-COSTA, Judith. Os direitos fundamentais e a opção culturalista do Novo Código Civil. In SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MARTINS-COSTA, Judith. Pessoa, Personalidade, Dignidade: ensaio de uma qualificação. Tese de livre-docência em Direito Civil apresentada à Congregação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Maio, 2003.

MATTIA, Fábio Maria de. Direito da Personalidade: aspectos gerais. *Revista de Direito Civil: Imobiliário, Agrário e Comercial*. São Paulo, v. 2, n. 3, p. 35-51, jan.-mar. de 1978.

MATTIETTO, Leonardo. A Constituição e o direito civil: reflexões sobre o direito civil constitucional. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, v. 54, p. 197-205, 2001.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico – Plano da eficácia*. De acordo com o novo Código Civil (lei n. 10.406, de 10-1-2002). São Paulo: Saraiva, 2004.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: plano da eficácia*. São Paulo: Saraiva, 2004.

MERLE, Jean-Christophe. Os Dois Conceitos de Direito. Trad. Alexandre Travessoni Gomes. In MERLE, Jean-Christophe; GOMES, Alexandre Travessoni. *A Moral e o Direito em Kant: ensaios analíticos*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2007.

MICHAELIS. *Dicionário Prático da Língua Portuguesa*. São Paulo: Melhoramentos, 2001.

MIGLIORE, Alfredo Domingues Barbosa. *Direitos da Personalidade Post Mortem*. 2006. 375 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito Largo de São Francisco, Universidade de São Paulo, Programa de Pós-Graduação em Direito.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Civil n. 457.684-7. Rel. Des. Mauricio Barros. Publicado em 08 jun. 2005. Disponível em: <www.tjmg.gov.br>. Acesso em: 1 ago. 2006.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Autos n. 1.0024.04.377309-2/001(1). Rel. Des. Duarte de Paula. Publicado em 10 jun. 2006. Disponível em: <http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=24&ano=4&numeroProcesso=377309&complemento=1&sequencial=0&pg=0&resultPagina=10&palavrasConsulta=nascituro&tipoMarcacao=>>. Acesso em: 16 abr. 2007.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Autos n.: 2.0000.00.299901-9/000(1). Rel. Duarte de Paula. Julgado em: 30 mai. 2000. Disponível em:<http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=2&comrCodigo=0&ano=0&xt_processo=299901&complemento=0&sequencial=0&palavrasConsulta=&todas=imagem%20dano%20de%20cujus&expressao=&qualquer=&sem=&radical=>>. Acesso em: 11 dez. 2007.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Autos n.: 1.0701.02.015275-0/001(1). Rel Fabio Maia Viani. Julgado em: 04 out. 2007. Disponível em: <
http://www.tjmg.gov.br/juridico/jt/inteiro_teor.jsp?tipoTribunal=1&comrCodigo=701&ano=2&txt_processo=15275&complemento=1&sequencial=0&palavrasConsulta=&todas=imagem%20personalidade&expressao=&qualquer=&sem=&radical=>. Acesso em: 11 dez. 2007.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*. V. I. 40 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A Constitucionalização do Direito Civil. *Revista Brasileira de Direito Comparado*. Rio de Janeiro, n. 17, p. 79-89, 1999.

MORAES, Maria Celina Bodin de. Constituição e Direito Civil: tendências. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 779, p. 47-63, 2000.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à Pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos Danos Morais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O princípio da Dignidade Humana. In MORAES, Maria Celina Bodin de (coord.). *Princípios do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MORAES, Walter. Concepção Tomista de Pessoa: um contributo para a teoria do direito da personalidade. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, vol. 590, p. 14- 24, dez. 1984.

MORAES, Walter. Direito à própria imagem. I. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, ano 61, n. 443, p. 64-81, set. 1972.

MORAES, Walter. Direito à própria imagem. II. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, ano 61, v. 444, p. 11-28, out. 1972.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Relacionalidade e autonomia privada: o princípio da autonomia privada na pós-modernidade*. 2003. 138f. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. Seminário apresentada frente ao programa de pós-graduação, da Faculdade Mineira de Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, em novembro de 2006.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em vigor*. 5 ed. São Paulo: RT, 2001.

NEVES, Gustavo Kloh Muller. Os princípios entre a teoria geral do direito e o Direito Civil Constitucional. In RAMOS, Carmem Lucia Silveira; et al (org.). *Diálogos sobre Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

O casamento *post mortem* é permitido na França em virtude de uma lei introduzida pelo então presidente Charles de Gaulle. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro, v. 18, p. 315, abri.-jun. 2004.

O QUE é legal? Disponível em:

<http://www.bionetonline.org/portugues/Content/sc_leg2.htm>. Acesso em: 10 abr. 2007.

OLIVEIRA, José Lamartine Correa de; MUNIZ, Francisco José Ferreira. O Estado de Direito e os Direitos da Personalidade. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 532, p. 11-23, fev. 1980.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Devido Processo Legislativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

PAULO. Carta escrita pelo apóstolo Paulo aos Gálatas, capítulo 3, verso 28. In: A BÍBLIA: tradução ecumênica. São Paulo: Paulinas, 2002.

