

Honra e imagem do morto?

Por uma crítica à tese da sobrevivência dos direitos da personalidade

Bruno Torquato de Oliveira Naves
Maria de Fátima Freire de Sá

Sumário

1. Pressupostos e problemática. 2. Direitos da personalidade após a morte e sua fundamentação clássica. 3. A desnecessidade do sujeito nas situações jurídicas.

1. Pressupostos e problemática

O Direito Civil atravessa um momento de reflexão acerca de suas categorias gerais. Toda a base de conceitos formulada na parte geral dos códigos civis vem sendo repensada em termos hermenêuticos, em razão do distanciamento entre teoria e prática. Isso porque as categorias abstratas serviram, durante muito tempo, para enquadrar situações da vida às relações jurídicas antevistas por um legislador que beirava a onisciência.

É certo que não só o Direito Civil, mas toda a Teoria do Direito muito devem a Kelsen, Savigny, Windscheid, Jhering e a tantos outros autores consagrados, pela tentativa de trazer, ao Direito, coerência e segurança. Ocorre que essa construção se fez moralizante e axiológica, tanto por estabelecer relações de prioridade e hierarquia, quanto por interpretar o Direito em termos de regra-exceção. E compreender o Direito pelo sistema “regra-exceção” implica, antecipadamente, trazer soluções que não observem os contextos e os contornos de um caso específico. Assim, todas as situações não previstas na “moldura” normativa seriam excepcionadas sem abalar a completude do direito comum.

Bruno Torquato de Oliveira Naves é Mestre e Doutorando em Direito Privado pela PUC Minas; Professor de Direito Civil e História do Direito na PUC Minas, unidades Barreiro, Coração Eucarístico e São Gabriel; Coordenador do Curso de Especialização em Direito Civil da PUC Minas.

Maria de Fátima Freire de Sá é Doutora em Direito pela UFMG; Coordenadora Adjunta do Mestrado e Doutorado em Direito da PUC Minas; Coordenadora do Curso de Especialização em Direito Civil da PUC Minas; Professora dos cursos de Graduação, Especialização, Mestrado e Doutorado em Direito na PUC Minas.

Hoje, a falência do positivismo científico é sinalizada por uma série de incoerências sistêmicas, fazendo com que os juristas se desvinculem dos ideais que, outrora, geraram tais incoerências:

“Afinal, na medida em que o ideal de norma perfeita somente pode ser vislumbrado mediatamente pela cisão complementar dos discursos de justificação dos de aplicação, não cabe mais interpretar os direitos subjetivos como interesses ou introjetar uma carga utilitarista na interpretação do Direito que de Jhering a Alexy se faz tão nítida” (CHAMON JUNIOR, 2006, p. 107).

Objetivamos trabalhar um aspecto específico dos direitos da personalidade: sua sobrevivência. É que referidos direitos são assumidos pela tradição como “direitos subjetivos que têm por objeto os bens e valores essenciais da pessoa, no seu aspecto físico, moral e intelectual” (AMARAL, 2003, p. 250). Assim, enquanto tais, o titular de um direito detém o poder de agir em garantia de bens que compõem a “essência de sua personalidade”, como o direito à vida e ao próprio corpo.

Pela teoria clássica, sabe-se que os direitos da personalidade pressupõem a existência da pessoa, em sentido jurídico. Dito de outra forma: a personalidade é o atributo jurídico que permite que alguém seja sujeito de direitos e deveres e os direitos da personalidade, componentes da personalidade, têm por objeto os diversos aspectos da pessoa humana. Logo, há uma relação de titular e objeto de direito entre, respectivamente, a personalidade e os direitos da personalidade.

Depara-se, no entanto, com um paradoxo: se apenas a pessoa pode ser titular de direitos que guarnecem seus próprios atributos físicos e psíquicos, como explicar a situação normativa que supostamente protege esses aspectos no morto?

A personalidade jurídica termina com a morte (art. 6º do Código Civil brasileiro).

Logo, com ela extinguem-se todos os direitos e deveres que lhe são inerentes, inclusive os direitos da personalidade. Além do mais, diz-se, comumente, que os direitos da personalidade não admitem transferência, só podendo ser exercidos por seu titular.