PEDRON, Flávio Quinaud. Sobre a semelhança entre interpretação jurídica e interpretação literária em Ronald Dworkin. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*. Belo Horizonte, v. 8, n. 15, p. 119-139, 1º sem. 2005.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. *Instituições do Direito Civil*. V. I. Atual. Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PEREIRA, Rodolfo Viana. *Hermenêutica Filosófica e Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

PEREIRA, Tânia da Silva. *Direito da Criança e do Adolescente: uma proposta interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

PERELMAN, Chaïm. *Lógica Jurídica*. Trad. Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

PERLINGIERI, Pietro. *La personalità umana nell' ordinamento giuridico*. Napoli: Esi, 1972.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil – introdução ao Direito Civil Constitucional*. 2 ed. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. *Tratado de Direito Privado*. Tomo I. 3 ed. Rio de Janeiro: Bosch, 1972.

RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. A constitucionalização do Direito Privado e a sociedade sem fronteiras. In FACHIN, Luiz Edson (coord.). *Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

RAMOS, Erasmo M. Estudo comparado do direito da personalidade no Brasil e na Alemanha. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, ano 91, v. 799, p. 11-32, maio 2002.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito - ajustada ao novo Código Civil*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/jprud2/ementa.php> . Acesso em: 03 mar. 2006.

ROBERTO, Giordano Bruno Soares. *Introdução à História do Direito Privado e da Codificação*: uma análise do novo Código Civil. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. *Revista Interesse Público*, n. 4, p. 23-48, 1999.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*. V. I. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

RONALDO BRÊTAS, C. Dias. Apontamentos sobre o Estado Democrático de Direito, *Revista Eletrônica Virtuajus*. Belo Horizonte, PUC Minas, ano 2, n. 1, agosto de 2003. Disponível em: <

http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/Ano2_08_2003_arquivos/Docente/Estado%20de%20Direito.doc>. Acesso em: 02 fev. 2005.

RONALDO BRÊTAS, C. Dias. *Responsabilidade do Estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

ROPPO, Vincenzo. *Istituzioni di Diritto Privato*. 5 ed. Torino: Monduzzi Editore, 2005.

ROSENVALD, Nelson. *Dignidade humana e Boa-fé no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2005.

ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. *Direito Civil – Teoria Geral*. 6 ed. Atual. Lei 11. 382/06. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. A dignidade do ser humano e os direitos da personalidade: uma perspectiva civil-constitucional. In SÁ, Maria de Fátima Freire de (coord.). *Biodireito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Direito de Morrer*: eutanásia, suicídio assistido. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SÁ, Maria de Fátima Freire. *Biodireito e Direito ao Próprio Corpo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

SAHM, Regina. O Direito à imagem dogmática civil contemporânea. 2001. 366 f. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Programa de Pós-Graduação em Direito.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 517 27 1-5/9. Rel Des. Rui Stoco. Julgado em 31 mai. 2006. Disponível em:< http://juris.tj.sp.gov.br/aplic2/pg-pesquisa-01PRODESP_avancada.asp>. Acesso em: 23 abr. 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do Direito Fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, Direitos Fundamentais e proibição de retrocesso social no Direito Constitucional Brasileiro. *Revista de Direito Social*. Porto Alegre, ano 4, n. 14, p. 9-49, abr.-jun. 2004.

SCUOLA di Specializzazione in diritto civile dell'Università di Camerino. Autori Vari. *Il diritto privato futuro*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1993.

SILVEIRA, Vivian de Melo. O direito à própria imagem, suas violações e respectivas reparações. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, v. 91, n. 351, p. 227-252, jul-set. 2000.

STOFFEL, Roque. O direito de autor e a divulgação de obras na internet: novos desafios e a questão da imagem da pessoa humana. *Estudos Jurídicos*. São Leopoldo, v. 34, n.91, p.47-56, maio-ago. 2001.

SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de Personalidade e sua tutela*. 2 ed. São Paulo: RT, 2005.

TEPEDINO, Gustavo. A tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-Constitucional Brasileiro. In TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Tomo I. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Tomo I. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, p. 2006.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloísa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. V. I. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TOM Cruise faz Califórnia proibir venda de ultra-som. Disponível em: <http://ofuxico.uol.com.br/Materias/Noticias/noticia_22414.htm>. Acesso em: 23 abr. 2007.

TORRES, Ana Paula Repolês. Sobre a construção intersubjetiva dos direitos positivos: a tensão interna entre facticidade e validade na teoria discursiva do Direito, de Jürgen Habermas. *Revista da Faculdade Mineira de Direito*. Belo Horizonte, v. 8, n. 16, p. 9-32, 2º sem. 2005.

TRÍAS, Encarna Roca i. *Direitos de reprodução e eugenia*. In CASABONA, Carlo Maria Romeo (org.). *Biotecnologia, Direito e Bioética*. Belo Horizonte: Del Rey e PUC Minas, 2002.

VÍDEO que exhibe a execução de Saddam. Disponível em: <http://duard.com.br/blog/?page_id=523>. Acesso em: 23 abr. 2007.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Brasília: Imprensa Nacional, 1979.

ZAMBRANO, Virginia I Dirriti della Personalità. In. STANZIONE, Pasquale (ccord.). *Manuale di Diritto Privato*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2006.