Por várias vezes, todavia, o ordenamento protege o que aparenta ser uma “continuidade da personalidade do morto”. Assim, o parágrafo único do art. 12 do Código Civil brasileiro prescreve:

“Art. 12. Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei.

Parágrafo único. Em se tratando de morto, terá legitimação para requerer a medida prevista neste artigo o cônjuge sobrevivente, ou qualquer parente em linha reta, ou colateral até o quarto grau” (BRASIL, 2002).

Ainda quanto à honra e imagem do morto, especificamente, o parágrafo único do art. 21 expressa:

“Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes” (BRASIL, 2002).

Detecta-se, aparentemente, um conflito entre o conceito doutrinário de personalidade, até então pacífico, e a localização dos direitos da personalidade no ordenamento jurídico. Como explicar direitos da personalidade de quem não é mais pessoa?

2. Direitos da personalidade após a morte e sua fundamentação clássica

A doutrina clássica, superada uma primeira controvérsia, estabeleceu que os direitos da personalidade seriam direitos subjetivos, isto é, comporiam relações jurídicas intersubjetivas, na posição de sujeito ativo, o detentor do direito, e sujeitos passivos determinados ou não, com o dever de se absterem de quaisquer atos lesivos à dignidade da pessoa.

Mas e o morto, como atribuir a ele direitos subjetivos? Haveria reflexos de direitos a justificar a tutela jurídica, uma vez lesada a honra ou a imagem do indivíduo que ele foi?

Pela teoria clássica, tudo pode ser explicado em termos de relação jurídica, ou seja, dois sujeitos, dotados de personalidade, relacionando-se em pólos distintos. Afirmam, ainda, que os direitos da personalidade são intransmissíveis e se esvaem com a morte.

No entanto, os adeptos dessa mesma teoria buscam explicar a situação do morto por meio de quatro fundamentos: a) não haveria um direito da personalidade do morto, mas um direito da família, atingida pela ofensa à memória de seu falecido membro; b) outros afirmam que há tão-somente reflexos *post mortem* dos direitos da personalidade, embora personalidade não exista de fato; c) com a morte, transmitir-se-ia a legitimação processual, de medidas de proteção e preservação, para a família do defunto; d) por fim, há quem diga que os direitos da personalidade, que antes estavam titularizados na pessoa, com sua morte passam à titularidade coletiva, já que haveria um interesse público no impedimento de ofensas a aspectos que, ainda que não sejam subjetivos, guarnecem a própria noção de ordem pública.¹

Rebateremos as quatro fundamentações, de forma sucinta. Pela primeira opção (a), a família seria vítima em razão de ofensa à memória do morto. Mas referida ofensa traria a possibilidade de representatividade por parte da família em defender essa memória? Haveria um direito subjetivo

violado em razão de ofensa a alguém que já morreu e que, portanto, não mais possui personalidade jurídica?

Sobre esse aspecto, Adriano De Cupis (2004, p. 153-154) justifica a possibilidade de manifestação da família pelo sentimento de piedade que tem pelo falecido. Ao discorrer sobre direito à imagem, afirma:

“Com a morte da pessoa, o direito à imagem atinge o seu fim. Determinadas pessoas que se encontram em relação de parentesco com o extinto têm direito de consentir ou não na reprodução, exposição ou venda do seu retrato e, não consentindo, podem intentar as ações pertinentes. [...] Isto, naturalmente, não significa que o direito à imagem se lhe transmita, mas simplesmente que aqueles parentes são colocados em condições de defender o sentimento de piedade que tenham pelo defunto. Trata-se, em suma, de um direito novo, conferido a certos parentes depois da morte da pessoa.”

Inobstante a tentativa louvável de conferir coerência à argumentação referente aos direitos da personalidade – tema que tornou célebre Adriano De Cupis –, não podemos concordar com o surgimento de um novo direito porque, ao que parece, encontra-se despido de qualquer conteúdo, criado, simplesmente, para satisfazer à fundamentação da tutela judiciária.

Ao se dizer que há reflexos de direitos da personalidade (b), embora essa já não mais exista, pressupõe-se que pode haver consequência sem causa. Se o acessório segue o principal, e repetimos isso sem pensar, porque inserido na tradição, estamos a criar uma nova categoria de “reflexos de direitos sem direitos” ou, pior, “reflexos de direitos sem personalidade”?

Como terceira corrente, apresenta-nos a idéia de que a *legitimatio* é transmitida aos parentes (c). Caio Mário da Silva Pereira (2004, p. 243) chega mesmo a afirmar que o direito de ação é transferido a determinadas pessoas². O problema dos “direitos

da personalidade do morto” resumir-se-ia a uma questão de tutela.

Ora, reconhecer à família *legitimatio ad processum* implica, no mínimo, a possibilidade de haver direitos em questão. Se não há essa possibilidade fática, não haverá tal legitimação. E sabemos que apenas à pessoa pode se atribuir direitos. Logo, se há a possibilidade judiciária de se discutir “direitos”, é porque esses existem e alguém deve tê-los por titular. Se a titularidade couber à família, tropeçamos no problema da intransmissibilidade dos direitos da personalidade; se a atribuímos ao morto, estaremos falando de direitos subjetivos, cujo “sujeito” não é mais pessoa.

Por fim, a noção de titularidade coletiva de direitos (d) nada mais é que um lugar comum para se tentar justificar um paternalismo, típico do Estado Social, e uma posição funcionalista sem qualquer fundamentação. Ora, o caráter normativo do Direito esvazia-se na busca comunitarista de valores universalizantes. A consideração de valores homogêneos desprivilegia o pluralismo jurídico caracterizador do próprio Estado Democrático de Direito.

Segundo Lúcio Chamon Junior (2005, p. 310-311):

“Se argumentativamente podemos perceber que haveria uma violação a estes ‘direitos’, a justificativa para tal, a razão a ser apresentada, seria a existência de um ‘dano’, ou ‘ameaça de dano’, disseminada, difusa, difundida e incapaz de ser determinada pontualmente. Pois bem. Este argumento de um ‘dano’ ou *possibilidade de lesão a direitos de várias pessoas* [...] trata-se de uma razão política, que serve, e de maneira fenomenal, para justificar decisões políticas, mas não decisões jurídicas”.

3. A desnecessidade do sujeito nas situações jurídicas

A concepção tradicional de relação jurídica está intimamente ligada à de direito

subjetivo, por ser este um aspecto daquela. É que a relação jurídica é o vínculo entre dois ou mais sujeitos, estabelecido em virtude de um objeto. Ressalte-se que é elementar à constituição da relação jurídica a presença de sujeitos em contraposição.

Para essa concepção personalista ou intersubjetiva, são sujeitos da relação jurídica aqueles entes dotados de personalidade jurídica, que estabelecem entre si um vínculo reconhecido pelo ordenamento como vicissitude ou efeito jurídico. Dessa forma, para tal corrente, os sujeitos são os entes a que o ordenamento outorga direitos e deveres, sendo denominado sujeito ativo aquele que detém o poder de exigir determinado comportamento e sujeito passivo aquele que possui o dever de observá-lo.

Orlando Gomes (2000, p. 95) teceu várias críticas a essa concepção, afirmando ser desnecessária a noção ontologizante e subjetivante da relação jurídica.

“A maior dificuldade para defini-la promana da confusão entre o significado comum do vocábulo e seu sentido técnico. Resulta, em grande parte, de falsa generalização. Uma vez que as relações jurídicas são predominantemente relações humanas, de pessoa para pessoa, de sujeito para sujeito, supõe-se que todas hão de ser um vínculo pessoal. De fato, a relação social é, por definição, a que se trava entre homens, mas isso não significa que o Direito rege apenas relações sociais, nem que outras sujeições, como a de coisa ao homem, possam ter igual qualificação no vocabulário jurídico. Não há coincidência necessária entre relação humana e relação jurídica”.

A relação jurídica constituir-se-ia, então, de construção dogmático-jurídica, que elege conceitos formais e técnicos, mas também seria formada pela historicidade do Direito, abandonando a falsa busca por ontologias jurídicas.

Assim, além da relação jurídica, haveria situações anômalas, que dispensam

a intersubjetividade; seriam as situações subjetivas. Apesar de Orlando Gomes (2000) não adentrar com minúcias nesse campo, seriam situações subjetivas o direito potestativo, o ônus, o interesse legítimo, o poder, a faculdade, a sujeição, além do direito subjetivo e do dever jurídico.

Em uma concepção mais contemporânea, Pietro Perlingieri (1999), em sua obra *Perfis do Direito Civil*, esboça uma teoria da situação jurídica subjetiva³ e a confronta ao conceito de relação jurídica. A situação jurídica subjetiva é categoria geral de avaliação do agir humano; é um centro de interesses tutelado pelo ordenamento jurídico. Sempre há, na situação jurídica, um interesse que se manifesta em comportamento. Esse é o elemento essencial da situação. O sujeito é elemento acidental, pois há interesses tutelados pelo Direito que ainda não possuem um titular⁴.

A relação jurídica, por sua vez, é relação entre situações subjetivas. Não há necessidade de dois sujeitos, mas de centros de interesses. “O sujeito é somente um elemento externo à relação porque externo à situação; é somente o titular, às vezes ocasional, de uma ou de ambas as situações que compõem a relação jurídica” (PERLINGIERI, 1999, p. 115).

Uma relação jurídica poderia ser a relação entre a situação jurídica de direito subjetivo e a situação jurídica de dever jurídico. Assim, a relação jurídica, segundo este autor, é a normativa harmonizadora das situações jurídicas; a ligação entre duas situações jurídicas.

Todo o esforço de Perlingieri (1999) acaba por remeter-nos a uma visão ainda axiológizante do Direito, porquanto se manifesta na valoração subjetiva do interesse. Mas o interesse corresponde à medida da utilidade de um bem, o que é muito perigoso a uma aplicação do Direito comprometida com a realização da democracia em razão de se deixar ao legislador ou à própria coletividade o poder de determinação sobre aquilo que se configura utilidade e, por

consequência, interesse jurídico para todos nós, abstratamente.

Embora Perlingieri (1999) se liberte da noção clássica de direitos subjetivos e de relação jurídica, acaba por se prender à concepção de situação como interesse, o que por si só não conduz à normatividade necessária à construção de soluções jurídicas.

“A noção de interesse surge da relação, justamente, valor/fim de um sujeito particular: se podemos falar no interesse em algo é porque valoramos algo como capaz de ser útil. Isto não implica, desde uma constatação sociológica, uma unidade valorativa: antes, uma diversidade de interesses pode ser referida ao direito (subjetivo); mas, e desde uma ótica convencionalista, qualquer direito estabelecido seria a expressão de ‘um interesse reconhecido pelo legislador que merece e reclama sua proteção’. A introjeção desta compreensão dos direitos na interpretação dos mesmos acaba por permitir a infiltração de determinados valores a serem tomados em conta enquanto aqueles ‘eleitos pelo legislador’ e que, assim, e por todos, deveriam ser assumidos enquanto valores capazes de estabelecer nossos interesses e o que a nós é útil” (CHAMON JUNIOR, 2006, p. 88).

Todavia, concordamos com Perlingieri (1999) quando reconhecemos que o Direito não se pode limitar a afirmar como partícipes de situações jurídicas apenas os entes nascidos. Vamos além: o reconhecimento de iguais liberdades pressupõe a inclusão daqueles que, na argumentação, podem assumir posições jurídicas, sem que, necessariamente, sejam considerados pessoas.

Ora, se o sistema cria um rol de categorias e lá inclui apenas certos entes, detentores de direitos subjetivos, também cria um rol paralelo de entes que foram abstratamente excluídos de participar do fenômeno jurídico, sem que isso seja necessariamente verdade.

Assim, é hora de voltarmos ao título do artigo. Existirão direitos da personalidade imputados a alguém que já morreu?

Se enfrentarmos, corajosamente, a tradição, enxergaremos que nem sempre direitos e deveres estão correlatos; pode haver infração de deveres sem violação de direitos, pois o dever corresponderia a 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” (CHAMON JUNIOR, 2006, p. 108), pois:

“Sempre caso a caso é que podemos argumentar se uma infração de dever também implicou em uma violação de direito e vice-versa; antes, são estas questões incapazes de serem resolvidas no nível de uma Teoria do Direito que não se pretenda como ocupante do *locus* argumentativo dos afetados” (CHAMON JUNIOR, 2006, p. 114).

Não é preciso ver reconhecido ao morto, ou à sua família, direitos da personalidade para reconhecermos uma esfera de não-liberdade infringida por alguém. O morto pode ser o referencial de uma posição jurídica, consubstanciada em dever jurídico e violada por alguém. Dessa forma, não faz sentido se avaliar a personalidade do morto, seja na sua integralidade, seja como mero reflexo. Para melhor entendimento, poderíamos fazer um paralelo entre o morto e a situação do nascituro ou dos chamados entes despersonalizados. Naquele caso, cessaram-se quaisquer possibilidades de exercício de uma autonomia privada. Se o Direito imputa situações jurídicas ao nascituro ou aos entes despersonalizados⁵, o faz, jurídica e principiologicamente, em razão do exercício futuro da autonomia de uma pessoa física (nascituro) ou da realização de uma atividade personificada. Portanto, se alguém lesiona a “honra ou a imagem do morto”, não ofende direitos – até porque esses não existem –, mas viola deveres.

A situação jurídica, portanto, pode contemplar violação de deveres institucionais, independentemente da existência de personalidade e de direitos correlatos. O morto não tem personalidade, não é detentor de direitos, não se insere em uma relação jurídica intersubjetiva, inobstante a imputação de responsabilidade àquele que infringiu uma esfera de não-liberdade.

À família não são transferidos “direitos da personalidade”, mas é-lhe atribuída uma esfera de liberdade processual na defesa da não-infração de deveres que se refiram à “figura” do morto. Logo, o que se tem é tão-somente o deferimento de uma legitimidade processual na defesa dessa situação jurídica de dever, na qual o morto se insere, em face do juízo de reprovabilidade objetivada normativamente.

Notas

¹ Tal divisão em quatro fundamentações se faz presente por razões didáticas, sem que, com isso, possamos afirmar a existência de correntes doutrinárias claras e bem definidas.

² “Não obstante seu caráter personalíssimo, os direitos de personalidade projetam-se na família do titular. Em vida, somente este tem o direito de ação contra o transgressor. Morto ele, tal direito pode ser exercido por quem ao mesmo esteja ligado pelos laços conjugais, de união estável ou de parentesco. Ao cônjuge supérstite, ao companheiro, aos descendentes, aos ascendentes e aos colaterais até o quarto grau transmite-se a *legitimatio* para as medidas de preservação e defesa da personalidade do defunto” (PEREIRA, 2004, p. 243).

³ Perlingieri (1999) usa, indistintamente, os termos situação subjetiva e situação jurídica.

⁴ Para Perlingieri (1999), essa é a situação dos nascituros, que podem até receber doação (art. 542 do Código Civil). Há, no caso, um interesse tutelado, mas seu titular ainda não existe, pois só se constitui “sujeito” a partir do nascimento com vida (art. 2º do Código Civil).

⁵ Sob essa denominação, referimo-nos à massa falida, ao condomínio, à herança jacente, etc.

Referências

AMARAL, Francisco. *Direito civil*: introdução. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 11 jan. 2002.

CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Imputação objetiva e risco no direito penal: do funcionalismo à teoria discursiva do delito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.

_____. *Teoria geral do direito moderno: por uma reconstrução crítico-discursiva na alta modernidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. Campinas: Romana Jurídica, 2004.

GOMES, Orlando. *Introdução ao direito civil*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira. *Introdução crítica às categorias jurídicas relacionais: relação jurídica e*

situação jurídica no direito privado. In: FIUZA, César; SÁ, Maria de Fátima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (Coord.). *Direito civil: atualidades*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: introdução ao direito civil: teoria geral do direito civil*. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. 1 v.

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Biodireito e direito ao próprio corpo: doação de órgãos, incluindo o estudo da Lei n. 9434/97, com as alterações introduzidas pela Lei n. 10211/01*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.